

Instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*

Public instruments in the civil and commercial code in Argentina

Adriana N. Abella**

RESUMEN

Los instrumentos públicos están enunciados y regulados en el Código Civil y Comercial de Argentina. Resulta de interés distinguir los instrumentos públicos según el agente y el contenido por sus consecuencias y efectos; mas todo instrumento público debe reunir ciertos requisitos que son esenciales. En especial es relevante la competencia del oficial público en razón de la materia, territorio y persona. Las causales de invalidez formal y sustancial del instrumento público se regulan en el Código nuevo con algunas innovaciones, así como la eficacia probatoria y la libre circulación en defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, resguardado por normas Constitucionales y del Código Civil y Comercial Argentino. La firma en los instrumentos públicos y su proyección en el documento digital y electrónico se contempla con remisión a la ley especial de firma digital número 25.508.

PALABRAS CLAVE: *Código Civil y Comercial, Argentina, instrumentos públicos, ley número 25.508, documento público electrónico, requisitos de validez, incompetencia.*

ABSTRACT

Public documents are set forth and regulated in the Civil and Commercial Code of Argentina. It is of interest to distinguish the public documents, according to the agent and the content, for their consequences and effects; but all public documents must meet certain essential requirements. The competency of public official is particularly important by reason of the subject-matter, territory and person. The grounds for invalidity and substantiality are regulated by the new Code, with some innovations; as well as the probative value, and the free movement in defense of the rights of users and consumers, protected under constitutional rules and of the Civil and Commercial Code in Argentina. The signature on public documents and its projection in digital and electronic document is envisaged with special reference to the law of digital signature number 25,508.

KEY WORDS: *Civil and Commercial Code, Argentina, public instruments, law number 25,508, electronic public document, validity requirement, incompetence.*

* Recibido: 26 de enero de 2015. Aprobado: 6 de marzo de 2015.

** Profesora de Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.
(abella.adriana@gmail.com)

ADRIANA N. ABELLA

SUMARIO

1. Introducción
2. Clasificación
3. Enunciados del artículo 289
4. Declaraciones de los instrumentos públicos
5. Requisitos de validez
6. Incompetencia en razón de las personas
7. Presupuestos de validez
8. Circulación del instrumento público
9. Invalidez del Instrumento público por defecto de forma
10. Testigos
11. Eficacia probatoria
12. Incolumidad formal
13. Documento público electrónico

1. Introducción

El instrumento público es el autorizado por un oficial público, o agente investido para el ejercicio de la función, que actúa en los límites la competencia. Está dotado de fe pública y observa las solemnidades que establece la ley.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula los instrumentos públicos en el Libro Primero: Parte General, título IV, Hechos y Actos Jurídicos, capítulo 5; Actos Jurídicos, sección 4; Instrumentos Públicos. En los fundamentos del proyecto del código, los autores dicen que se consagra su incolumidad formal y se impone así una serie de exigencias para la existencia y eficacia del instrumento público que analizaremos. El artículo 289 del Código Civil y Comercial enumera a los instrumentos públicos.

360

2. Clasificación

La doctrina admite la clasificación de los instrumentos públicos con los siguientes criterios.

2.1 *Según el agente*

- Instrumentos públicos administrativos: 1. De derecho privado: son los autorizados por funcionarios designados para autenticar determinados

actos en la esfera de su competencia —v. gr. actas de registro del estado civil, instrumentos notariales de cónsules y ministros—; 2. De derecho público: son los autorizados por funcionarios a quienes la administración pública ha designado para autenticar actos de su competencia —v. gr. certificados y actas administrativas, expedientes administrativos—.

- Instrumentos públicos judiciales: que autoriza el actuario o secretario del juzgado —v. gr. actas y copias de sentencias—.
- Instrumentos públicos notariales: cuyo autor es el notario —v. gr. escrituras, actas, certificaciones—.

La jurisprudencia ha resuelto que “tienen carácter de instrumento público no sólo aquellos realizados y firmados por las partes ante los funcionarios públicos, sino también los actos levantados por funcionarios legalmente competentes para hacerlo”.¹

2.2 *En cuanto a su contenido*

- Documentos administrativos. Resuelven una petición de servicio público y del poder público.
- Documentos judiciales. Son las sentencias que dirimen controversias y las copias y certificados expedidos por el secretario del juzgado.
- Documentos notariales. Son los instrumentos públicos de mayor importancia para los particulares, ya que la intervención del notario garantiza la declaración de voluntad libre en las relaciones jurídicas de derecho privado, y previene el litigio.

3. Enunciados del artículo 289

El artículo 289 del Código en comento dice que son instrumentos públicos los siguientes:

a) Las escrituras públicas y sus copias o testimonios. Son los instrumentos extendidos en el protocolo de un escribano público, u otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contiene uno o más actos jurídicos. La primera copia o testimonio de la matriz constituye el instrumento público, con las características propias del documento público notarial, dotado de validez, eficacia y fuerza ejecutoria, y posibilita la circulación del

¹ SCBA. 30-12-88, autos 'Tello de Meneses, Oscar Tomás. Robo y homicidio', f. 35.993.

ADRIANA N. ABELLA

acto representado en dicho documento. El Código admite la sinonimia entre los vocablos *copias o testimonios*, a fin de terminar con la polémica entre la palabra *copia*, que consignan las leyes notariales, al referirse a esta clase de reproducciones, y la palabra *testimonio* que se utiliza en la práctica forense y notarial.²

b) Los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes. En este enunciado quedan comprendidos los documentos notariales que mencionan las leyes orgánicas —distintos de las escrituras y las actas reguladas en el Código nuevo (v. gr. las certificaciones y los certificados, cargos, etcétera)—, y los instrumentos consulares, administrativos —v. gr. asientos de registros públicos, certificados—, y judiciales.

c) Los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión. Quedan comprendidos los títulos que son instrumentos oficiales emanados de funcionarios cuyo contenido no es propio de la fe pública, empero por su jerarquía gozan de una presunción de legitimidad y de autenticidad, que los habilita para su inclusión en este cuerpo legal como instrumentos públicos. Sin duda, ello facilita su circulación, y da la credibilidad y solvencia que merecen los receptores.

4. Declaraciones de los instrumentos públicos

Es de interés distinguir las declaraciones que contienen los instrumentos públicos.

El instrumento público con contenido de derecho público declara la voluntad derivada de un funcionario público; por ello, es indubitada y posee plena eficacia.

El instrumento público con contenido de derecho privado recepta dos clases de declaraciones: *a)* Las que efectúa el oficial público; *b)* Las declaraciones de los particulares, que se pueden referir a hechos propios del compareciente y constituyen una confesión, hechos ajenos que constituyen un testimonio y las declaraciones sobre actos jurídicos.

² El Código regula la escritura pública y las actas y copias, en la sección 5, capítulo 5, título iv, del libro 1 del Código, en los artículos 299 al 312.

5. Requisitos de validez

Todo instrumento público debe reunir ciertos requisitos esenciales:

- Intervención de un oficial público en ejercicio de una función pública, o agente investido de ella —participe o no de la característica de funcionario público—.
- Capacidad del oficial público designado e investido para el ejercicio de la función.
- Competencia del oficial público en razón de la materia, del territorio, y de la persona.
- Observancia de un rito jurídico o formalidades prescritas por la ley.³

EL Código Civil y Comercial, en el artículo 290, enuncia los requisitos de validez del instrumento público en dos incisos.

1) Actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial. La competencia es una aptitud funcional atribuida a un sujeto u órgano para entender con eficacia un asunto dado. Bielsa sostiene que la competencia “denota un poder legal atribuido al órgano del Estado o de otra institución por él reconocida, para actuar, decidir o ejecutar en un poder (constitucional), un órgano, sea jurisdiccional o no”.⁴ Para Carnelutti, la competencia es la extensión de poder que pertenece o compete a cada oficio o profesión.⁵

Este inciso se refiere a la competencia del oficial público en razón de la materia y del territorio. Para determinar la competencia en razón de la materia, la doctrina sigue dos corrientes, una por exclusión y otra por inclusión. La competencia por razón del territorio es límite de ejercicio de la función pública en un ámbito geográfico.

Con lo dicho, el funcionario público debe estar investido por la autoridad competente para el ejercicio efectivo de las funciones, ya que sus atribuciones provienen de la ley. Por ello, carecen de validez los instrumentos públicos extendidos por el oficial público fuera de sus atribuciones, y de la competencia territorial asignada para el ejercicio de sus funciones, excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella.

El notario debe intervenir en el ámbito de la competencia en razón de la materia, territorio, persona, según lo regulado en el Código y en las leyes orgánicas notariales.

³ ABELLA, ADRIANA. *Derecho Notarial Derecho Documental*, Zavalia, Buenos Aires, 2010, p. 350.

⁴ BIELSA RAFAEL. *Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1947.

⁵ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, Europea Americana, 1959.

ADRIANA N. ABELLA

La competencia notarial es límite de ejercicio, toda vez que determina el derecho o inhibición para que un notario actúe en ciertos asuntos. Entendemos que la competencia material del notario comprende todos los actos que no están asignados por la ley a otros funcionarios.

Las leyes orgánicas notariales del país enumeran los actos en que puede intervenir el notario. Pueden constituir instrumentos notariales en razón de la materia, los de interés jurídico privado de las personas, extendiéndose a contenidos patrimoniales, en actos entre vivos o por última voluntad. Tal interés debe provenir de relaciones jurídicas fundadas en voluntades convergentes o concurrentes y en hechos jurídicos, o en relaciones tanto de voluntad como de ciencia.

En esa panorámica, el notario es competente para recibir, interpretar y, previo asesoramiento sobre el alcance y efectos jurídicos del acto, dar forma legal y conferir autenticidad a las declaraciones de voluntad y de verdad de quienes rogaran su instrumentación pública. Además, debe comprobar, fijar y autenticar el acaecimiento de hechos, existencia de cosas o contenido de documentos percibidos sensorialmente que sirvieren o pudieren servir para fundar una pretensión en derecho, en tanto no fueren de competencia exclusiva de otros funcionarios públicos instituidos al efecto. Otra de sus funciones es fijar declaraciones sobre notoriedad de hechos y tenerla por comprobada a su juicio, previa ejecución de los actos, trámites o diligencias que estimare necesarios para obtener ese resultado. También le compete legitimar por acta de notoriedad hechos o circunstancias cuya comprobación pueda realizarse sin oposición de persona interesada, en procedimiento no litigioso; redactar y extender documentos que contengan declaraciones de particulares y expresiones del escribano autorizante, con forma de escrituras públicas, actas, copias testimoniadas o simples, certificados y documentos protocolares o extraprotocolares, que tengan el carácter de instrumento público conforme las disposiciones del Código Civil, y las leyes orgánicas notariales.

En el ejercicio de su función específica, y a efectos de dotar a los instrumentos de la fe pública notarial, los notarios sólo pueden actuar dentro de los límites de su distrito o territorio. Les está vedado, en consecuencia, constituirse para el desarrollo de su actividad fideifaciente fuera de él, bajo pena de nulidad del acto autorizado en tales condiciones.

El notario es profesional en todo el territorio de la república; pero el ejercicio de la función fedataria compete dentro de su distrito, sin importar el domicilio de quienes comparecen, el lugar de cumplimiento del acto que documenta, ni la ubicación de los bienes objeto de los actos y contratos documentados.

Las leyes orgánicas notariales argentinas determinan la competencia territorial; en algunos casos, en un distrito único que coincide con el territorio de toda la provincia o de la ciudad autónoma, y en otros existe distrito plural, en correspondencia con la división de los departamentos o municipios de la región. Se admite la prórroga de la competencia en determinados casos expresos y legales siempre dentro de la misma provincia.

b) Las firmas del oficial público, de las partes, y en su caso, de sus representantes. Si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos. Expresamente, el Código contempla la exigencia de firma del oficial público como requisito de validez del instrumento.

En relación con la firma de las partes, dijimos que es indispensable cuando hay declaración de su voluntad, ya que por ella manifiestan su conformidad con el contenido del instrumento.⁶

Entendemos que si el instrumento contiene más de un acto, y falta una de las firmas de la parte de uno de esos actos, la invalidez será parcial, en concordancia con una de las clasificaciones de las ineficacias que contiene el Código. El instrumento también vale si la firma que falta es de alguna de las personas que no son parte en el acto. Con lo dicho, el instrumento no queda invalidado totalmente, y se convalida y rescata el acto que contiene todas las firmas, respetando el efecto respecto a quienes han firmado. Es de buena técnica jurídica exigir la sanción focalizada en el defecto específico y no sobre la totalidad.

Las formas de firmar pueden ser de los más variados tipos, caracteres, rayas, trazos o expresiones gráficas en general. La firma a ruego es la que realiza el sujeto instrumental a petición del rogante, por no saber o por no poder firmar. El firmante a ruego, para alguna doctrina, es mandatario del rogante sólo para estampar la firma, ya que el consentimiento lo manifiesta quien está presente en el acto. Otra corriente de opinión entiende que es testigo o ejecutor de una operación material. No podrá firmar a ruego otra de las personas que sea parte contraria del acto instrumentado. Esta prohibición es por demás lógica si la firma es un hecho personal de la parte actuante. Suponer que una parte pueda firmar por sí y por otra a la vez sería desvirtuar el propio espíritu del instituto.

Las firmas acreditan presencia, consentimiento y autoría en las escrituras públicas, y en las actas, autoría y presencia, conformidad con lo narrado. Además, como el escribano no puede actuar de oficio, la firma también prueba el requerimiento formulado.

⁶ Se ha inspirado el legislador en el artículo 988 del Código Civil derogado.

ADRIANA N. ABELLA

Según los sujetos instrumentales, la firma en las escrituras públicas reviste una triple afirmación: la de los otorgantes, la de los testigos y la del notario interviniente. Unos y otros, al suscribirlo, le dan el respectivo pronunciamiento que emana de su persona, que varía según el carácter en que intervienen.

En caso de firma a ruego en las escrituras, el rogado puede firmar por más de un compareciente siempre que integre la misma parte. El artículo 305 f refiere expresamente que la escritura debe contener la firma de los otorgantes, del escribano y de los testigos, si los hubiera; el artículo 309 del Código establece la nulidad de la escritura en caso de falta de firma del escribano y de las partes, y la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir, y la firma de los testigos del acto cuando su presencia sea requerida.

6. Incompetencia en razón de las personas

Conforme al artículo 291, es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asuntos en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados.

Para preservar la imparcialidad que debe regir en el ejercicio de la función pública, la ley determina la invalidez del instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados.

Llambías, siguiendo a los comentaristas franceses, sostiene que se trata de una incapacidad relativa.⁷ Borda dice que es una incompatibilidad por interés directo o parentesco.⁸ Para Benseñor se trata simplemente de una prohibición legal o una incompatibilidad, semejante a la que tienen los notarios para el ejercicio del comercio o la abogacía.⁹

Carminio Castagno sostiene que la prohibición contenida en la norma no se dirige al órgano; se trata de una inhabilidad en concreto, el caso configurado es de ilegitimación del agente. Agrega que la ilegitimación es objetivo-relativa en el asunto en que él estuviere personalmente interesado, y subjetivo-objetivo-relativa, en el que sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados.¹⁰

⁷ LLAMBIAS, JORGE. *Derecho Civil Parte General*, Perrot, Buenos Aires, 1980.

⁸ BORDA, GUILLERMO ANTONIO. *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Perrot, Buenos Aires.

⁹ BENSEÑOR, NORBERTO. "El interés personal del escribano o de sus parientes. Problemática del art. 985, CC", en *Seminario Laureano Moreira*, mayo 2001, p. 7.

¹⁰ CARMINIO CASTAGNO, JOSÉ CARLOS. "Teoría general del acto notarial", en *Revista del Notariado*, 1973, p. 17.

Para Pelosi, la prohibición impuesta al notario por el artículo 985 del Código Civil, fundada en el principio de imparcialidad, es un supuesto de incompetencia por razón de las personas. Puede ser juzgada por las reglas de la falta de legitimación. Nada obsta a denominarla incompetencia por razón de las personas, aunque el supuesto abstracto de la norma se refiere también al interés personal del autorizante.¹¹

El Código, en el artículo 291, con acertado criterio, y respondiendo a sus fines, innova en los siguientes aspectos:

- Incluye expresamente al cónyuge del oficial público
- Incluye expresamente al conviviente del oficial público
- Determina que la prohibición de actuar comprende a los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado y afines hasta el segundo.
- Suprime las excepciones del artículo 985 del Código Civil, relativas “a si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas” ya que no hay razón de que exista limitación alguna para intervenir el notario en el ejercicio de la función pública por tratarse de personas jurídicas.

6.1 *Proyección de la norma en la función notarial*

Ningún notario puede autorizar instrumentos que contengan disposiciones a su favor, o de su cónyuge o de su conviviente, o de alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

La prohibición que señala la norma está dirigida a todos los actos del notario, se trate de una actuación protocolar o extraprotocolar; y por supuesto es igual en materia de actas que de las escrituras públicas. En el caso de las actas, el interés del requirente o a quien debe requerirse, permitirá establecer esa competencia.

Se debe presumir que el escribano calificó correctamente el acto, previo a su intervención. En el supuesto de un compareciente con apellido idéntico, es de buena técnica, pero no es imprescindible, dejar constancia expresa en el texto escriturario.

A. Sanción legal por defecto de incompetencia en razón de la persona. Fue conclusión en el plenario del II Congreso Internacional del Notariado Latino, en el tema “Nulidad por razones instrumentales”, que “se trata de nulidad absoluta, con aplicación en todos los casos de la conversión”.

¹¹ PELOSI, CARLOS. “El art. 985 del cc”, en *Revista del Notariado* 723-665. En igual sentido, véase ARMELLA, CRISTINA. *Tratado de derecho notarial registral inmobiliario*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, p. 145.

ADRIANA N. ABELLA

La jurisprudencia ha resuelto que “las escrituras otorgadas por el escribano son nulas de nulidad absoluta, desde que actuó como parte interesada —a través de terceros por interpósita persona— y como funcionario fedatario”.¹²

B. Escribanos que actúan en el mismo registro. Para la doctrina y la jurisprudencia, la incompetencia en razón de las personas comprende a los notarios que actúan dentro del mismo registro, sean adscritos, interinos, suplentes o subrogantes.

Debe considerarse al registro como una unidad y, por lo tanto, ninguno de los notarios que lo integran debe autorizar un acto en que cualquiera de ellos, su cónyuge, o conviviente, o sus parientes dentro del grado que determina la ley, estén personalmente interesados.

Como advierte Villalba Welsh, una prohibición originaria de carácter individual se extendió vía doctrinaria y quedó personalizada en el Registro, con fundamento en una cuestión ética.¹³ Esta postura fue sostenida por consultas evacuadas por los colegios profesionales, quienes consideraron que una de las principales obligaciones y deberes de los escribanos autorizantes es su imparcialidad. Por ello, resulta aconsejable que dichos funcionarios se abstengan de autorizar actos en los cuales puedan tener algún interés, por insignificante que sea en la escritura que autoriza.

La jurisprudencia resolvió:

La incompetencia que prevé el artículo 985 cc no sólo impide al escribano de registro actuar como tal en asuntos en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados, sino que también obsta para que lleve dichos asuntos para ser instrumentados y autorizados ante su propia oficina aunque circunstancialmente sean atendidos por un suplente.¹⁴

C. Poderes a favor de parientes. La jurisprudencia resolvió:

Es nula la escritura pública en que se otorga poder a un hijo de escribano, el hecho de que el otorgamiento del poder sea un acto unilateral del mandante no varía la solución, porque si bien es posible separar materialmente el acto de otorgamiento, de la aceptación que presta el mandatario generalmente fuera de la escritura, el motivo ético que inspira el artículo 985 cc, no admite distinción alguna.¹⁵

¹² CNCiv, Sala F, ED 98/202

¹³ VILLALBA WELSH, ALBERTO. “Incompetencia en razón de las personas”, en *Anales del Notariado Argentino*, 1964.

¹⁴ CNCiv, Sala C, 17/3/68, RN 780-1779.

¹⁵ JA, t. 54, p. 376.

7. Presupuestos de validez

El artículo 292 dice:

Es presupuesto de validez del instrumento que el oficial público se encuentre efectivamente en funciones. Sin embargo, son válidos los actos instrumentados y autorizados por él antes de la notificación de la suspensión o cesación de sus funciones hechos conforme a la ley o reglamento que regula la función de la que se trata.

Dentro de los límites de la buena fe, la falta de los requisitos necesarios para su nombramiento e investidura no afecta el acto ni al instrumento si la persona interviniente ejerce efectivamente un cargo existente y actúa bajo la apariencia de legitimidad de su título.

La efectividad en las funciones requiere que el funcionario sea investido para el acto. La investidura es el acto administrativo, emanado de la autoridad pública competente en la materia, mediante el cual se pone en funciones al funcionario, y le otorga la potestad de dar fe. El acto contiene además la constancia de admisión y la delimitación de la competencia territorial, ya que la material deviene de la ley.

Pelosi entiende que a su juicio se trata de incompatibilidad y no de incapacidad, y es aceptable también la tesis según la cual importa un problema de legitimación.¹⁶ Para esta corriente, la competencia en razón del tiempo es requisito de validez del instrumento público; ésta se extiende desde el momento en que el oficial público es investido de la función hasta que sea suspendido o cese en ellas, hechos que ocurren según la ley o reglamento que regula la función de que se trata.

La cesación en las funciones puede ser temporal (licencia, suspensión); definitiva de hecho (la muerte, la expiración del término asignado, el límite de la edad que señale la ley); definitiva por un acto del funcionario (renuncia, jubilación voluntaria, pérdida de las condiciones requeridas); o por actos de otros funcionarios (cesantía, condena criminal con inhabilitación temporal o definitiva).

La jurisprudencia ha resuelto que los “instrumentos públicos son nulos si el oficial público ha perdido su capacidad, como si actúa sin competencia, o cuando no se han llenado las formas legales exigidas de manera que la inobservancia del requisito surja patente del mismo instrumento”.¹⁷

¹⁶ PELOSI, CARLOS. *El documento Notarial*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 126.

¹⁷ SC Mendoza, sala Civ. y Com, I, 4.7.1984, ED 24.9.1984

ADRIANA N. ABELLA

Sin embargo, son válidos los actos instrumentados y autorizados por el funcionario público antes de la notificación de la suspensión de sus funciones, hechos conforme a la ley o reglamento que regula la función de que se trate, según el artículo 292 del Código Civil y Comercial.

Por la seguridad jurídica, la ley establece la eficacia plena de los instrumentos que emitiera el oficial público si fue puesto en funciones mediando un procedimiento irregular. La solución responde a que los particulares no tienen que exigir la acreditación de la designación del funcionario a quien requieran, ni controlar el proceso de discernimiento del cargo público que ejercen.

Así, se invoca el principio de la buena fe. Si la persona interviniente, ejerce efectivamente un cargo existente, y actúa bajo la apariencia de legitimidad del título, no se afecta ni al acto ni al instrumento, por la apariencia.

El notario debe estar investido para el ejercicio de la función notarial, ya que sus atribuciones provienen de la ley y ésta exige requisitos determinados sin los cuales carece de la potestad de dar fe. La idoneidad comprende un conjunto de formalidades y requisitos establecidos por la constitución, la ley o el reglamento, según el caso.¹⁸ La investidura es el acto administrativo emanado de la autoridad pública competente en la materia, mediante el cual se pone en labor al funcionario, y se le otorga la potestad de dar fe. Ese acto contiene además la constancia de admisión, y la delimitación de la competencia territorial, ya que la materia deviene de la ley.

Pero por el acto administrativo de investidura el notario no adquiere la aptitud para el ejercicio de la función notarial, ya que, además, debe cumplir con otros requisitos legales complementarios que determinan las leyes orgánicas notariales para la asunción del cargo en un registro notarial: declarar bajo juramento no estar comprendido en el régimen de incompatibilidades ni inhabilidades, estar matriculado, prestar juramento en audiencia especial ante la autoridad del colegio, afianzar el cumplimiento de sus obligaciones, y registrar firma y sellos en el colegio.

Las inhabilidades y las incompatibilidades determinadas en las leyes orgánicas notariales tienen fundamento en el deber de imparcialidad, la aptitud del notario y la dedicación a la función. Son causas de inhabilidad, determinadas en las leyes orgánicas, las referidas a características personales del sujeto que atentan contra la eficacia del ejercicio o lesionan o pueden lesionar la dignidad del notariado. Las causas de incompatibilidad tienden a garantizar la dedicación exclusiva y la imparcialidad en el ejercicio de la función.

¹⁸ ABELLA, ADRIANA. *Derecho Notarial Derecho Documental*, op. cit., p. 43.

8. Circulación del instrumento público

El artículo 7 la Constitución Nacional estatuye la plena fe a nivel nacional de los instrumentos públicos, cualquiera que sea el lugar donde se hayan autorizado. Textualmente, dice: “Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás, y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos y los efectos legales que producirán”.

En ese orden, el artículo 293 del Código Civil y de Comercio dice: “Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado”. Es decir, no existe duda de que un instrumento público extendido en el país, goza de plena fe en todo el territorio de la república.

La finalidad de la norma es establecer la libre circulación de los instrumentos públicos, y así también considera el derecho de los usuarios y consumidores resguardado por los artículos 16, 42 y 43 de la Constitución Nacional, y en los artículos 1092 y subsiguientes del Código. La Corte Suprema se pronunció en varias oportunidades sobre la invalidez de las leyes que en defensa de la jurisdicción imponen trabas a la circulación de los instrumentos públicos.¹⁹

Por la seguridad jurídica, se exige la legalización del instrumento, medio por el cual se afirma su existencia material, y que la firma y sello del funcionario coincide con los registrados en la entidad certificante. Empero, la legalización no influye sobre el contenido, ni condiciona ni afecta el valor de fe pública que está dotado; pero es indispensable para el instrumento público expedido fuera de la jurisdicción en que deba hacerse valer.²⁰ La legalización opera en torno a la autenticidad externa del instrumento público en general, y de la escritura pública en particular.

En consecuencia, se ha establecido la obligación de legalizar los instrumentos públicos para que puedan circular con total eficacia, fuera del ámbito espacial de su autorización, por todo el territorio de la República Argentina y en el ámbito internacional. Existe una primera legalización para que el documento circule dentro del país.²¹ Si el documento debe circular en el extranjero,

¹⁹ Véase Fallos Zemba de Fiamberti c/ FCC del Estado 183-765; FCC del Estado 186-97; Helena Roca de Victorica c/ Pcia. de Buenos Aires 195-144; Molina, Isaac c. Pcia. de Buenos Aires 308-2588; Pinto c/ Pcia. de Buenos Aires 311-2593; Torterola c. Pcia de Buenos Aires 313-147; Abud c. Pcia. de Buenos Aires 314-1186.

²⁰ ABELLA, ADRIANA. *Derecho Notarial Derecho Documental*, op. cit., p. 286.

²¹ Tratándose de documentos notariales, la legalización de la firma y sello del notario la realizan los Colegios de Escribanos, autoridad competente que interviene a requerimiento del notario interviniente o del interesado.

ADRIANA N. ABELLA

debe agregarse las legalizaciones que correspondan según el país receptor. Si ese país ha ratificado a la convención de La Haya, se suprime la cadena de legalizaciones y sólo es exigible la apostilla.

8.1 Circulación internacional de documentos otorgados en protocolo electrónico

La existencia de documentos digitales en ciertos países de mayor avance tecnológico lleva a la problemática de su eficacia en otros países. Desde el punto de vista de la circulación internacional, vemos positiva la solución de legislaciones de otros países, en las cuales se regula el otorgamiento de actos en soporte protocolo electrónico, y el trámite de registración por vía y soportes digitales. Pero el testimonio o primera copia, tanto del acto (su contenido) como de su inscripción, según las leyes, se puede o debe realizar en soporte papel, con lectura directa para el receptor, sin necesidad de recurrir a procesadores digitales.

Tal vuelco en un instrumento de soporte papel bajo firma de un funcionario fedante asegura su lectura directa y facilita su guarda en el país de destino —mediante protocolizaciones o incorporaciones a registros públicos— y permite las legalizaciones internacionales pertinentes.

En los casos en que las leyes de cada país regulen la utilización de un protocolo electrónico es conveniente que se permita la expedición de un instrumento público en soporte papel, que transcriba el documento digital, sus inscripciones y actos complementarios de eficacia, por el propio notario que tiene a su cargo el referido protocolo, o al que la ley autorice para realizar tales reproducciones, a fin de superar la falta de reconocimiento o reglamentación de los documentos digitales en el lugar de cumplimiento.

9. Invalidez del instrumento público por defecto de forma

El artículo 294 del Código Civil y Comercial, en su primer párrafo, regula la invalidez del instrumento público cuando tuviese enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas y alteraciones en partes esenciales, si no están salvadas antes de las firmas requeridas.

Es necesario que las anomalías en el texto del instrumento que enumera la norma afecten a partes esenciales y que éstas sean salvadas de puño y letra del oficial público antes del otorgamiento. Son partes esenciales la fecha, el lugar, los nombres de las partes, las cantidades y cosas que se individualizan si fueren esenciales para el acto instrumentado. Será el juez quien decida en cada caso.

El salvado debe ser con letra legible, dentro de los márgenes de la escritura. La formalidad exigida es en resguardo de la adulteración del instrumento, que ocurre cuando el cuerpo o instrumento en sí mismo es adulterado materialmente en todo o en parte.

La jurisprudencia resolvió:

Si los interlineados que presenta la escritura base de la ejecución y que dieron sustento a la excepción de falsedad, han sido salvados por el escribano en la forma prevista por el artículo 1001 del Código Civil, gozan de la presunción de autenticidad que emana de los instrumentos públicos, que sólo puede ser destruida mediante el procedimiento previsto en el artículo 993 del Código Civil. Siendo ello así, pierde relevancia la circunstancia de que dichos interlineados fueran realizados por otra persona diferente del escribano y con una máquina computadora distinta utilizada para la redacción del cuerpo principal del documento. Si el documento no consigna que se firma en momentos distintos, se trataría de una falsedad ideológica, cuyo planteo está vedado en el proceso ejecutivo, sin perjuicio de que pueda invocarse en ulterior proceso de conocimiento con amplitud de debate y prueba.²²

9.1 *Conversión del instrumento*

Recordamos que la conversión puede ser material o formal. La conversión material ocurre cuando el acto se convierte en otro sustancialmente distinto. En la conversión formal, el acto instrumentado se mantiene, pero con forma diferente.²³

El segundo párrafo del artículo 294 del Código Civil y Comercial recoge la conversión formal del instrumento público. Dice que cuando el instrumento no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes.

Está inspirado en el artículo 987 del Código de Vélez, derogado por la ley 26994, que establece la conversión formal en casos de incompetencia del oficial público, y por falta de las formas debidas. Su fuente es el artículo 1318 del Código Francés. Aubry y Rau explican que su fundamento es que el instrumento emana de la confianza que merecen los oficios públicos en la redacción de los actos de su ministerio, y la garantía que su intervención ofrece a las partes.

²² CNCiv., Sala E, 14 de abril, 2000. Villeneuve Olivera, Evonne Marlene c. Viva, Oscar Pascual s/ejecución hipotecaria, ED, 188-547

²³ Véase BETTI, EMILIO. "Teoría general del negocio jurídico", en *Revista de Derecho Privado*, p. 379.

ADRIANA N. ABELLA

Con igual criterio, el nuevo Código admite la alternativa de la conversión formal para la conservación del negocio, siempre que la voluntad de las partes sea mantener el instrumento como privado, hacer valer el acto y demandar el otorgamiento y la autorización del instrumento público para que alcance su eficacia.

La conversión del instrumento público tiene lugar en los supuestos de nulidad del instrumento por no reunir formalidades legales. Para la conversión deben concurrir los requisitos siguientes: *a)* que el acto emane de un oficial público, y *b)* que esté firmado por las partes.

10. Testigos

El artículo 295 del Código Civil y Comercial dice que no pueden ser testigos en instrumentos públicos:

- Las personas incapaces de ejercicio y aquellas a quienes una sentencia les impide ser testigo en instrumentos públicos
- Los que no saben firmar
- Los dependientes del oficial público
- El cónyuge, el conviviente y los parientes del oficial público dentro del cuarto grado y segundo de afinidad

El error común sobre la idoneidad de los testigos salva la eficacia de los instrumentos en que ha intervenido.

Gramaticalmente, testigo es tanto la persona que da testimonio de un hecho o lo atestigua como la que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de un acto. En consecuencia, es lógico que el rasgo fundamental del testigo en los instrumentos sea su idoneidad.

Debemos distinguir al testigo instrumental, que tiene como función percibir un hecho, del testigo procesal, que tiene por función representar el hecho percibido. El testigo instrumental brinda apoyo al principio de la fe pública de la cual goza el instrumento y garantiza la imparcialidad del oficial público. La ley pretende obtener un refuerzo de la seriedad que merece el acto por instrumentarse, según Rivera.

Siguiendo normativas generales, el artículo indica, por no inclusión, la suficiente habilidad para ser testigo en los instrumentos públicos, y simplifica la nómina del artículo 990 del Código Civil.

Enumera como inhábiles: *a)* las personas incapaces de ejercicio y aquellas a quienes una sentencia les impide ser testigo en instrumentos públicos; *b)* los

que no saben firmar; c) los dependientes del oficial público; d) el cónyuge, el conviviente y los parientes del oficial público, dentro del cuarto grado y segundo de afinidad.

Los dos primeros incisos se refieren a la habilidad personal del testigo; los dos últimos tienen en cuenta al oficial público, el cónyuge y el conviviente, y sus parientes, con fundamento en la imparcialidad. La presencia del testigo idóneo es un elemento de forma del instrumento. La inhabilidad del testigo ocasiona la nulidad. Según el último párrafo del artículo, es eficaz el instrumento si existiere un error común sobre la idoneidad del testigo que ha intervenido.

En la panorámica notarial, el otorgamiento de actos en presencia de testigos obedecía a una realidad histórica actualmente superada. Compartimos que la presencia de testigos instrumentales conspira contra el secreto de los actos pasados ante el notario. Por ello se suprimió por la ley 15.875 su presencia en el otorgamiento de las escrituras públicas, con la excepción del testamento por acto público. Los escribanos públicos dan fe de los actos pasados en su presencia con total prescindencia del comparendo de testigos.

Los testigos instrumentales pueden ser solicitados en las escrituras públicas por las partes, por el notario o por la ley. El Código suprime los testigos de conocimiento.

En el caso de las actas notariales, los testigos pueden ser requeridos por el notario o por el requirente. Con su presencia adquieren directo conocimiento del hecho o acto instrumentado. Además, en determinados casos, su capacidad o aptitud legal facilita la reconstrucción del hecho.

Tratándose de testamento por acto público, el código, en el artículo 2481, amplía la enumeración de testigos inhábiles. Además de los enunciados en el artículo en análisis, incluye a los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y el conviviente del testador; los albaceas, tutores y curadores designados en el testamento, los beneficiarios de alguna de las disposiciones.²⁴

11. Eficacia probatoria

El mundo jurídico está dividido entre dos campos: normas y hechos. Únicamente ciertos hechos son los que interesan al derecho; esos son fuente de los derechos subjetivos. Del hecho jurídico interesa al derecho la existencia, la

²⁴ Sobre los testigos en los testamentos por acto público, según alguna doctrina, sirven para garantizar la libertad del testador, asegurar la realización de las formalidades y robustecer la fe que da el escribano sobre las declaraciones de última voluntad insertas en el testamento. En mi opinión, no se necesita de los testigos, ya que la intervención del notario es suficiente para garantizar la autonomía de la voluntad y libertad del testador y el cumplimiento de las solemnidades testamentarias; es inoperante, y se conserva más por tradición que por la razón. Véanse los artículos del 2479 al 2481.

ADRIANA N. ABELLA

persistencia o prueba y la valoración o eficacia, bien de la existencia o bien de su prueba. La prueba de los hechos se relaciona directamente con la calidad del instrumento.

El valor probatorio del instrumento no depende sólo de las virtudes representativas o de la credibilidad del autor. Más credibilidad significa mayor fuerza probatoria. El artículo regula la eficacia probatoria y la plena fe del instrumento público, que nos lleva a la autenticación. La palabra autenticación, en un sentido genérico, es la acción de garantizar mediante un acto oficial la certeza de un hecho, convirtiendo en creíble públicamente aquello que por sí mismo no merece tal credibilidad.

El legislador ha sustraído al discernimiento del juez la comprobación de certeza del hecho o acto jurídico allí contenido, mientras éste no sea impugnado por acción de falsedad. Para que el instrumento público sea reconocido como tal, las condiciones de oficial público, capacidad, competencia y observancia de las formas deben concurrir sin limitaciones o excesos que desvirtúen la validez instrumental.

La autenticidad sólo se confiere al documento en condiciones regulares, o sea, al que no muestra vicios materiales que autoricen al tribunal a rechazarlos sin acción previa de falsedad. Los hechos representados en el instrumento público no son más que la correspondencia entre lo que observó o relató el oficial interviniente, frente a la situación jurídica motivo de documentación. Desde este punto de vista, *autenticación* equivale a certificación oficial.

La autenticidad del instrumento público se constituye *a priori*. El instrumento público tendrá la fuerza de auténtico, hasta la sentencia que pronuncie por su falsedad.

Cuando estudiamos el valor probatorio del instrumento, es importante distinguir de su contenido:

- Que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él.
- Los hechos que ante el oficial público pasaron y fueron percibidos por sus sentidos.
- Los hechos manifestados por el oficial público, propios del mundo interior.
- las declaraciones de la partes, sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimiento y enunciaciones de hecho directamente relacionadas con el objeto principal del acto instrumentado.

Según el inciso *a)* del artículo 296, hacen plena fe que se ha realizado el acto,

la fecha y el lugar, y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él, o ante él. La plena fe sólo se destruye por querrela de falsedad; las declaraciones de las partes sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimiento y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario. Distinguimos respecto de éstas el hecho material de que se efectuara la declaración y el contenido de ellas. Tratándose de hechos autenticados, es auténtico el hecho de haberse efectuado la declaración, pero el contenido de las declaraciones y las enunciaciones directamente relacionadas con el objeto principal del acto instrumentado son atacables por prueba en contrario.

El concepto de adulterar —como conducta típica de falsificación documental— se construye a partir del requerimiento de que ella recaiga sobre un documento auténticamente verdadero; produce el efecto de variar su tenor o atribuirlo a persona distinta de quien lo ha expresado.²⁵

Una falsedad no tiene potencia de dañar si no tiene potencia de engañar, si no imita la verdad. Por ende, la imitación de la verdad es indispensable para la criminalidad de la falsedad documental. Tales principios han sido recogidos por la jurisprudencia nacional a partir del requisito típico de la posibilidad de causar perjuicio: “la falsificación intrínseca y materialmente considerada debe ser la expresión de una creación imitativa de algo jurídicamente trascendente”; por lo tanto, “no requiere que se llegue a una imitación perfecta del documento auténtico; para afectar la fe pública basta con la creación de un instrumento con apariencia de verdadero”.²⁶

El planteamiento de la falsedad del instrumento puede ser: en todo o en parte; por falsedad externa o por falsedad interna o del contenido del documento; por las menciones de los hechos que el oficial anuncia cumplidos por él o pasados ante él, así como del hecho de las declaraciones de las partes.

La falsedad externa se refiere al cuerpo o instrumento en sí mismo, adulterado materialmente en todo o en parte. Es la contracara de la autenticidad corporal. La falsedad interna o intrínseca se refiere al contenido sustancial, ideológico o inmaterial del documento. Es la contracara de la autenticidad ideológica.

La seguridad de las relaciones jurídicas particulares exige la seguridad de su prueba. En el notariado de tipo latino, la dación de fe se completa con el

²⁵ En principio, la adulteración tiene que recaer sobre el documento mismo. Por ello —sin perjuicio que constituya la mecánica de otro delito, por ejemplo, contra la propiedad—, es dudoso que falsifique (en el sentido del tipo) “quien obtiene fotocopias de originales con ‘papelitos’ superpuestos que reemplazan el nombre y apellido del titular por el del imputado”. Véase Blanca, 22-12-89, DJ, 1990-676. GÓMEZ TRATADO, HERRERA. “Uso de documento adulterado”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 2, p. 252; VALOTTA, MARCELO. “Comentarios sobre jurisprudencia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 4, p. 70.

²⁶ CNFed, sala CrimCorr, 19-4-74, LL, 155-417 y JA, 23-1974-23.

ADRIANA N. ABELLA

asesoramiento, la legalidad, la legitimación, configuración y cubre la cuota de seguridad que la sociedad reclama.

La prueba del hecho y del contrato resulta siempre asegurada, ya que el protocolo, custodiado por el notario primero, por el archivero después, protege la conservación del documento. El documento auténtico es continente del hecho documentado y el hecho perdura y trasciende.

El notario, munido de la fe pública, autentifica los hechos de su evidencia. La autenticación se verifica por la percepción directa de los hechos. *Autenticación notarial típica* se refiere a aseveraciones de presencia, porque el escribano manifiesta haber apreciado los hechos directamente por los sentidos. Debe existir correspondencia entre lo percibido por sus sentidos y lo plasmado objetivamente en el documento.

El acto notarial está dotado de fe pública notarial, personal e indelegable, y requiere de cuatro fases: *a)* fase de evidencia, requiere que el autor del documento perciba los hechos a través de sus sentidos o narre los hechos propios; *b)* fase de solemnidad, exige que el acto de evidencia se produzca en un acto solemne, regulado en cuanto a sus formalidades, que dan garantía de la percepción, expresión y conservación del hecho histórico; *c)* fase de objetivación, requiere que el hecho percibido sea plasmado en un objeto, y pasarlo de la dimensión acto a la dimensión documento; *d)* fase de coetaneidad, entre el hecho de la evidencia (que implica el acto) y la actividad documentadora exista simultaneidad.

El despacho de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991, afirma:

La fe pública es creencia impuesta por la ley. En cuanto tal, ella sujeta a todo el mundo, incluido el juez, a creer en la autenticidad del documento y en la veracidad del notario. Para las partes, los terceros y el juez, el documento notarial debe considerarse probado; el documento es obra del notario, lo narrado por el notario ha tenido lugar donde, cuando y como éste lo narra. La fe pública no se extiende a la validez de los hechos documentados, a la sinceridad de las declaraciones realizadas ante el notario, al temor o violencia o error que pudieran sufrir las partes al declarar. La autenticidad externa produce fuerza probatoria formal de su genuinidad y autoría por los elementos materiales. La autenticidad corporal es: correspondencia exacta con la matriz cuando se trata de copias; signos formales que le acrediten como documento público de la especie a que pertenece, especialmente el que determina que su autor es el funcionario público en ejercicio

de la función. Conservación e integridad documental. La autenticidad interna: hace plena fe de la verdad del hecho histórico, y de su exacta correlación con lo visto, oído y narrado por el notario. Como resultado de su potestad autenticante si el notario actúa dentro de su competencia y observa las formalidades prescriptas, el documento lleva una verdad impuesta o certeza sobre lo que se dice o se narra en el texto, y constituye la prueba por antonomasia prevista por el legislador, en el proceso o fuera de él, que incluso se sustrae a la valoración del juez mientras una sentencia definitiva en proceso civil o penal no declare su falsedad.

La fe pública no asegura la sinceridad de las manifestaciones, ni la legalidad, eficacia o legitimidad del acto. Procesalmente, se distingue entre la verdad impuesta, la verdad supuesta y la verdad puesta. Son verdad impuesta, prueba tarifada por la ley, las declaraciones del notario contenidas en el documento respecto a los hechos y actos que han sido cumplidos por él, o que han pasado en su presencia, y el hecho de la declaración de las partes ante el notario. Los instrumentos públicos gozan de plena fe respecto de las partes y demás sujetos intervinientes en el acto, como con relación a terceros.

La plena fe sólo se destruye por redargución de falsedad. Las declaraciones del notario que respondan a apreciaciones subjetivas en la constatación de hechos no hacen plena fe. La autenticidad ideológica o de contenido se refiere a la existencia material de los hechos que el oficial público declara como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia. La acción de falsedad es la que puede destruir el valor de autenticidad o de fe pública que tiene en algunos aspectos la escritura pública. La eficacia probatoria del documento no varía, se trate de una escritura pública, un acta notarial o la mera certificación de firmas.

Auténtico es el hecho realizado por el notario y los hechos que hubiesen pasado en su presencia. En las declaraciones efectuadas por las partes del negocio documentado, es auténtica la manifestación de las partes frente al notario, pero la sinceridad de las enunciaciones directamente relacionadas al hecho o acto pueden ser atadas por simple prueba en contrario, por acción de simulación. Las cláusulas enunciativas que no están relacionadas con el negocio y resultan ser meras enunciaciones que efectúan las partes, valen como principio de prueba por escrito.

Los juicios que realiza el notario de capacidad, legitimación, legalidad, no están amparados por la fe pública. No gozan de plena fe. Todo juicio de valor que emita el notario no necesita ser argüido de falso. Sólo debe ser atacado por simple prueba en contrario.

ADRIANA N. ABELLA

La existencia de los hechos producidos en presencia del notario, o pasados en su presencia, son atacables, por la acción de argución de falsedad del instrumento público, que puede intentarse por acción civil o criminal. Se puede plantear la falsedad instrumental en todo o en parte, considerando el instrumento en sí mismo; por falsedad externa y por falsedad interna o del contenido del documento.

Fue conclusión en el III Congreso Internacional del Notariado Latino que ninguna acción de responsabilidad podrá ser ejercida contra un notario como consecuencia de la oposición a un acto que haya otorgado sin llamárselo a intervenir en el juicio a fin de permitir salvaguardar efectivamente sus derechos y legítimos intereses, evitándose así que se le imponga la autenticidad de cosa juzgada como un resultado al cual no sólo ha permanecido extraño sino que inclusive ha podido ignorar.

Es relevante distinguir el proceso que realiza el escribano público a efectos de formar un juicio de notoriedad a solicitud de un requirente, mediante informaciones, pruebas, citaciones, etcétera. Ese juicio se diferencia de la autenticación en que implica una operación instantánea, fruto de la evidencia. Esto no ocurre en el acto de notoriedad; éste no puede tener el mismo valor, pues se fundamenta en testimonios ajenos, no en el propio del escribano, quien se limita a formular una conclusión que ha de guardar una ilación lógica con las pruebas aportadas, pero sin que pueda garantizar de una manera absoluta la autenticidad del contenido de las mismas pruebas. Por ello se mantiene hasta tanto un juicio ordinario no lo impugne.

12. Incolumidad formal

El artículo 297 del Código Civil y Comercial dice: “Los testigos de un instrumento público y el oficial público que lo autorizó no pueden contradecir, variar ni alterar su contenido, si no alegan que testificaron u otorgaron el acto siendo víctimas de dolo o violencia”. Esta disposición protege la fe pública que emana del instrumento y garantiza su eficacia probatoria; impide que los testigos y el oficial público que lo autorizó puedan variar o alterar su contenido.

La incolumidad formal del instrumento no admite declaración contraria a los contenidos auténticos documentados que proceden del autorizante o de los testigos del acto si no alegan que testificaron u otorgaron el acto siendo víctimas de dolo o violencia.

Los documentos notariales son instrumentos públicos autorizados por el notario competente, observando las formalidades legales. Por ello, están impregnados de la fe pública en algunos de sus contenidos. En las condiciones

expresadas, el notario no puede contradecir, variar ni alterar el contenido del documento que autoriza.

13. Documento público electrónico

El documento público electrónico puede incluirse en la categoría de documento público cuando emane de un ordenador perteneciente a la Administración Pública, operado por un funcionario público o por una persona autorizada por éste, en la medida en que para su emisión se respeten los recaudos reglamentarios dictados para asegurar su inalterabilidad y autenticidad.

En Argentina, con el fin de la utilización de las nuevas tecnologías en las transacciones con relevancia jurídica, se sancionó la Ley de Firma Digital N° 25.508, que no sólo incorporó la noción de documento digital o electrónico, sino que le otorgó la virtualidad de satisfacer, cumplidos determinados recaudos, el requisito legal de que el acto fuera otorgado por escrito.

Advertimos aquí que se habla indistintamente de documentos o instrumentos como si fueran términos sinónimos, cuando entendemos que responden a conceptos diferentes, si bien en todos los casos existe una finalidad informativa, propia de todo documento, y que implica que tiene por objeto enseñar una cosa, se trate en la esfera de los hechos o en el campo del derecho. Carnelutti opina que, en sentido etimológico, documento es una cosa que *docet*, esto es, que lleva en sí la virtud de hacer conocer. Esta virtud se debe a su carácter representativo; por eso, documento es una cosa que sirve para representar otra.

La documentación es una operación representativa de la declaración de voluntad. La representación es siempre obra de un hombre; el documento, más que una cosa, es un *opus* (resultado de un trabajo). El documento, cosa, formado en presencia de un hecho, está destinado a fijar de modo permanente su representación verbal o figurativa, de modo que pueda hacerlo conocer a la distancia de tiempo.²⁷ El documento es una cosa que representa a otra. Por documento se entiende toda representación objetiva (material o literal) del pensamiento. Son documentos materiales, entre otros, las marcas, los signos, las contraseñas, etcétera. Son documentos literales las escrituras destinadas a constatar una relación jurídica; a ellos se reserva el nombre de instrumentos.²⁸

Podemos examinar el instrumento desde distintos puntos de vista. Desde una óptica estructural, está sujeto a una materialidad, construido por un corpus —representación material— y una grafía, y en la correlación entre la ma-

²⁷ CARNELUTTI, FRANCESCO. *La prova civile*, Buenos Aires, 1955, p. 182.

²⁸ ALSINA, HUGO. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Ediar, Buenos Aires, 1975, p. 392.

ADRIANA N. ABELLA

terialidad y el espíritu, el elemento intelectual o docente. Si bien se consideró que la base esencial del documento escrito estaba constituida por el elemento sobre el cual se escribía —así, desde los antiguos egipcios se aceptaban como soportes materiales, accesibles a la vista y al tacto, los papiros, piedra, cuero, papel—, con la electrónica esa concepción ha cambiado. Ahora son posibles los instrumentos cuya constitución material carece de los anteriores elementos. Elevado tal instrumento a la calidad de jurídico, éste tendrá un valor; tal valoración le otorgará un grado de eficacia propia en el mundo del derecho.

El artículo 286 del Código Civil y Comercial define expresión escrita como aquella que “puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido esté representado en texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”.

La expresión escrita puede tener lugar por instrumento público o por instrumentos particulares firmados o no firmados, salvo los casos en que determinado instrumento sea exclusivamente impuesto.²⁹ Hay expresión escrita, en cualquier soporte, siempre que el contenido pueda representarse como texto inteligible, aunque su lectura requiera la intervención de medios técnicos. La norma en análisis es flexible; cuando se refiere a la expresión escrita acepta todas las tecnologías. Debido a su constante evolución, se establecen principios esenciales a partir de los cuales los tribunales y operadores jurídicos podrán considerar que existe expresión escrita y firma, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos, a fin de satisfacer los principios generales.³⁰

Reconocemos que, ya antes de la sanción del Código nuevo, la existencia de instrumentos sin firma a diario es común: son más las operaciones y actos jurídicos que se realizan sin necesidad de firma que los que la exigen.³¹ Así, también comercialmente son admitidos los libros de comercio no firmados, según el artículo 212, ley 19550, modificado por la ley 22.903. Las tarjetas de crédito se utilizan en cajeros automáticos y otro tipo de máquinas, y la firma que lleva la tarjeta de crédito se pone al solo efecto de permitir al comerciante el cotejarla.³²

²⁹ El Código adopta la solución del Proyecto de Unificación de 1998, y su tratamiento se concentra en un solo texto.

³⁰ Se advierte la influencia de la Ley Modelo de Comercio electrónico de Uncitral, que se sustenta en tres pilares: a) la legibilidad, b) inalterabilidad, c) autoría.

³¹ Véase DÍAZ DE GUIJARRO. “La impresión digital en los instrumentos privados” en JA, p. 85; Boffi Boggero, en *Enciclopedia*, *Op. cit.*, p. 202, y el anteproyecto de 1954 en su artículo 288.

³² ARRILLAGA, JOSÉ IGNACIO. “La tarjeta de crédito”, en *Revista de Derecho Privado*, septiembre, 1981, pp. 784, 787, 795 y 797.

El documento electrónico, como componente informático documental, ocupa, a partir de su desarrollo, un rol relevante en las negociaciones jurídicas, particularmente las realizadas a distancia. Permite concluir el contrato eliminando el uso del papel, por la vía electrónica. La jurisprudencia ha resuelto antes de la entrada en vigor del nuevo Código que “no obstante la carencia de firma del e-mail, tal como lo regula el artículo 1012 del cc para la configuración de un instrumento privado, la Cámara resuelve que lo mismo no impide que sea considerado como ‘instrumento particular no firmado’ y podrá ser tomado como principio de prueba por escrito todo en los términos de los artículos 1190, inc. 2) y 1191 del cc”.³³

Por segundo párrafo del artículo 286 del Código, la expresión escrita puede hacerse constar en cualquier soporte siempre que su contenido sea representado con texto inteligible. Regulado jurídicamente, se transforma en un instrumento útil al servicio de lo jurídico, con ciertas características: 1) Se emite o genera a través de un sistema electrónico; 2) Sólo puede hacerse público mediante tecnología informática; 3) No puede ser conocido por el usuario, si no se le da a conocer los sistemas de seguridad que lo protege; 4) Carece de materialidad; 5) Está sujeto y garantizado por medidas de seguridad a través de sistemas de redes.³⁴

En relación con el derecho procesal, el artículo 378 del CPCCN acepta un sistema mixto de apreciación de la prueba. La disponibilidad de los medios de prueba es la situación idónea en que se halla un instrumento de prueba para ser requerido por el juez o los litigantes en vista a su posterior utilización en juicio. Las partes podrán disponer, o el juez pedir de oficio, de la producción de un medio de prueba aunque no esté legalmente previsto en tanto no afecte la moral y las buenas costumbres ni los principios generales del derecho.

El artículo 288 dice:

La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos,

³³ CNCiv., Sala I, 2005/8/11 – Leone, Jorge N. c/Maqueira, Jorge S., LL 14-12-05.

³⁴ En las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se concluyó que “en la labor judicial debe primar la amplitud de criterio para valorar la fuerza probatoria de la prueba informática. El valor probatorio de los documentos electrónicos, digitales o informáticos, debe ser apreciado por el Tribunal ponderando entre otras pautas, los usos del tráfico, la conducta precedente y posterior de las partes, y la razonable convicción que pueda alcanzarse sobre su autoría legibilidad e inalterabilidad de acuerdo a los métodos utilizados para su creación y transmisión a terceros. Los medios informáticos, electrónicos, o digitales no son instrumentos pero sí documentos que constituyen principio de prueba por escrito conforme las normas indicadas. Y su eficacia debe ser admitida expresamente si se garantiza que su contenido resulta inalterable y auténtico”.

ADRIANA N. ABELLA

el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.”

En el nuevo Código, la firma consiste en el nombre del firmante o un signo, pero reconoce el avance de la tecnología y, en consecuencia, la firma manuscrita en los instrumentos no puede considerarse el único medio, ni siquiera el más confiable, para lograr el objetivo de seguridad. Se ha admitido recurrir a otros medios que resulten de mayor seguridad al momento de verificar la autenticidad y la autoría.³⁵

Según se expresa en los fundamentos con los que se acompañó el Anteproyecto del Código, el efecto de la firma es la asunción del texto; es decir, la declaración de voluntad, tal como se proyecta. Se agrega un párrafo referido a los instrumentos generados por medios electrónicos que ya figura en el proyecto de 1998 y que está en consonancia con la Ley 25.505 de firma electrónica, de acuerdo con la cual —si bien luego se consignan excepciones—: “cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”.

La Ley 25.506, sancionada y publicada en diciembre de 2001, establece consideraciones generales sobre la firma digital, el documento digital y el documento electrónico, los certificados, el certificador licenciado y la autoridad de aplicación.

Doctrinariamente, se sostiene que la firma electrónica constituye el género dentro del cual puede distinguirse la firma digital —como una especie de mayor rigurosidad tecnológica en relación a su seguridad e infraestructura—. Conforme con la definición legal, se entiende por firma digital el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, la cual se encuentra bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes. La firma electrónica es descrita como el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica con otros datos electrónicos. El signatario la usa como su medio de identificación.

³⁵ Véase Zannoni, E., Simulación o apariencia de la firma La Ley 141.464, menciona la existencia de un concepto subjetivo y otro objetivo de la firma. Subjetivamente la firma es el testimonio de la voluntad dado por escrito; y objetivamente es firma todo trazo inserto voluntariamente con ese fin. Quien así procede, aunque no estampe su firma habitual, si el trazo pretendió ser una firma, deberá atenerse a la consecuencias de la declaración de voluntad así suscripta. Quien simula o aparenta firmar está objetivamente firmando.

Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. En el caso de la firma digital, sólo hay que invocarla; de proceder, hace plena prueba. Por tanto, los documentos firmados gozan digitalmente de dos presunciones: autoría e integridad. La autoría se refiere a que la firma pertenece al titular, y por ende éste no podrá repudiar lo firmado. La integridad se refiere a que el documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma, que no necesariamente implica que el contenido no pueda ser visto por terceros.

La diferencia fundamental entre ambos documentos radica en el valor probatorio atribuido a cada uno de ellos, ya que la firma digital, de ser verificada correctamente, goza de las presunciones de autoría e integridad, salvo prueba en contrario, que deberá aportar quien pretenda desvirtuar tales presunciones. En cambio, la firma electrónica carece de tales presunciones, y en consecuencia, si ella fuera desconocida corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

Ciertos requisitos deberá reunir una firma digital para ser considerada legalmente válida: *a)* Haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante; *b)* Ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento correspondiente; *c)* Que dicho certificado haya sido emitido por un certificador licenciado o por una autoridad extranjera reconocida en los mismos términos y condiciones exigidos en la ley y sus normas reglamentarias. Además, la firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes. Tal proceso debe permitir identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.³⁶

³⁶ El Decreto 724/2006. Modifícase la reglamentación de la Ley N° 25.506. Las entidades y jurisdicciones pertenecientes a la Administración Pública Nacional podrán ser certificadores licenciados emitir certificados para agentes y funcionarios públicos y particulares, tanto sean personas físicas como jurídicas. Dichos certificados deberán ser provistos en forma gratuita. En aquellas aplicaciones en las que la Administración Pública Nacional interactúe con la comunidad, solamente se admitirá la recepción de documentos digitales firmados digitalmente utilizando certificados emitidos por certificadores licenciados o certificados extranjeros reconocidos en los términos del artículo 16 de Ley 25.506. "Incorpórase al Anexo I del Decreto N° 2628 del 19 de diciembre de 2002, la siguiente definición: '18. Tercero usuario: persona física o jurídica que recibe un documento firmado digitalmente y que genera una consulta para verificar la validez del certificado digital correspondiente'. Incorpórase como artículo 34 bis del Decreto N° 2628 del 19 de diciembre de 2002, el siguiente texto: 'Aceptación por parte de terceros usuarios de documentos electrónicos firmados digitalmente. Los terceros usuarios que sean personas jurídicas que implementen aplicaciones que requieran firma digital, tienen la facultad de definir las características y requerimientos que deben cumplir las Políticas de Certificación, a los efectos de aceptar documentos electrónicos firmados digitalmente utilizando certificados digitales amparados por dichas Políticas. Dichas características y requerimientos deben ser manifestados previamente en forma clara y transparente a los titulares de certificados que pretendan operar con ellos'. Modifícase el texto del artículo 1° inciso b) del Decreto N° 2628 del 19 de diciembre de 2002 por el siguiente: 'Artículo 1° inciso

ADRIANA N. ABELLA

Concluimos que es un documento digital y también satisface el requerimiento de escritura (artículo 6, ley 25506). Existe presunción de autoría. Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma. Presunción de integridad. Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma.

La ley 25.506 reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica, pero excluye expresamente determinados actos en su artículo 4. Las exclusiones expresas legales son: A) las disposiciones por causa de muerte; B) los actos jurídicos del derecho de familia; C) los actos personalísimos en general; D) los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencia de disposiciones legales o acuerdo de partes. Todo esto de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 25506/2001.

Según el último párrafo del artículo 288, en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método para identificarla, y ese método asegura razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento.

La definición de firma que contiene el Código no se encierra en una tecnología existente a la fecha, sino que se ha preferido una noción amplia que comprende la tecnología actual como las que puedan crearse en el futuro. Ello porque el Código es un cuerpo de leyes con vocación de permanencia y estabilidad.

La inserción de la firma en un instrumento permite individualizar al sujeto que la suscribe y además implica conformidad del firmante con el contenido. Quien estampa su firma al pie de un instrumento reconoce su contenido, adhiere a las conclusiones que en él se expresan; vuelca, en fin, su conformidad. Con la sanción de la Ley de Firma Digital se otorga reconocimiento y validez legal al documento electrónico y a la firma digital que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento, utilizada en los instrumentos generados por medios electrónicos, equiparable con la firma manuscrita.

El cumplimiento de la exigencia legal de conservar documentos, registros o datos, conforme a la legislación vigente a la materia, podrá quedar satisfecha con la conservación de los correspondientes documentos digitales firmados

b): Firma electrónica basada en certificados digitales emitidos por certificadores no licenciados en el marco de la presente reglamentación."

digitalmente. Los documentos, registros o datos electrónicos, deberán ser almacenados por los intervinientes o por terceros confiables aceptados por los intervinientes, durante los plazos establecidos en las normas específicas. Se podrán obtener copias autenticadas a partir de los originales en formato digital firmado digitalmente. La certificación de autenticidad se hará de conformidad con los procedimientos legales, vigentes para el acto de que se trate, identificando el soporte que procede la copia.