

*Esta es una copia privada  
hecha sólo para fines  
educativos.*

**PROHIBIDA SU VENTA**

**EDUARDO J. COUTURE**

**ESTUDIOS DE  
DERECHO PROCESAL  
CIVIL**

**T O M O I I**



**EDIAR Soc. Anón. EDITORES  
BUENOS AIRES**

# 1. EL CONCEPTO DE FE PÚBLICA

(INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO NOTARIAL)

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. I. *La fe pública como concepto jurídico.* 1. Conceptos comunes acerca de la fe pública.

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

## CAPÍTULO I: LA IDEA DE FE PÚBLICA.

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

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

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

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

## CAPÍTULO II: EL CONCEPTO DE FE PÚBLICA.

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

II. *La fe pública y la verdad.* 15. Idea común acerca de la verdad como contenido necesario de la fe pública. — 16. Representación de la 'verdad y verdad de la representación. — 17. La fe pública como suposición de verdad en la 'representación. — 18. Carácter provisorio de la suposición de verdad en la fe pública.

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

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

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

#### CAPÍTULO III: CONTENIDO DE LA FE PÚBLICA.

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

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

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

#### CAPÍTULO IV: FUNCIÓN DE LA FE PÚBLICA.

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

II. *Teoría del poder certificante.* 45. La potestad certificante o legitimadora como un atributo propio del Estado. — 46. Error de este concepto. — 47. La función probatoria de los documentos como una creación legal.

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

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

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

#### CAPÍTULO V: EFICACIA PROCESAL DE LA FE PÚBLICA.

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

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

III. *Límites subjetivos de la eficacia probatoria.* 68. Los otorgantes, sus sucesores y los terceros. — 69. Eficacia entre los otorgantes. — 70 Eficacia entre:

los sucesores a título universal. — 71. Eficacia entre los sucesores a título singular. — 72. Eficacia entre los terceros.

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

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

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

#### CAPÍTULO VI: EFICACIA SUSTANCIAL DE LA FE PÚBLICA.

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

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

## EL CONCEPTO DE FE PÚBLICA

### INTRODUCCIÓN

#### I. LA FE PÚBLICA COMO CONCEPTO JURÍDICO

##### 1. *Conceptos comunes acerca de la fe pública.*

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

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

Estas circunstancias han contribuido a dar al escribano su nombre propio. Se ha acostumbrado siempre a llamar a este profesional del derecho con un nombre derivado de las cosas de las que él se sirve: escribano, por su oficio de escribir; notario, por las notas de su registro; tabelión, por las "tablas" que fueron su instrumento; actuario, por las actas de su ejercicio; cartulario, por los papeles (*charta*) de su

labor <sup>(1)</sup>. Su más reciente denominación de fedatario <sup>(2)</sup> deriva directamente de su función específica de "dar fe" de los actos que pasan ante él.

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

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

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

<sup>(1)</sup> Para estas etimologías, cfr. MENDES DE ALMEIDA, *Organs da fe pública*, S. Paulo, 1897, p. 103.

<sup>(2)</sup> El vocablo "fedatario" no aparece en las autoridades del idioma castellano, pero su uso tiende a difundirse. Así, PAZ, *Derecho notarial argentino*, Buenos Aires, 1939, p. 79; D'ALESSANDRO SAULLO, *De las certificaciones notariales*, en *Rev. D. P. P.*, Montevideo, 1942, t. 9, p. 151. VIADA Y ARAGONESES, *Derecho procesal*, Madrid, 1949, p. 61.

## II. PROPÓSITO DE ESTE ESTUDIO

### 2. Necesidad de delimitar y precisar el concepto.

Entre el concepto de fe pública como bien jurídico protegido en el Código Penal y el concepto de fe pública del derecho notarial, existe una antítesis que es necesario superar. Entre el concepto de fe pública del derecho notarial y el concepto de plena fe establecido en el Código Civil, hay una diferencia que es menester aclarar. Entre el concepto de fe pública que hemos elegido como tema de investigación y la teoría de la solemnidad, existe un profundo ligamen cuyo sentido no agota el aforismo clásico *in sollemnibus forma dat esse rei*. Entre la fe pública como calidad del instrumento notarial y el proceso en el cual ese documento sirve de prueba, media otro ligamen interior que es preciso aislar rigurosamente.

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

Aislado el concepto, es indispensable examinar su contenido, sus esencias propias. El tema se sitúa, así, en un doble campo: en el de la teoría de los actos jurídicos y en el de la teoría de la prueba. El primero pertenece a la teoría general del derecho; el segundo, al derecho procesal. Allí emplazada, la fe pública resulta ser, en último término, una particular forma de representación de los hechos jurídicos,



tendiente a que, tanto en el comercio humano como en un eventual proceso ulterior, esos hechos sean admitidos tal como los ha percibido, interpretado y representado en su documento el escribano.

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

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

Queda, todavía, una consecuencia natural de todas esas

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

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

### 3. *La delimitación del concepto de fe pública como introducción al derecho notarial.*

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

El concepto que se tenga de la fe pública es el concepto que se tenga del derecho notarial. Esclarecer aquél es someter a examen y poner en cuestión esta importantísima rama del derecho, tan ligada a antiguas tradiciones, y tan urgida hoy de una autonomía que va conquistando por derecho propio.

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

## CAPÍTULO I

### LA IDEA DE FE PÚBLICA

#### I. LA FE PÚBLICA Y LA FE NOTARIAL

##### 4. *La etimología de las palabras fe y pública.*

*Fe* es, por definición, “la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública”. Etimológicamente deriva de *fides*; indirectamente del griego  $\pi\epsilon\tau\omicron\epsilon\omega$  (*peitheio*), yo persuado.

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

*Fe pública* vendría a ser, entonces, en el sentido literal de sus dos extremos, creencia notoria o manifiesta.

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

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

5. *La fe pública en su concepto limitado a la fe notarial. Sus primeras extensiones.*

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

Numerosas definiciones reputan que lo propio, lo específico, de la fe pública, lo constituye su emanación notarial. "Es, se dice, certificar los escribanos por escrito alguna cosa que ha pasado ante ellos" (3).

Con mayor rigor se habla de fe *pública notarial*, para referirse a esta acepción del concepto; y entonces se acostumbra a definirla como "la exactitud de lo que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos" (4).

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

La fe notarial, se ha dicho (5), "es un atributo de la propia calidad de escribano que reviste el funcionario y éste, con sólo intervenir y autorizar un acto cualquiera con su firma, le impone autenticidad que es lo que en el fondo implica la fe notarial de que es depositario".

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

(3) CABANELLAS, *Diccionario de derecho usual*, B. A., 1946, p. 234; ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, p. 686.

(4) Reglamento español de 2 de junio de 1944. Cfr. CASTÁN, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Madrid, 1946, página 42. DE VELAZCO, *Derecho notarial*, Madrid, 1941, p. 7.

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

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

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

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

Existen, además, muchas definiciones que atribuyen fe pública a los corredores, cónsules, y en larga medida, a funcionarios u oficiales públicos (6).

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

Nos hallamos, entonces, frente al hecho de que la idea originaria relativa al escribano, en su condición de funcionario de fe pública, no tiene el sentido de un monopolio. Existen otras personas que, sin título de escribano, se hallan legalmente en condiciones de dar fe o de expedir instrumen-

(6) ORGAZ, *Diccionario elemental de derecho y ciencias sociales*, Córdoba, 1946, p. 240; RAMÍREZ GRONDA, *Diccionario jurídico*, 2ª ed., B. A., 1946, p. 140; BARCIA, *Diccionario etimológico de la lengua española*, B. Aires, 1946, t. 3, p. 365; PAZ, *Repertorio de derecho notarial argentino*, t. 2, y *Derecho notarial argentino*, B. A., 1939, p. 48.

tos a los que la ley coloca, en cuanto a fe se refiere, en el mismo rango que la escritura pública.

## II. LA FE PÚBLICA DE CIERTOS OBJETOS PÚBLICOS

### 6. *La fe pública referida en el Código penal respecto de la moneda y del papel moneda.*

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

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

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

### 7. *La fe pública en otros objetos o bienes incorporales.*

El Código Penal configura como "delitos contra la fe pública" la falsificación de monedas, la falsificación de la impronta de los sellos del Estado, el uso indebido de sellos verdaderos, etc. La fe pública viene a ser, así, como se verá más adelante, un bien jurídico protegido por la ley.

Y todavía en ese campo, ciertos objetos, aun algunos incorporales, resultan protegidos por la ley: las marcas de fábrica, las pesas y medidas, etc. (7).

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

En estos casos, se ha dicho (8), la fe deriva del sello, proposición que sería exacta si en ciertas situaciones, no se estuviera en presencia de objetos que ni siquiera llevan el sello del Estado. Los billetes de pasaje de las empresas de transporte, aun privadas, se hallan, en el art. 234 : C. P., comprendidos entre los objetos cuya adulteración lesiona la fe pública.

#### 8. *Otras formas de quebrantamiento de la fe pública en la doctrina penal.*

Los penalistas llegan, todavía, a distinguir en esta materia, entre los delitos que quebrantan la fe en el gobierno (adulteración de monedas, falsedad instrumental, etc.) y los delitos que quebrantan la fe en los conciudadanos (aprovechamiento de las cosas dejadas en descubierto por necesidad relativa) (9).

(7) Código Penal, arts. 227 y sigtes.

(8) MENDES DE ALMEIDA, *Organs da fe pública*, cit., p. 44.

(9) CARRARA, *Programma*, XX, 5ª edic., ps. 5 y sigtes.

### III. LA FE PÚBLICA COMO ESTADO DE CONVICCIÓN COLECTIVA

#### 9. *La concepción de la fe pública como un estado de creencia común.*

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

Se equipara, entonces, la fe pública, a la salud pública y a la seguridad pública. La fe pública, se dice desde este punto de vista <sup>(10)</sup>, es "poder cada uno (el público) fiar de las pruebas".

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

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

(10) CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padova, 1935, p. 37.



### 10. *Suposición de las leyes penales en esta materia.*

Se suele atribuir a Filangieri, en las instancias de elaboración del Código Penal italiano <sup>(11)</sup>, la noción de fe pública como común creencia a tutelarse por la ley.

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

Lo extraño no es que los penalistas tengan esta idea de la fe pública; lo particular es que también así la conciben los escribanos <sup>(12)</sup>.

### 11. *La fe pública como creencia impuesta por la autoridad.*

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

Mediante la fe pública, se dice dentro de esta concepción, el Estado impone la certidumbre en forma coactiva <sup>(13)</sup>. El pueblo cree porque el Estado le manda creer.

<sup>(11)</sup> EBNER-ROMANO DI FALCO, en *Nuovo Digesto Italiano*, t. 5, p. 1023; ZERBOGLIO, *Delitti contro la fede pubblica e la pubblica incolumità*, p. 142.

<sup>(12)</sup> FERNÁNDEZ CASADO, en PAZ, *Derecho notarial argentino*, cit. p. 48; TIRSO DE LA TORRE, *Comentarios a la legislación notarial*, Valencia, 1904, en PAZ, cit. 47.

<sup>(13)</sup> SANAHUJA Y SOLER, *Tratado de derecho notarial*, Barcelona,

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

La doctrina más reciente rechaza esta concepción <sup>(14)</sup>.

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

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

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

1945, t. I, p. 15; BIBILONI, *Diario de Sesiones de Cámara de Diputados*, 1907, p. 688; NAVARRO AZPEITÍA, *Teoría de la autenticación notarial*, en *Rev. D. P.*, Madrid, 1942, p. 678; PAZ, *Derecho notarial argentino*, p. 49.

(14) Así, p. ej., PEDEMONTTE, *Comentarios del Código Penal*, Montevideo, 1941, p. 262.

#### IV. NECESIDAD DE DELIMITAR EL CONCEPTO

##### 12. *Las ideas de fe pública-creencia y fe pública-autoridad.*

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

En el caso que estudiamos, lo primero que se requiere es optar entre las dos acepciones tan diferentes del concepto. Es indispensable decidirse por la idea de fe pública-creencia o de fe pública-autoridad. O, eventualmente, por la tercera acepción que une a ambas.

Para esto se requiere establecer la relación de la idea de fe pública con un cúmulo de ideas afines, con las cuales se produce frecuentemente confusión. El tema debe enfrentarse con rigor y profundidad. Las ideas afines deben ser eliminadas y el concepto de fe pública debe ser tomado en su esencia misma.

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

### CAPÍTULO II

#### EL CONCEPTO DE FE PÚBLICA

##### I. LA FE PÚBLICA Y LA BUENA FE

##### 13. *Diferencias entre ambos conceptos.*

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

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

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

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

La buena fe es lo normal en la vida psicológica, como la salud es lo normal en la vida fisiológica. Acostumbramos a considerar un enfermo tanto a aquel cuyo organismo le impone la constante preocupación del dolor, como a aquel a quien su cavilosidad excesiva le impide creer en las apariencias y busca por debajo de cada una de ellas la expresión de otra realidad (la duda de que cada semejante sea un asesino, o que cada carta sea apócrifa, o que cada agente sea un usurpador). La doctrina del derecho civil ya ha admitido la buena fe como una forma de creencia ínsita en la vida social <sup>(15)</sup>.

Pero la fe pública no es una creencia, sino una atestación calificada. El funcionario cuyos documentos hacen fe

(15) En una delicada construcción doctrinaria, el derecho civil ha distinguido entre "buena fe-creencia" y "buena fe-probidad". Así, ALSINA ATIENZA, *Efectos jurídicos de la buena fe*, B. Aires 1935. Asimismo, FUZIER HERMAN, *Répertoire alphabétique du droit français*, Paris, 1891, Verb. *Bonne foi*; GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, Paris, 1928; SILVEIRA, *A boa fe no direito civil*, S. Paulo, 1941.

asevera lo que ante él ha ocurrido, lo representa en el documento y esa representación es tenida por cierta dentro de los límites que determina el derecho positivo <sup>(16)</sup>.

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

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

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

#### 14. *Los delitos contra la fe pública como delitos contra la buena fe.*

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

Cuando la doctrina afirma que en un ambiente de buena fe no se ubica el fraude, como en las casas limpias no

(16) *Infra*, 63 y sigtes.

entran ciertas enfermedades <sup>(17)</sup>, pone en evidencia que lo que el Código Penal ha concebido como un bien jurídico a tutelar es la buena fe y no la fe pública.

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

## II. LA FE PÚBLICA Y LA VERDAD

### 15. *Idea común acerca de la verdad como contenido necesario de la fe pública.*

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

La literatura que trata de demostrar la atestación notarial como una refrendación de los hechos, como una forma de verdad irrefragable, es muy abundante. En ella aparece el notario como una especie de ángel certificador que pone un halo de santidad en todo cuanto toca <sup>(18)</sup>.

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

<sup>(17)</sup> CARNELUTTI, *Teoría del falso*, Padova, 1935, p. 37. De "higiene jurídica" para referirse a la fe pública, también habla SANAHUJA y SOLER, *Tratado de derecho notarial*, cit., t. I, p. 23.

<sup>(18)</sup> Un expresivo ejemplo de este estilo, lo constituye el sermón del Arzobispo de Tarragona Mons. LÓPEZ PELÁEZ, del 6 de mayo de 1914, reproducido en el volumen titulado *El notariado*, Buenos Aires, 1944.

16. *Representación de la verdad y verdad de la representación.*

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

Un documento es, en sí mismo, una representación<sup>(19)</sup>. Un hecho, vale decir, un simple acaecimiento de la vida, se produce en presencia del funcionario. Si su deber se lo impone, él lo representa, es decir, lo reconstruye mediante un relato escrito destinado a reproducir ese hecho para quienes están ausentes de él por razón de tiempo o por razón de lugar.

Pero en toda representación, una vez diferenciados el hecho y el documento, el motivo y el relato que lo reproduce, penetran nuevos elementos que no constituyen rigurosamente verdad, sino voluntad<sup>(20)</sup>. La versión taquigráfica o la grabación mecánica de un discurso, reproducen la actividad del orador al expresar lo que su oración encierra; pero no significan la verdad de sus conceptos. El funcionario o aparato registrador, recogen la actividad pero no la verdad; o, en el mejor de los casos, la verdad de la actividad. Admitir la verdad de todo cuanto un funcionario público ha escrito configuraría algo más que su autoridad: significaría su infalibilidad.

De la misma manera, cuando el agente policial levanta un acta del accidente de tránsito que ha podido percibir, se limita a reproducir, con mucha rusticidad en los medios técnicos, algo que han podido apreciar sus sentidos. Su acto

(19) Más ampliamente, *infra*, 38.

(20) *Infra*, 38.

no representa la verdad del hecho, sino la verdad de su percepción. La ley admite, como se verá más adelante, la validez de algunas circunstancias inherentes a esa representación. Pero en ningún momento ha considerado sinónima de verdad toda la aseveración del funcionario.

Le fe pública recae, en determinadas condiciones, sobre la aseveración de realidad (p. ej., la realidad del otorgamiento del instrumento, o la realidad de su fecha), pero no recae, en modo alguno, sobre todo el contenido del documento. La fe pública de la escritura no recae sobre la voluntad manifestada en ella, sino sobre la manifestación de la voluntad. El dolo, la violencia o el error en la voluntad jurídica no se subsanan en la escritura pública, porque el escribano da fe de la manifestación de la voluntad, pero no de la voluntad misma <sup>(21)</sup>.

17. *La fe pública como suposición de verdad en la representación.*

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

Pero esa verdad sólo constituye representación de representaciones.

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

(21) *Infra*, 41.



18. *Carácter provisorio de la suposición de verdad en la fe pública.*

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

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

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

### III. LA FE PÚBLICA Y LA PLENA FE

19. *La plena fe como medida de eficacia probatoria.*

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

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

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

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

Si fe pública y buena fe se equivalen, nos hallamos en presencia de una repetición innecesaria. Todos los docu-

mentos que hacen plena fe, son documentos de fe pública y, en consecuencia, lo que corresponde estudiar como tema central de esta investigación no es el concepto de fe pública sino el concepto de plena fe. Si, por el contrario, ambos conceptos no se corresponden, entonces será menester establecer cuál es el *quid novum* que distingue la fe pública de la plena fe.

## 20. *La plena fe de los instrumentos públicos.*

Comencemos por admitir un simple hecho que atañe al léxico.

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

Cuando en el sistema de la ley se utiliza el vocablo "ministro de fe pública" <sup>(22)</sup> o más sencillamente "funcionario de fe pública" <sup>(23)</sup> no se alude a las condiciones normales y genéricas de todos los funcionarios públicos. Con esas palabras se alude a lo que, a lo largo de toda la historia, fué

<sup>(22)</sup> Ley chilena de Organización de los Tribunales, art. 336; BALLESTEROS, *La ley de organización y atribuciones de los tribunales de Chile*, Santiago, 1890, t. 2, p. 548; LAGARMILLA (E.), *Proyecto de Código de Organización de los Tribunales* (Inédito); su texto aparece en el Libro de Actas, aún no publicado, de la Comisión Redactora, y se halla en el Ministerio de Instrucción Pública y Previsión Social de nuestro País.

<sup>(23)</sup> C.O.T., 200.

una misión específica del notariado y muy especialmente de la secretaría judicial.

Es sabido que la función del secretario judicial ha estado rodeada, desde sus orígenes, de cierto simbolismo y de un acentuado signo de autoridad moral. El notariado, emanación de ella, ha conservado sus atributos (24).

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

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

## 21. *Significado de la plena fe.*

Ahora bien: la primera consecuencia que se extrae de ese hecho, es la de que, al no designar al juez, al ministro o al embajador como funcionarios de fe pública, no se da a los documentos que ellos expiden el carácter de documen-

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

tos de fe pública. Sin embargo, esos documentos hacen plena fe.

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

## 22. *Plena fe y función notarial.*

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

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

El documento no es auténtico, porque la autenticidad no se la da la certificación. Esa constancia, en el ejemplo, sólo constituirá el añadido de un testigo respetable, pero no le brinda autenticidad. Ésta sólo habrá de brindársela el reconocimiento *judicial* del documento <sup>(25)</sup>; el reconocimiento ante escribano, obvio es decirlo, no es un reconocimiento judicial. Y en cuanto a la fecha cierta no existe, porque no se está en presencia de ninguno de los supuestos del art. 1587 del C.C.

(25) CC., 1581. *Infra*, 74 y sigtes.

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

23. *Carácter oficial en los instrumentos públicos y en la escritura pública.*

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

El instrumento público es siempre, necesariamente, oficial. Ese carácter es el primero en la enumeración de los requisitos, para que adquiera la condición de tal. La escritura pública y el instrumento notarial, en cambio, no revisten, necesariamente, carácter oficial. No lo tienen ni en razón de su contenido, pues normalmente afectan intereses particulares; ni en razón del funcionario autorizante, ya que el escribano no es funcionario público <sup>(26)</sup>.

24. *La plena fe como eficacia y la fe pública como autoridad de un documento.*

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

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

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

(26) *Infra*, 29 y 30.

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

*Eficacia y autoridad* son, pues, dos significados diferentes del instrumento <sup>(27)</sup>.

## 25. *Resumen.*

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

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

<sup>(27)</sup> Una distinción de esta índole, aunque con alguna diferencia de significado, ha sido hecha para la sentencia judicial por LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milán. Este libro se ha publicado en traducción española por SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1946.

## IV. LA FE PÚBLICA Y LA FUNCIÓN NOTARIAL

26. *Planteo del tema.*

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

El problema se plantea en los siguientes términos. Que los funcionarios públicos expidan documentos que, dentro de ciertos límites, hacen plena fe, es algo fácilmente concebible dentro de los fines propios de la autoridad. Pero que los escribanos tengan esa misma virtud, sin ser funcionarios públicos<sup>(28)</sup>, es algo que requiere una explicación particular.

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

27. *La autenticidad de los documentos y su origen histórico.*

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

Pero determinados actos privados de especial significación, ya sea inherentes a las personas, ya sea inherentes a los bienes, reclamaban una especial solemnidad. Se pensó, entonces, que sólo la autoridad podía darla. En las etapas finales del derecho romano, comenzaron a simularse actos de autoridad para revestir de formas solemnes a los actos pri-

(28) *Infra*, 29, en nota.

vados. Así, por ejemplo, la *in iure cessio*, la *emancipatio* o la *manumissio*, por su significación en la vida civil, reclamaban algo más que una simple escritura privada. Se acudió, entonces, a una simulación. El acto jurídico se disfrazó de proceso y bajo la apariencia de un litigio, se sometió a la decisión judicial. El magistrado dirimía el supuesto conflicto y autorizaba el acto jurídico. Su sentencia tenía el sello de la autoridad, y era, por antonomasia, un instrumento público (28).

28. *Los comienzos de la función notarial en su misión de dar autenticidad a los documentos.*

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

Pero en un breve estadio histórico posterior, es el magistrado el que desaparece y queda sólo el tabelión o notario, el que refrenda el acto jurídico. Nace así la jurisdicción voluntaria, que es una verdadera función administrativa

(28) Cfr. DI BLASI, *Giurisdizione volontaria*, en *Nuovo Digesto Italiano*, t. 6, p. 401. En la misma obra, DONÁ, *Notariato ed archivi notariali*, t. 8, p. 1055. No obstante la antigüedad de la institución, se nota últimamente una tendencia a admitir que los orígenes del notariado no deben irse a buscar más allá del derecho romano, en sus últimos tiempos, y para muchos autores, de la Edad Media. Cfr. AZPEITÍA, *Derecho notarial extranjero*, t. II, p. 29 y sigtes.; DE LAS CASAS, *Diccionario general del notariado de España y ultramar*; LÓPEZ PALOP, *El notariado español*, publ. en *Homenaje a Clemente De Diego*, p. 223; SANAHUJA y SOLER, *Tratado de derecho notarial*, cit., t. I, p. 7; ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, notas al *Sistema de CARNELUTTI*, t. 2, p. 559; ROCA SASTRE, *Instituciones de derecho hipotecario*, Barcelona, 1942, t. 1, ps. 23 y sigtes; MARIN PÉREZ, *Introducción al derecho registral*, Madrid, s/f., pág. 52.



desenvuelta dentro del ámbito jurisdiccional. Más tarde, la jurisdicción voluntaria se desprende de la jurisdicción oficial y pasa directamente a los notarios <sup>(30)</sup>.

El acto notarial es, históricamente, un sucedáneo de la autoridad. Cuando en la Edad Media y en el Renacimiento los notarios autorizan sus escrituras, lo hacen junto o al lado de la autoridad. El notario, frente a reyes, señores y jueces que no saben escribir, es el órgano autenticante en quien se ha delegado una parte muy significativa de la autoridad <sup>(31)</sup>.

### 29. *El escribano y su concepción como funcionario público.*

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

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

<sup>(30)</sup> ROLANDINO, *Summa artis notariae*, parte 3<sup>a</sup>, cap. 9, apud DI BLASI, *Giurisdizione volontaria*, cit., p. 403; POTHIER, *Traité de la procédure civile*, parte IV, cap. II, n. 1.

<sup>(31)</sup> En el *droit coutumier* la documentación notarial aparece inseparablemente unida a la autoridad real o señorial. Decía el texto: "Tout gent homme et homme de poeste poent faire reconisances de lor convencances par devant lor segneurs, dessoz qu'ils sunt couquant et levant ou par devant le souverain". BEAUMANOIR, *Coutume de Beauvoisis*, t. 2, cap. 35, n. 18; BONNIER, *Traité des preuves*, t. 2, n. 462; PLANIOL, *Traité pratique*, t. 2, n. 46. En España, la Partida II, L. 7, tít. 9 definía a los notarios como "aquellos que fazen las notas de los preuilejios e de las cartas, por mandado del Rey o Chanceler".

en aquellos países en los cuales la ley atribuye al escribano el carácter de funcionario público <sup>(32)</sup>.

El problema de la condición del escribano público, no es un problema de definición legal. Podrá el legislador, en sus definiciones, denominarlo así; pero bien sabemos que no es misión del legislador dar definiciones, sino instituir normas, es decir, proposiciones hipotéticas de una conducta futura <sup>(33)</sup>.

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

### 30. *La función notarial como función pública a cargo de un particular.*

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

<sup>(32)</sup> Como es sabido, las definiciones legales italiana, francesa, española y argentina han dado al notario la condición de funcionario público. Pero ello no obsta a que los propios comentaristas de esas leyes les nieguen tal carácter. P. ej., DÍAZ DE GUIJARRO, J. A., t. 31, p. 256; AGUIAR, *Responsabilidad civil*, p. 280; HALPERIN, *Responsabilidad civil de los escribanos*, en *La Ley*, t. 8, p. 96, sec. doct., pero con la reserva de que lo es cuando actúa en el protocolo. En Francia, PLANIOL, *Dalloz Periodique*, 1911, II, p. 401; MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, n. 513. En Italia, DONÁ, *Notariato e archivi notariale*, en *Nuovo Digesto Italiano*, t. 8, p. 1058. En España la significación del cometido profesional que actúa por encima de la condición de funcionario público, parece abrirse camino, según surge de las numerosas referencias de CASTÁN, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, cit., p. 39.

<sup>(33)</sup> Así, y más ampliamente, en la Exposición de Motivos del *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1945, p. 125.

El escribano público, dentro del sistema legal uruguayo, es un profesional universitario. Su condición de tal, en el régimen vigente, se la da la Universidad mediante estudios muy especializados y su inscripción en la matrícula a cargo de la Suprema Corte configura su incorporación al régimen administrativo inherente a la profesión (34). Se puede ser escribano público sin incorporación a la matrícula, con la consecuencia, en este caso, de que no será posible ejercer la profesión. El requisito administrativo pertenece *al ejercicio* pero no a *la esencia* del notariado.

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

(34) La condición de funcionario público del escribano constituye un tema que no puede ser dilucidado en este estudio. Escritas estas páginas, íntegramente, sobre la base del derecho uruguayo, el punto de que el escribano no es plenamente funcionario público resulta indudable. Si el escribano fuera funcionario público, sería absolutamente inexplicable el art. 245 del Código Penal, que establece que "a los efectos de la falsificación documentaria *quedan equiparados* a los funcionarios los Escribanos legalmente habilitados para ejercer la profesión". Cfr., GERONA, *La reforma notarial*, Montevideo, 1934; ORELLANO, *Curso de derecho notarial*, Montevideo, 1938, t. I, p. 33; QUAGLIATA, *Régimen del notariado nacional*, 2ª ed., Montevideo, 1942, p. 17 con reservas; *Tercer Congreso Nacional de Escribanos. Proyectos*, Montevideo, 1946, p. 28, también con algunas reservas; ARIAS BARBÉ, *De la prueba*, Montevideo, 1943, p. 83; PRUNELL, *Responsabilidad civil del escribano*, p. 59, donde el tema se plantea correctamente con relación a su estado actual en nuestro País.

## V. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE FE PÚBLICA

31. *Resumen de las ideas expuestas.*

Resumiendo cuanto ha sido expuesto en este capítulo pueden sentarse algunas ideas que han de servir de base para la construcción ulterior.

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

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

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

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

32. *Definición de la fe pública.*

Estas circunstancias nos permiten definir la fe pública como una *calidad propia que la intervención notarial acuerda a ciertos instrumentos.*

Dicha calidad es constante en todos los documentos emanados de un escribano que actúa en el ejercicio regular de su función; pero su eficacia es variable, ya que esa calidad es independiente de la significación probatoria del ins-

trumento. En ciertos casos, la fe pública y sus formas propias, se hallan adscritas a la esencia del acto jurídico y constituyen una solemnidad necesaria para su validez; en otros casos esa significación no existe y la fe pública no agrega ninguna eficacia al contenido propio del instrumento.

### CAPÍTULO III

#### CONTENIDO DE LA FE PÚBLICA

##### I. SOLEMNIDAD Y PRUEBA EN LOS ACTOS JURÍDICOS

###### 33. *La fe pública como aseveración.*

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

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

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

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

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

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

#### 34. *La forma de los actos jurídicos.*

Por forma puede entenderse, en derecho, todo elemento sensible que envuelve exteriormente un fenómeno jurídico. Es, en sí misma, una hechura plástica que permite distinguir los hechos jurídicos de todos aquellos que no lo son, caracterizándolos, individualizándolos, permitiendo distinguirlos en función de sus manifestaciones aparentes <sup>(35)</sup>.

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

Aun el hombre primitivo distingue la necesidad de envolver sus actos más significativos. En él la solemnidad se asocia, además, a cierto gusto natural por la decoración y por los símbolos. El derecho primitivo, hasta muy avanzadas instancias de perfeccionamiento, está frecuentado por estas exteriorizaciones simbólicas mediante las cuales se hace sobrevivir en el recuerdo, ya sea por ceremonias solemnes, ya sea por monumentos llamados a perdurar, los hechos sociales más trascendentes: el nacimiento, el matrimonio, la muerte, la adquisición o la pérdida de la propiedad, de la libertad, de la paz, etc. <sup>(36)</sup>.

<sup>(35)</sup> Cfr. DUHAUT, *De la forme et des caractères et ses effets en droit romain*, Nancy, 1881, p. 12; GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1921, t. 3, p. 95 y 101.

<sup>(36)</sup> MICHELET, *Origines du droit français cherchés dans les symboles et les formules du droit universel*, cit.; PICARD, *Le droit pur*, Paris, 1919, p. 178, con muy elocuentes ejemplos.

### 35. *Significación de la forma en el derecho.*

El derecho ha seguido en ese punto el mismo recorrido que el arte y que la religión. La liturgia no ha tenido, en muchas instancias históricas, menos significación que las formas sensibles en la escultura y en la pintura y que la liturgia del culto <sup>(37)</sup>. La ingenuidad de ciertas formas jurídicas históricas que hoy nos sorprende, no puede ser desprendida de la profunda compenetración que religión, arte y derecho tuvieron en ese tiempo <sup>(38)</sup>.

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

La única variante sensible es la de que, en tanto en mu-

<sup>(37)</sup> Cfr. IHERING, *Esprit du droit romain*, trad. franc., ns. 21, 22, 27, 28, 30.

<sup>(38)</sup> "Si, des Andes à Himalaya, du Pacifique aux oasis africaines et du Nil à la Mer du Nord on tente d'embrasser d'un coup le poème plastique universel dans celles des manifestations où l'homme s'est le plus constamment et le plus magnifiquement défini, on le trouve presque partout lié à un support mystique d'autant plus impréssionnant qu'il traduit presque partout un sentiment unanime" (ELIE FAURE, *Histoire de l'art. L'esprit des formes*, Paris, 1933, p. 378).

chos momentos del derecho primitivo la forma se dió por la forma misma, en el derecho moderno la forma se da como una garantía o seguridad de la sustancia (39).

### 36. *Forma y sustancia. Formas solemnes y formas probatorias.*

Un estudio de las relaciones entre forma y sustancia en el derecho, conduciría a profundizar la clasificación propuesta (40) de formas solemnes, probatorias, de publicidad, habilitantes, procesales y fiscales.

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

Ahora bien: la forma solemne, examinada en sí misma, en su contenido más profundo, no difiere de la forma probatoria. La solemnidad no es sino una prueba acrecentada, o si se quiere en sentido inverso, la prueba (re-presentación) no es sino una solemnidad disminuída. El acto solemne es solemne, simplemente, para que no se olvide (41). La ceremonia litúrgica, la ceremonia cívica y la ceremonia ju-

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

(40) GÉNY, *Science et technique...*, cit., p. 107; el mismo, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1919, 2ª edic., t. I, p. 184.

(41) PICARD, *Le droit pur*, cit., p. 181.



rídica, no procuran, en sí mismas, otra cosa que una mayor penetración en la sensibilidad y en la memoria humana. La solemnidad es la prueba ostensible y pomposa de la vida primitiva; la forma escrita moderna suple en muy buena parte los sucesos del naufragio de la memoria; pero la forma escrita, dotada todavía de cierta forma de solemnidad externa, tal como la intervención de un magistrado, de un alto funcionario, de un profesional especialmente habilitado, de testigos que son el símbolo de la publicidad y notoriedad del acto <sup>(42)</sup>, constituye una especie de prueba reforzada, tendiente a quedar grabada en el recuerdo no sólo por la perdurabilidad del documento escrito, sino también por la significación externa de la ceremonia misma.

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

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

<sup>(42)</sup> Cfr. sobre la participación de los testigos en las escrituras, las agudas referencias de DE LOS REYES PENA, *Comunicación a la Comisión...*, cit., p. 402.

37. *La forma de los actos como una quasi possession. Su significado.*

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

En un documento de verdadera importancia científica (<sup>43</sup>), se ha configurado a esa poderosa significación externa de la forma sobre los actos jurídicos, como una especie de *quasi possession* de los derechos que resultan del acto. Las razones políticas que inspiran la exigencia del acto escrito han corrido parejas con las razones de la exterioridad posesoria. La publicidad, el interés de los terceros, la necesidad de un pacífico goce del derecho, se hallan tanto en uno como en otro fenómeno.

“La fuerza probatoria del título y la posesión de las cosas, se ha agregado siguiendo esa enseñanza (<sup>44</sup>), son instituciones diferentes, pero susceptibles de ser aproximadas. En caso de conflicto respecto de la propiedad, las dos instituciones intervienen. El título juega así, al lado de la posesión, y por encima de ella, la función de protección inmediata de los derechos de obligación”.

El acto escrito es ya de por sí una solemnidad, pues constituye una forma necesaria en aquellos casos en los cuales la ley lo impone. Pero el acto de fe pública (acto notarial) es doblemente solemne: por la exigencia necesaria en

(<sup>43</sup>) CAPITANT, *Etude critique des restrictions apportés par les articles 1341 du Code Civil français et du Code Civil Italien, à la recevabilité de la preuve testimoniale*, en el *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, Paris, 1918.

(<sup>44</sup>) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Observations sur la force probante de l'acte écrit spécialement en matière commerciale en vue du règlement du conflit des lois*, en el volumen *Etudes de droit civil a la mémoire de Henri Capitant*, Paris, 1937 (?), p. 454.

los casos establecidos en la ley y por la solemnidad del acto jurídico en su sentido ceremonial. Una y otra cosa tienen su función en el sistema del derecho. El primero, la pieza escrita, prueba en forma privilegiada el derecho, salvando la voluntad de su natural fugacidad originaria. El segundo, la ceremonia constituida por la intervención de un profesional de superior investidura, por la unidad de acto, por la lectura en alta voz, por la presencia de testigos, acrecienta la responsabilidad de los partícipes. Por su parte, el Código Penal se encarga de reagravar la pena de los infractores a la verdad en esa clase de actos. También aquí solemnidad y responsabilidad sirven a la causa del derecho. Durante largos períodos históricos la ceremonia ante testigos tuvo más significación que el documento. No era posible comprender cómo un objeto muerto que nada ha podido ver ni oír, valiese más que un hombre vivo que ha visto y oído<sup>(45)</sup>. En el acto notarial moderno se ha tratado de superar esta antítesis meramente aparente.

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

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

(45) PICARD, *Le droit pur*, cit., p. 195.

significación *mediata* vale por su plenitud probatoria y por su poder demostrativo de la verdad jurídica.

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

## II. REPRESENTACIÓN Y PRUEBA DE LOS HECHOS JURÍDICOS

### 38. *Percepción, representación y deducción en el sistema de las pruebas.*

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

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

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

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

llama documento. Documento es, en sí, lo que enseña: que *docet* <sup>(46)</sup>.

En la *deducción*, el juez no conoce los hechos ni por percepción ni por representación, sino por procesos críticos. De los hechos conocidos, el juez infiere y deduce los desconocidos. Es el caso de la llamada prueba de presunciones y, en cierto modo, del dictamen pericial <sup>(47)</sup>.

### III. REPRESENTACIÓN E INTERPRETACIÓN EN EL DOCUMENTO NOTARIAL

#### 39. *Representación de ciencia y voluntad.*

El contenido representativo del documento puede referirse a dos cosas: al saber o al querer. El documento es, así, representativo de ciencia o de voluntad <sup>(48)</sup>.

<sup>(46)</sup> CARNELUTTI, *Sistema*, trad. esp. t. 2, p. 414.

<sup>(47)</sup> A fin de evitar innecesarias repeticiones, nos remitimos al desarrollo que a este tema hemos asignado en *Fundamentos del derecho procesal civil*, y en este mismo volumen, págs. 187 y sigtes.

<sup>(48)</sup> Preferimos esta terminología, a la de CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, en *Riv. D. P. C.*, 1926, I, p. 185, que distingue entre manifestaciones "de verdad" y "de voluntad". Creemos, a la vez, innecesaria a los fines de este estudio, la distinción de la doctrina alemana entre *Willenserklärung* y *Willensgeschäft*, que ASCARELLI, *Registrazione e dichiarazione*, publ. en *Riv. D. P. C.*, 1931, I, p. 342, utiliza en su distinción propia entre "manifestación de ciencia" y "declaración de ciencia". Consideramos, asimismo, como ASCARELLI (*op. cit.*, p. 348) que es errónea la concepción de BIONDI, *Confessione e libri di commercio*, publ. en *Riv. D. P. C.*, 1931, I, p. 134, según la cual la anotación del pago en los libros de comercio constituye confesión judicial, y, en consecuencia, según él, presunción *iuris et de iure* de voluntad constitutiva en el sujeto declarante. Ni la escrituración en los libros de comercio es confesión judicial, ni la confesión judicial es presunción *iuris et de iure*.

Documento representativo *de ciencia* o de simple saber es aquel en el cual se reproduce una percepción. El autor del documento reproduce en él su percepción sensible, limitándose a ella. Así podría considerarse documento ideal, la versión taquigráfica de una sesión parlamentaria, en la cual el registrador (taquígrafo) se limita a recoger, con la máxima fidelidad que le consiente su arte, lo que ha oído de las manifestaciones vertidas.

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

Lo frecuente en el comercio jurídico, es que los documentos sean, al mismo tiempo, representativos de ciencia y de voluntad <sup>(49)</sup>.

La carta que comienza: "He recibido la suya de fecha . . ." comienza por una representación de ciencia o de saber. Cuando a continuación se añade: "En respuesta a la misma debo expresarle . . . etc." su contenido se transforma en representación de voluntad. Ambas representaciones interfieren una con otras. Allí se registran hechos y se hacen interpretaciones de los mismos; se establece la exactitud de ciertas circunstancias y acto seguido se contraen obligaciones o se efectúan descargos.

<sup>(49)</sup> Que declaración de ciencia y declaración de voluntad no son elementos excluyentes, es punto que demostró ya BÜLOW, *Das Geständnisrecht*, Friburgo, 1899, ps. 185 y sigtes. Cfr. CARNELUTTI, *Prova civile*, ps. 161 y sigtes. Asimismo, CANDIAN, *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riproduttive dei negozi giuridici*, en *Riv. D. P. C.*, 1930, I, ps. 1 y sigtes., esp. p. 7. Asimismo ASCARELLI, *Registrazione e dichiarazione*, cit. p. 345.

#### 40. *Representación en el documento notarial.*

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

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

#### 41. *El documento notarial como representación interpretativa de las manifestaciones de la voluntad jurídica.*

Rodeada de garantías de carácter formal (radicación en el tiempo, radicación en el espacio, seguridad de conservación) la escritura pública está constituida, en cuanto a su contenido, por un cúmulo de representaciones en las cuales alternan, decíamos, las de ciencia con las de voluntad <sup>(50)</sup>.

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

La escritura, en sí misma, es la representación de una

<sup>(50)</sup> El carácter representativo de la declaración notarial se hallaba ya entrevisto entre nosotros hace muchos años por RIESTRA, *La contratación notarial*, t. 1, p. 179. Su distinción entre *el hecho, la declaración y la certeza*, constituye una excelente adquisición para el derecho notarial de comienzos del siglo en nuestro país.

representación: la representación a cargo del escribano de la representación a cargo de las partes de sus recíprocos estados de voluntad jurídica. Es una representación de ciencia (lo que el escribano oye), de una representación de voluntad (lo que las partes quieren).

En este punto interfiere un elemento de sustancial significación en la escritura pública. La función notarial no consiste en representar literalmente las manifestaciones de las partes. El escribano no es un taquígrafo de las manifestaciones que escuchan sus oídos. El carácter técnico de su función, consiste en que, en tanto el funcionario verifica, normalmente, una mera representación, el escribano cumple una labor *de interpretación*.

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

El escribano es, en primer término, un intérprete de la voluntad de los otorgantes. Su cometido es desentrañar el significado de cierta conducta humana <sup>(51)</sup> a través de las palabras que le han sido dirigidas. Su tecnicismo debe extraer y desenvolver la carga de representaciones que va contenida en las breves palabras que ha escuchado. Al escri-

<sup>(51)</sup> Son de rigurosa aplicación a nuestro caso, los desarrollos que a la interpretación de la conducta humana destina COSSIO, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, 1945, p. 129. En un sentido análogo DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. esp., Madrid, 1931, p. 80.



bano le basta la manifestación de *A* de que vende y de *B* de que compra, con la sencilla determinación del precio y la cosa, para que él desentrañe de esas rudimentarias formas de la voluntad jurídica, todas las cláusulas conexas, tendientes a encajar la expresión del querer jurídico dentro de las categorías de la ley. Su arte, es, en primer término, de interpretación; luego de reproducción.

En este aspecto, el escribano procede, como se dice en el lenguaje del derecho penal "a acuñar en tipos" la voluntad de las partes <sup>(52)</sup>. Unas pocas manifestaciones empíricas de los contratantes, muchas veces oscuramente expuestas, le bastan para configurar esos "tipos jurídicos civiles" <sup>(53)</sup> que son la compra-venta, el mandato, el préstamo, la sociedad.

La comparación entre el juez y el historiador <sup>(54)</sup> es también ilustrativa para comprender la función del escribano.

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

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

<sup>(52)</sup> Así, BELING, *La teoría del delito-tipo*, trad. esp. de SOLER, a continuación del *Esquema de derecho penal*, Buenos Aires, 1944; una aguda aplicación de esta teoría a nuestras actuales exigencias, puede verse en SOLER, *Derecho penal argentino*, 2ª edic., Buenos Aires, 1945, t. 2, págs. 141 y sigtes.

<sup>(53)</sup> La adaptación de la teoría del delito al derecho procesal civil, la hemos intentado en *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 156.

<sup>(54)</sup> Esta comparación pertenece a CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, publ. en *Studi in onore di Enrico Besta*, Milán, 1939, t. 2.

42. *Percepción, representación y deducción en el instrumento notarial.*

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

La función notarial, es, sucesivamente, como la función probatoria <sup>(55)</sup>, percepción, deducción (interpretación) y representación.

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

No han faltado opiniones que atribuyeran a este modo de ser del notariado el carácter de una verdadera policía civil <sup>(56)</sup>.

La prueba que se produce ante el escribano, y que éste registra mediante la calidad especial de su atestación que es la fe pública, se viene a renovar, en una especie de segunda instancia, en la prueba del proceso. Las manifestaciones de las partes son una representación de su voluntad jurídica; el escribano percibe esa representación y la interpreta; interpretada, la representa en el instrumento notarial. Expe-

<sup>(55)</sup> *Supra*: 38.

<sup>(56)</sup> PAZ, *La función notarial en las relaciones jurídicas*, publ. en *Antología Jurídica*, Buenos Aires, 1934, p. 14; DE LOS REYES PENA, *Comunicación a la Comisión Codificadora* . . . , cit. p. 356.

dido éste, la voluntad jurídica entra en su segunda etapa. Ya no vale como voluntad jurídica, sino a través de lo que ha quedado fijado en el instrumento <sup>(57)</sup>. Presentado el instrumento al juez como prueba, el juez lo conoce por percepción, lo interpreta por deducción y lo establece en la sentencia mediante una nueva representación.

Ésta es, en último término, la trayectoria de las distintas instancias de la prueba notarial.

#### 43. *Contenido y eficacia en la fe pública.*

En qué medida el juez está obligado por la percepción, interpretación y representación del escribano, es una cuestión que no atañe al *contenido* de la fe pública, sino a su *eficacia* <sup>(58)</sup>.

### CAPÍTULO IV

#### FUNCIÓN DE LA FE PÚBLICA

##### I. COMETIDO DE LA FE PÚBLICA EN EL ORDEN JURÍDICO

#### 44. *Distinción entre la función y el contenido de la fe pública.*

Por función de la fe pública debemos entender aquello que la fe pública cumple o realiza en el orden del derecho.

<sup>(57)</sup> El problema que en el campo del derecho civil se conoce con los nombres de doctrina de la voluntad real y de la voluntad declarada, desenvuelto en la doctrina alemana, fué limpidamente expuesto por SALEILLES, *La déclaration de la volonté*, Paris 1929. No ha sido, en cambio, plenamente aprehendido por DEMOGUE, *Traité*, t. 1, pág. 91. La consideración procesal del problema, vale decir, su implantación en la teoría del instrumento, lo hace claramente perceptible.

<sup>(58)</sup> *Infra*: 63 y sigtes.

Entre el estudio de la *función* y el del *contenido* (objeto este último del capítulo anterior), media una clara diferencia. En tanto el examen del contenido nos dice lo que la fe pública es (una forma particular de representación de los hechos y actos jurídicos), el estudio de la función nos enseña cómo la fe pública realiza esa representación.

Su diferencia con el tema de la eficacia de la fe pública (motivo del capítulo siguiente) radica en que, en tanto este tema nos enseña la intensidad o medida de la representación de los hechos y actos jurídicos, el estudio de la función se desentiende de esa medida para analizar tan sólo el modo de actuar de la fe pública.

Utilizamos este tema para exponer algunas corrientes de pensamiento moderno que han tratado de interpretar en su conjunto el fenómeno del derecho notarial.

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

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

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

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

## II. TEORÍA DEL PODER CERTIFICANTE

### 45. *La potestad certificante o legitimadora como un atributo propio del Estado.*

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

De "poder certificante" o "poder legitimador" se ha hablado desde la forma difusa de Poggi que se refería a él como a un gran poder ínsito en la autoridad suprema del Estado<sup>(59)</sup>, hasta la forma rigurosamente estructurada de Romagnosi, que dividía la función del Estado en ocho poderes: determinante (legislativo), operante (administración), moderador (Senado), postulante (protector), judicial, coactivo (ejército), certificante (fe pública) y predominante (opinión pública)<sup>(60)</sup>.

Contemporáneamente, esta división de funciones ha mantenido sus adeptos al señalarse en la actividad del Estado, la actividad legislativa, ejecutiva, social, judicial, fiscal y autorizante instrumental<sup>(61)</sup>. No ha faltado quien la concibiera, ya con un lenguaje moderno, como un servicio público<sup>(62)</sup>.

<sup>(59)</sup> Cit. MENDES DE ALMEIDA, *Organs da fe pública*, p. 5.

<sup>(60)</sup> ROMAGNOSI, *Scienza della Costituzione*; POSADA, *Tratado de derecho político*, t. I, p. 351; CASTÁN, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, cit., p. 18.

<sup>(61)</sup> OTERO VALENTÍN, *Sistema de la función notarial*, Igualada, 1923, p. 21.

<sup>(62)</sup> MONTEJO, prólogo a la obra de SÁNCHEZ TELLO, *Reducción del instrumento público*, Valencia 1923, t. 1, p. 8; DE LOS REYES PEÑA, *Comunicación a la Comisión Codificadora*, cit., p. 374.

La idea general de que existe en el Estado un poder de esta índole se halla muy difundida en escritores modernos <sup>(63)</sup>.

El escribano, dentro de esta concepción, vendría a actuar a nombre y en representación del Poder Público. Esa actuación se realiza por delegación según los más <sup>(64)</sup>, por concesión según unos <sup>(65)</sup>, por monopolio según otros <sup>(66)</sup>.

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

Por oposición a la jurisdicción propiamente dicha, 'a cargo de los órganos del poder judicial, la jurisdicción voluntaria, que actúa *inter volentes*, se dice, se ha radicado en el notariado. Cuando el escribano autoriza un contrato vendría a actuar desde este punto de 'vista, en sede de jurisdicción (o subjurisdicción) voluntaria <sup>(67)</sup>.

(63) GERONA, Prólogo al *Curso de derecho notarial* de ORELLANO, cit., p. 16; DE VELAZCO, *Derecho notarial*, Madrid, 1941, p. 6; BELLVER CANO, *Principios de régimen notarial comparado*, Madrid s/f., p. 18; PAZ, *Derecho notarial argentino*, cit., p. 51; SANAHUJA y SOLER, *Tratado de derecho notarial*, cit., t. 1, p. 237, para quien el instrumento notarial es "una orden dirigida a todo el mundo"; NAVARRO AZPEITIA, *Legislación notarial*, Madrid 1932.

(64) Así, BIBILONI, Discurso en la Cámara de Diputados argentina, año 1907, cit.; SOARES, *El escribano y la fe pública*, Buenos Aires 1915, p. 25; AZPEITIA ESTEBAN, *Evolución mundial del notariado*, Buenos Aires, 1937; PAZ, *Derecho notarial argentino*, cit., p. 51.

(65) Así, DE VELAZCO, *Derecho Notarial*, Madrid, 1941, pág. 7; VILLALBA, *El Estado y el escribano*, en *Revista del Notariado*, B. Aires 1945, p. 607.

(66) Así, SALVAT, *Tratado de derecho civil*, parte general, p. 625.

(67) BELLVER CANO, *Principios de régimen notarial comparado*, p. 27, habla de facultades jurisdiccionales del notariado. Para este autor existe una verdadera "fórmula concreta de la jurisdicción notarial

La fe pública ha sido, entonces, clasificada en legislativa, judicial, administrativa y notarial <sup>(68)</sup>; o en administrativa, política y civil privada <sup>(69)</sup>.

De tal manera se halla arraigada en ciertos países de formación española la idea de que el escribano actúa en función propia dentro de la jurisdicción voluntaria, que al establecerse en la Constitución de Cuba de 1940 el principio de que la justicia sólo es dispensada por los jueces del Estado, se ha llegado a poner en duda la posibilidad de que los escribanos pudieran seguir ejerciendo su profesión. Desde luego que la tesis ha sido resuelta en el sentido de la continuidad <sup>(70)</sup>; pero la sola duda revela la intensidad de esta asimilación de la función notarial a la jurisdicción voluntaria.

En lo que se refiere a sus afinidades profundas, nosotros mismos hemos creído del caso asociar la jurisdicción voluntaria a la función notarial <sup>(71)</sup>, pero, por supuesto, sin admitir la tesis de que la fe pública o la función notarial en sí mismas sean jurisdicción voluntaria.

En resumen, pues, sobre esta concepción, puede decirse

como magistratura del Estado", *op. cit.*, pág. 29. DE LOS REYES PENA, *Comunicación a la Comisión Codificadora...*, cit., la denomina "configuración subjurisdiccional de paz" (p. 356).

<sup>(68)</sup> SANAHUJA Y SOLER, *Tratado de derecho notarial*, cit., t. 1, p. 15.

<sup>(69)</sup> DE VELAZCO, *Derecho Notarial*, Madrid, 1941, p. 7.

<sup>(70)</sup> CARMONA Y ROMAY, *La jurisdicción voluntaria y los notarios públicos*, La Habana, 1945.

<sup>(71)</sup> *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo 1945, ps. 80 y 99 de la Exposición de motivos y arts. 337 a 353 de texto. Sobre el alcance de esta solución, *El proceso sucesorio extrajudicial en el Proyecto uruguayo de Código de Procedimiento Civil*, en *Revista Notarial*, La Plata, julio 1945 y en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, setiembre 1945.

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

#### 46. *Error de este concepto.*

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

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

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

La aptitud certificante ha sido instituida en favor de los funcionarios públicos por un texto legal; pero esa aptitud no es una condición inherente a la calidad de funcionario, porque la propia ley establece casos en los cuales los particulares expiden documentos que hacen fe, y casos en los cuales los funcionarios públicos expiden documentos que no hacen fe. Así, por ejemplo, cuando el art. 1581 del CC., establece que el instrumento privado reconocido o dado por reconocido tiene la fuerza de la escritura pública, ha venido a crear una asimilación (técnicamente discutible, pero instituida en la ley), entre el instrumento público y el instrumento privado, que quita entidad a la supo-



sición de un poder certificante como privilegio exclusivo de los funcionarios públicos. Y, por otra parte, cuando el art. 356 del CPC. establece que de dos instrumentos contrarios (aun públicos) presentados por una misma parte sobre un mismo asunto, ninguno de ellos hará fe, está consagrando la posibilidad de que instrumentos emanados del Estado y de sus agentes carezcan de eficacia probatoria y, en consecuencia, del pretendido poder certificante.

47. *La función probatoria de los documentos como una creación legal.*

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

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

del régimen de enajenación de los oficios por parte de los reyes <sup>(72)</sup>.

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

Bastaría que un día cualquiera una ley estableciera que los documentos públicos, para hacer fe, deberían ser reconocidos judicialmente por los funcionarios otorgantes <sup>(73)</sup>, o que las escrituras autorizadas por los escribanos deberían ser sometidas a análogo tratamiento <sup>(74)</sup>, para que la fe pública como institución desapareciera.

Los notarios, se ha dicho <sup>(75)</sup>, se vinculan así a la ley,

<sup>(72)</sup> Conviene no perder de vista, en el estudio de todo este tema, que la primacía que en los países de formación española se reserva al Poder Ejecutivo sobre los notarios y registros, es una subsistencia histórica. La enajenación de los oficios de la fe pública en España llegó a tener contornos escandalosos. Relacionada la venta con las penurias del Erario, los reyes vendían al mejor postor tales oficios. En 1337 las Cortes de Valladolid exigieron la reducción; Felipe II y Carlos IV trataron también de corregir el abuso; pero Felipe IV, en sólo 6 años, llegó a enajenar unos 62.000 (DE VELAZCO, *Derecho notarial*, cit., p. 9).

<sup>(73)</sup> En el Código de JUSTINIANO, la prueba de instrumentos era asimilada a la prueba testimonial: "Ítem et charta, quae profertur ex archivo publico, testimonium publicum habet", *Cod.* IV, 21, 20. Y en el mismo texto: "iuramento tantum eius rei *fidem* faciat", IV, 21, 22. Esta noción subsiste en buena medida en Las Partidas: "Son (los notarios) como testigos públicos en los pleitos y en las posturas que los omnes facen entre si", Part. III, Ley 3, Tit. 3.

<sup>(74)</sup> Este es el régimen inglés. En el documento notarial inglés, la fe pública no la otorga un funcionario especializado sino un *attorney*. Esa atestación sólo rige para los documentos destinados al extranjero. En el país, la autenticidad de los documentos es análoga a la del instrumento privado y debe probarse por medio de testigos o del cotejo de instrumentos. "La eficacia de un documento, dice BLACKSTONE, *Commentaries of the laws of England*, L. 2, Cap. XXI, no depende solamente del acta misma, sino también del valor que le otorgue el Tribunal".

<sup>(75)</sup> PRUNELL, *Responsabilidad civil del escribano*, cit., núm. 58.

siendo instrumentos de la misma, para satisfacer las normas que imponen exigencia sobre la forma de ciertos actos jurídicos.

### III. TEORÍA DEL NEGOCIO COMPLEMENTARIO

#### 48. *Interés de esta teoría.*

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

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

Dada la naturaleza de esta construcción, trataremos de reproducir sus desarrollos fundamentales <sup>(76)</sup>.

(76) La indigencia de la bibliografía procesal alemana en América del Sur, impide, frecuentemente, una fiel interpretación de sus ideas, las que deben ser a menudo reconstruidas a expensas de versiones indirectas. En esta oportunidad hemos debido servirnos de reproducciones de NÚÑEZ LAGOS, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1945, p. 11, excelente exposición del tema elegido; CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925; el mismo, *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni*

49. *La declaración de firmeza como función del documento.*

Entre el convenio de las partes y la escritura pública, se dice, existe una relación causal. El convenio es la causa de la escritura (77).

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

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

Su preciso sentido es el de asegurar las relaciones jurídicas contra posibles excepciones (78). El documento es, así, declarativo en una parte y constitutivo en otra. Su contenido es una declaración de firmeza (*Feststellungserklärung*).

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

*riproduttive nei negozi giuridici*, publ. en *Riv. D. P. C.*, 1930, I, ps. 1 y sigtes.; CARNELUTTI, *Prova civile*, Roma, 1915; el mismo, *Documento e negozio giuridico*, publ. en *Riv. D. P. C.*, 1926, I, p. 181 y sigtes.

(77) STAMPE, *Das Causa. Problem des Civilrechts*, 1904, L. 26; NÚÑEZ LAGOS, *Estudios*, cit., p. 26; CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., p. 189.

(78) SIEGEL, *Der privatrechtlichen Funktionen der Urkunde*, en *Archiv für die Civilistische Praxis*, 111, 1914, 1 a 134, esp. p. 61.

50. *La idea de la "renovatio contractus"*.

La disociación entre negocio y documento asume, todavía, mayor nitidez en el pensamiento de Degenkolb <sup>(79)</sup>.

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

La práctica alemana se encuentra impulsada a ver en el documento un contrato reproductor o reproductivo (*reproduzierenden Verträge*). Pero si el otorgamiento es un contrato, el convenio preliminar es, entonces, un *pactum de contrahendo* y el convenio preliminar y el documento están en la misma situación que convenio y documento, que obligación y pago <sup>(80)</sup>.

Esta concepción, y numerosas derivaciones y conexiones de la misma, pueden resumirse en la siguiente idea: siempre

<sup>(79)</sup> *Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion*; NÚÑEZ LAGOS, cit., p. 16.

<sup>(80)</sup> *Op. cit.*, p. 173.

el contrato reproductivo implica, por voluntad de las partes, una fusión de los materiales del primer acuerdo, una nueva prestación de consentimientos y una refundición de las declaraciones de voluntad. Hay una *renovatio contractus integral*. El contrato segundo o contrato reproductivo, es un soporte de la completa voluntad contractual, en absoluto independiente del acuerdo primario.

Degenkolb hace derivar su construcción dogmática del contrato reproductivo de una imagen tomada del derecho público. El contrato reproductivo viene a ser, respecto de los acuerdos anteriores, como el texto refundido de una ley <sup>(81)</sup>. “Lo que el documento legislativo prueba, se dice, es la orden incorporada en el mismo, como el documento reproductivo del contrato muestra la conclusión del contrato incorporado en él” <sup>(82)</sup>.

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

### 51. *Distinción entre actos y documentos.*

Este modo de mirar las relaciones entre el convenio y el documento ha adquirido un singular desarrollo en el pensamiento de Candian <sup>(83)</sup>, el que ha insistido de manera muy particular sobre el grave conflicto que surge cuando el documento no coincide con el convenio preliminar.

Pero su concepción —y su problemática— han sido ne-

<sup>(81)</sup> *Op. cit.*, ps. 195 y 196; NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, p. 18.

<sup>(82)</sup> CANDIAN, *Nuove riflessioni...*, cit., p. 9.

<sup>(83)</sup> *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925.

tamente superadas por Carnelutti <sup>(84)</sup> mediante una lúcida distinción entre acto y documento.

Esta distinción que el propio autor había anticipado en uno de sus primeros libros <sup>(85)</sup>, constituye uno de esos puntos ya admitidos en el derecho procesal moderno.

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

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

En cualquiera de esas cuatro suposiciones, los problemas de orden dogmático quedan prácticamente dirimidos con la sola distinción entre voluntad y representación <sup>(86)</sup>.

## 52. *El otorgamiento de escritura como obligación autónoma.*

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

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

<sup>(84)</sup> *Documento e negozio giuridico*, cit. CANDIAN ha vuelto, a su vez, sobre el tema, en *Nuove riflessioni* . . . , cit., aunque, a nuestro modo de ver, sin lograr abatir el planteo de *Documento e negozio giuridico*.

<sup>(85)</sup> CARNELUTTI, *Prova civile*, cit., ps. 131 y sigtes., 196 y sigtes.

<sup>(86)</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., ps. 191 y sigtes.

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

Esta situación en la cual existen netamente diferenciados dos actos jurídicos (uno preliminar y otro definitivo constituido por la obligación de *hacer escritura*) es lo que en doctrina se conoce con el nombre de "obligaciones de prestar declaración de voluntad" (87). En la promesa de venta de inmueble, la escritura pública definitiva constituye una necesidad ínsita en el contrato; en la hipoteca ocurre otro tanto con la escritura de cancelación; en la fianza se hace indispensable el documento de liberación una vez extinguida la obligación principal.

Pueden, asimismo, las partes convenir la escritura pública en aquellos casos en los cuales la ley no instituye ese requisito como indispensable. En este caso, por seguridad probatoria, las partes establecen en el convenio preliminar el compromiso de escriturar en forma definitiva: *quod ab initio voluntatis, est post factum necessitatis* (88).

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

El documento, en estos casos, excede de su mero contenido representativo, para transformarse en una nueva obligación complementaria. El convenio preliminar vale plena-

(87) Sobre el tema, ampliamente, VIDIGAL, *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*, S. Paulo, 1940; recientemente, LIEBMAN, *Processo de execução*, S. Paulo, 1946, p. 333. En la doctrina argentina, recientemente, SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Buenos Aires, 1946, p. 78. En el derecho uruguayo el tema de la escrituración judicial tiene ya una copiosa literatura. Cfr., últimamente, MUSSIO BARRETO, *La escrituración judicial y algunos de sus problemas*, Montevideo, 1942.

(88) NÚÑEZ LAGOS, *Estudio sobre el valor jurídico del documento notarial*, cit., p. 30.



mente como contrato originario y el documento en el cual él consta, vale como representación plena de ese convenio. Surge entonces, como hemos establecido más arriba, la obligación de hacer escritura, obligación susceptible de pago. La escritura es, aquí, el pago, o sea el cumplimiento de la obligación de escriturar. Que esa escritura sea, a su vez, el documento representativo de una obligación (que bien puede ser la misma obligación anterior, como, por ejemplo, en la promesa de venta o en la promesa de hipoteca) nada significa para la autonomía de la obligación de hacer escritura. En todo caso, será necesario admitir que entre promesa de venta y escritura de venta existe la misma relación de obligación a pago; que entre venta y entrega de la cosa o pago del precio.

En las obligaciones de prestar declaración de voluntad, el otorgamiento de la escritura excede, decíamos, el mero sentido representativo del documento. El contenido de esas obligaciones supone, además, el deber de suministrar al acreedor *el título* necesario para el ejercicio de su derecho. La escritura no es un fin en sí, sino un medio. Lo que el acreedor de la obligación de escriturar persigue, y a lo que tiene derecho, no es solamente el papel escrito, sino el título que habrá de habilitarle para ejercer los derechos de propietario, de acreedor hipotecario, etc. <sup>(89)</sup>.

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

<sup>(89)</sup> Cfr. *Infra*, 86. Asimismo, *La noción de "título perfecto"*, en este volumen, pág. 297.

### 53. *Crítica de la teoría.*

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

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

Creemos que, salvo el caso arriba referido de la promesa de venta, de la cancelación de hipoteca, etc., el documento no puede ser en forma alguna asimilado a un negocio jurídico. Si por tal se entiende "una declaración de voluntad del individuo tendiente a un fin protegido por el ordenamiento jurídico" <sup>(90)</sup>, el documento no es la declaración de voluntad, sino la representación de la declaración de voluntad. La declaración es un acto; el documento es un objeto <sup>(91)</sup>.

En el contrato la declaración de voluntad nace en el instante en que ambas partes se transmiten, recíprocamente, su consentimiento <sup>(92)</sup>. En el documento, el valor de tal nace en el instante en que ambas partes, mediante su firma, culminan el proceso representativo de su voluntad.

Negocio jurídico y documento están, pues, en la misma relación que contrato y documento. La teoría que ve en el documento un negocio jurídico autónomo, un contrato auxiliar, un pacto de fijación jurídica, arranca de un punto

<sup>(90)</sup> DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, § 25.

<sup>(91)</sup> CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., p. 182.

<sup>(92)</sup> Cfr. los excelentes desarrollos que asigna a este tema, RECASENS SICHES, *El contrato y su fuerza de obligar*, en *Rev. D. J. A.*, t. 44 (1946), p. 321.

de partida erróneo. El documento nunca es negocio, ni contrato, ni pacto, sino representación.

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

#### IV. TEORÍA DE LA PRESUNCIÓN

##### 54. *El significado de la escritura como una presunción.*

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

El antiguo aforismo rezaba: *scripta publica probant se ipsa* con lo cual se denotaba, lo que es verdad, que lo que está probado por fe pública no necesita probarse de otra manera <sup>(93)</sup>.

En el derecho moderno, esta tesis de la presunción o de la garantía pública que existe en favor de los documentos amparados por la fe pública, se mantiene en muchos escritores <sup>(94)</sup>.

Ha llegado a proclamarse últimamente que es misión de la escritura pública "asegurar la premisa menor del silogismo judicial" <sup>(95)</sup>, con lo cual quiere decirse, mediante un

<sup>(93)</sup> Es, sin duda, exacta la afirmación de DE VELAZCO, *Derecho notarial*, Madrid, 1941, p. 5, de que la fe, como tal, excluye la investigación y la comprobación. Cfr. en idéntico sentido, MORALES DÍAZ, *Legislación notarial*, p. 6.

<sup>(94)</sup> GONZALO DE LAS CASAS, *Diccionario general del notariado de España y Ultramar*, ref. PAZ, *Derecho notarial argentino*, cit., p. 46; NAVARRO AZPEITÍA, *Teoría de la autenticación notarial*, en *Rev. D. P.*, Madrid, 1942, p. 687. Cfr. CASTÁN, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Madrid, 1946, p. 89.

<sup>(95)</sup> SANAHUJA Y SOLER, *Tratado de derecho notarial*, cit. p. 18.

eufemismo, que es función de la misma hacer indiscutibles las premisas de hecho que están documentadas mediante instrumento o escritura pública.

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

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

### 55. *Alcance de esta suposición.*

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

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

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

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

### 56. *La presunción y la prueba.*

Constituye una suposición muy difundida a partir del Código Napoleón, la de incluir las presunciones en el elenco de las pruebas.

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

Si se está en presencia de una presunción legal absoluta, nada hay de probatorio en juego. Cuando la ley dice que el derecho se presume conocido, no sólo no instituye una prueba, sino que consagra la prohibición de una prueba: se prohíbe probar la ignorancia de la ley como modo de eludir el cumplimiento de las obligaciones. La presunción legal absoluta es, en sí misma, una imputación normativa en el sentido de Kelsen <sup>(96)</sup>: "Dado A debe ser B"; dada la ley debe ser la suposición de su conocimiento; dada la cosa juzgada, debe ser su inmutabilidad. Esto no es una prueba. Es, como decíamos, una imputación, una cópula o nexo lógico entre dos términos de un juicio.

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

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

Si se dijera, en cambio, para eludir esta réplica, que la fe pública constituye una presunción relativa, entonces el término de imputación habría variado su estructura. El es-

<sup>(96)</sup> KELSEN, *La teoría pura del derecho*, trad. esp., Buenos Aires, 1941, p. 48. Cfr., asimismo, SOLER, *Algunas consideraciones sobre la filosofía de Hans Kelsen*, en *Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. 1, p. 53; últimamente, COSSIO, *Normas, derecho y filosofía*, en *La Ley*, 15, IX, 946 y sigtes.

quema "Dado *A* debe ser *B*", se sustituye por el otro "Dado *A* debe ser *B*, a menos que se pruebe que es *C*". Dado el instrumento público debe ser su fe, hasta tanto se pruebe su falsedad.

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

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

57. *La presunción y la labor intelectual del juez en la sentencia.*

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

Esa concepción se enlaza a la idea que de la sentencia se tuvo en el siglo XVIII, según la cual el fallo judicial era meramente declarativo de derechos y el juez *la bouche qui prononce les paroles de la loi; un être inanimé; un signe mathématique* <sup>(97)</sup>.

En el estado actual de las ideas jurídicas, no subsiste una sola razón que autorice a afirmar que el juez es un ser inanimado, un signo matemático, o una simple boca que pro-

(97) MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, lib. XI, cap. VI, Cfr., BOSCH, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, Buenos Aires, 1944 y la copiosa información doctrinaria allí recogida.

nuncia palabras de la ley. Tampoco subsiste ni una sola razón que autorice a pensar que la sentencia es meramente declarativa de derechos o que el juez decide el caso mediante un silogismo del cual la ley es la premisa mayor, los hechos la menor y el fallo la conclusión. Ni el juez es una máquina de razonar, ni la sentencia un aparato de lógica. El juez es un hombre y su sentencia es una operación humana, de carácter crítico, en la cual la lógica jurídica juega un papel muy importante, pero no es el único ingrediente que compone el fallo <sup>(98)</sup>. La idea de que la sentencia es un silogismo (y, en consecuencia, la idea de que la fe pública asegura la premisa menor del silogismo) es una teoría que culminó en el siglo XVIII, requerida por la política jurídica del siglo XVIII, que ya ha cumplido definitivamente su misión <sup>(99)</sup>.

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

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

<sup>(98)</sup> *Fundamentos del derecho procesal civil*, ps. 167 y 249. Una notable argumentación en este sentido es la de CARDOZO, *The nature of judicial process*, 12ª edic., Yale (New Haven), 1945, p. 169.

<sup>(99)</sup> Nos remitimos aquí, para evitar repeticiones, a lo que hemos expuesto en *Las garantías constitucionales del proceso civil*, publ. en el t. I de estos *Estudios*, bajo el rubro "Declaración y creación en la sentencia".

## V. LA FE PÚBLICA COMO UN CRITERIO DE PRUEBA LEGAL

58. *Alcance de esta posición.*

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

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

59. *Su implantación dentro de la estructura jurídica de las pruebas.*

La respuesta no puede darse si antes no existe acuerdo sobre la estructura legal del sistema probatorio civil y penal <sup>(100)</sup>.

La eficacia probatoria de los documentos, se relaciona directamente con una distinción familiar a los países de le-

<sup>(100)</sup> La teoría de la prueba impone resolver varios órdenes de problemas que se ligan necesariamente al derecho positivo. El primero es el relativo a saber qué es prueba (concepto de prueba); luego el de saber qué se prueba (objeto de la prueba); luego el saber quién prueba (carga de la prueba); luego el de saber cómo se prueba (procedimiento de la prueba); y por último el de saber qué valor o eficacia tiene la prueba (valoración de la prueba). Cfr. *Fundamentos del derecho procesal civil*, ps. 99 y sigtes. El presente desarrollo se refiere, exclusivamente, al último de los puntos mencionados, el de la valoración de la prueba. La fe pública es, en último término, un grado de valor del instrumento notarial.



gislación española, según la cual la valoración de la prueba se presenta bajo la forma de *pruebas legales*, *pruebas de sana crítica* y *pruebas de libre convicción*.

60. *Concepto de las pruebas legales; de la sana crítica y de la libre convicción.*

Por *pruebas legales* <sup>(101)</sup> se entiende, en el lenguaje procesal común, aquellas pruebas cuya eficacia ha sido determinada en forma expresa por un precepto legal, sin posibilidad de apartamiento de tal criterio.

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

(101) Omitimos aquí, por las razones ya reiteradamente expuestas, toda consideración general del tema, el que damos por conocido. *Fundamentos*, p. 142 y *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, en este volumen, pág. 181.

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

Cuando la ley dice que las declaraciones de los testigos se deben valorar con arreglo a los principios de la sana crítica <sup>(102)</sup> no fija al magistrado, a diferencia de lo que hacía el derecho clásico <sup>(103)</sup>, criterios anticipados de apreciación.

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

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

De libre convicción hemos hablado, apartándonos en

<sup>(102)</sup> C. P. C.: 403. Acerca de este concepto, nos remitimos también al estudio *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit.

<sup>(103)</sup> Así, p. ej., en el Fuero Viejo de Castilla, el número de testigos variaba según la naturaleza del asunto, según fuera entre hombres del mismo o de diferente pueblo, con un número de fijosdalgos y otro de labradores (L. III, tít. II, párr. V). En el Fuero Real de España valía el testimonio del hombre pero no el de la mujer, salvo raras excepciones (L. II, tít. VII, ley VIII). En la Partida III, los testigos debían ser dos, cinco, siete u ocho, según los casos. Cfr. sobre todo este punto, *Las reglas de la sana crítica...*, cit., ps. 197 y sigtes.

este punto de la terminología europea <sup>(104)</sup> para referirnos a este tipo particular de principios consagrados en la ley, según los cuales el magistrado extrae la verdad sin referirse a valoraciones previamente dadas, o a procesos de lógica jurídica en su sentido formal.

<sup>(104)</sup> Nuestro punto de vista, anticipado en *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., p. 220 y más tarde en *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 142, ha sido objeto de refutación por parte de LIEBMAN, en sus notas de derecho brasileño a la traducción portuguesa de las *Instituciones* de CHIOVENDA (São Paulo, 1945, t. 3, p. 142). Creemos, sin embargo, que existe en esta materia un equívoco a disipar. Nuestra clasificación de pruebas legales, sana crítica y libre convicción, había sido anticipada ya por algunos escritores europeos y americanos de derecho procesal penal. Así, p. ej., SALDAÑA, *La criminologie nouvelle*, Paris, 1919, p. 45; VIDAL, *Cours de droit criminel*, Paris, 1928; VASQUEZ ACEVEDO, *Proyecto de Código de procedimiento penal*, Montevideo, 1895, p. 218; ALBANELL MAC COLL, *El delito de proxenetismo*, Montevideo, 1932, p. 110. Nosotros no hemos sostenido que en el proceso civil exista la posibilidad de que el juez falle fuera de las reglas de la sana crítica, o por convicción intuitiva, o mediante elementos de juicio ajenos al proceso. No conocemos ningún Código que consagre tal cosa. En el *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* hemos eliminado tal solución (cfr. *Exposición de motivos*, p. 93). Lo que hemos sostenido es que, en la teoría de la apreciación de la prueba, ya sea en el sistema civil, en el penal, con o sin jurado, en el administrativo, habíamos entrevisto tres posibilidades de apreciar la prueba. Los autores en cuya lectura nos habíamos formado, siguiendo la enseñanza europea, distinguían sólo dos: las pruebas legales y las pruebas racionales (GALLINAL, *Estudios sobre el Código de procedimiento civil*, Montevideo, 1916, ns. 473 y 473 bis). El procedimiento de la legislación de proxenetismo en nuestro país brindaba un ejemplo vivo de apreciación de la prueba por un método que no era, sin duda, ni de sana crítica ni de fijación previa por la ley. Nuestra concepción ha sido aceptada, últimamente, por COSSIO, *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, Santa Fe, 1941, p. 16, aunque apartándose de ella en otros puntos y formulando algunas objeciones críticas que, en muy buena parte, nos han persuadido. Asimismo, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO y LEVENE, *Derecho procesal penal*, t. 3, p. 102; SARTORIO, *De la prueba de testigos en el procedimiento federal*, Buenos Aires, 1945, p. 181; ARIAS BARBÉ, *La prueba*, Montevideo, 1943, p. 59.

61. *La idea de prueba legal como una limitación de los poderes de investigación del magistrado.*

Expuesto cuanto precede, sólo nos queda afirmar que la fe pública, en cuanto calidad del documento y en cuanto medida de eficacia probatoria, se liga inseparablemente al primero de los criterios arriba mencionados: el de las pruebas legales <sup>(105)</sup>.

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

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

La cópula o nexo lógico de que arriba hablábamos <sup>(106)</sup>, vendría a traducirse así: "Dada la fe pública del instrumento, debe ser la suposición de verdad de sus elementos". Y completándola en términos análogos a los ya admitidos,

<sup>(105)</sup> Cfr. DONÁ, *Elementi di diritto notariale*, Milán, 1933, p. 62.

<sup>(106)</sup> *Supra*, 56.

incluyendo la posibilidad de impugnación por falsedad, se diría: "Dada la fe pública del instrumento, debe ser la suposición de verdad de sus elementos; a menos que se demuestre la falsedad, en cuyo caso debe ser la verdad que surja del conjunto de las otras pruebas".

## 62. *Función sustancial y procesal de la fe pública.*

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

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

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

## CAPÍTULO V

## EFICACIA PROCESAL DE LA FE PÚBLICA

I. ALCANCE DEL PRECEPTO "INSTRUMENTA PUBLICA  
PROBANT SE IPSA"63. *La eficacia de la fe pública como un tema de derecho positivo.*

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

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

Debemos aquí aclarar que esa medida de eficacia es un tema de riguroso derecho positivo. El instrumento notarial prueba lo que la ley dice que prueba. El aforismo clásico de Dumoulin *instrumenta publica probant se ipsa* <sup>(107)</sup>, es una generalización que sólo tiene vigencia si un texto especial de la ley así lo establece. La ley da y quita eficacia al instrumento notarial. En algunos países, como en el nuevo régimen español <sup>(108)</sup> esa medida es muy amplia; en

<sup>(107)</sup> Ref. GABOLDE, *Obligations*, en el *Traité pratique*, de PLANIOL-RIPERT, t. 7, p. 786.

<sup>(108)</sup> Este régimen reglamenta el sistema de las llamadas "actas de notoriedad". Cfr. BELLVER CANO, *Sobre la reciente reforma del Reglamento de la organización y régimen del notariado en España*, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires y en *La justicia*, México, mayo 1946, p. 8200.

otros, como en Inglaterra <sup>(109)</sup>, esa medida es muy restringida.

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

#### 64. *La eficacia de los diversos tipos de documento notarial.*

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

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

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

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

(109) *Supra*, 47, en nota.

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

65. *Límites objetivos y subjetivos de eficacia del instrumento.*

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

Nos serviremos, en ausencia de una doctrina ya admitida <sup>(110)</sup>, de dos conceptos familiares al derecho procesal civil. Utilizaremos los conceptos de “límites objetivos” y “límites subjetivos”, familiares a la teoría de la cosa juz-

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



gada (<sup>111</sup>), para establecer cuáles son los grados de eficacia del instrumento.

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

## II. LÍMITES OBJETIVOS DE LA EFICACIA PROBATORIA

### 66. *La prueba plena, la semi-plena prueba y el principio de prueba, como medidas de eficacia probatoria.*

Los grados de la eficacia probatoria, dentro de nuestro sistema legal, son tres: *la plena prueba; la semi-plena prueba; el principio de prueba* (<sup>112</sup>).

Por *plena prueba* se entiende aquella prueba que por sí sola basta para decidir (<sup>113</sup>). Es la medida de eficacia probatoria que tiene un instrumento, cuando por sí solo acredita el hecho controvertido. El documento que hace plena prueba, o plena fe (<sup>114</sup>), no requiere complemento alguno. El hecho que se halla representado en él, se tiene por ver-

(<sup>111</sup>) Cfr. *Fundamentos del derecho procesal civil*, ps. 254 y sigtes. y la bibliografía allí referida.

(<sup>112</sup>) Aceptamos la terminología legal por fidelidad a los textos en estudio, aun haciendo la salvedad de que no la consideramos científicamente aceptable.

(<sup>113</sup>) C. P. C., 328.

(<sup>114</sup>) A estar al texto de los arts. 1574: CC. y 350: CPC., los conceptos de “plena prueba” y “plena fe” son sinónimos. GALLINAL, *Estudios*, cit., n. 659. .

dad dentro del sistema de las pruebas. La plena prueba es el cien por ciento de la eficacia probatoria.

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

Por *semi-plena prueba* se entiende, en el léxico legal, "aquella que por sí sola no instruye bastante para decidir" <sup>(115)</sup>. Esta determinación es naturalmente imprecisa. Se refiere, notoriamente, a una prueba incompleta, insuficiente por sí misma para crear en el espíritu la persuasión de la verdad o para fundar un juicio. Se podría hablar de semi-plena prueba para referirse, por ejemplo, a la testimonial, a la confesión calificada, a la pericial. Cada uno de estos medios de prueba puede no brindar por sí solo todos los elementos de juicio suficientes como para dar por probado un hecho; pero en todo caso, varios medios de prueba semi-plena complementados entre sí, reforzándose unos con otros, pueden conducir a la certidumbre. Utilizando aquí también el léxico familiar al proceso civil, podemos decir que más que la prueba de un derecho, la semi-plena prueba es un *fumus bonis iuris* <sup>(116)</sup>.

Por *principio de prueba* se entiende aquel que no puede, nunca, por sí solo servir de prueba de un hecho. El princi-

<sup>(115)</sup> CPC: 328.

<sup>(116)</sup> La doctrina del derecho procesal civil no ha tenido, hasta ahora, necesidad de precisar con mayor exactitud el concepto de semi-plena prueba; en cambio, la del derecho procesal penal ha realizado la tarea de construcción, requerida por el art. 15 de la Constitución, en cuanto exige la existencia de semi-plena prueba para poderse decretar un procesamiento. Cfr. MORETTI, *Apuntes de derecho procesal (penal)*, Montevideo, 1945, t. 4, p. 331. Asimismo, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *La Constitución nacional*, Montevideo, 1946, t. 2, p. 49. La doctrina del proceso penal ha definido la semi-plena prueba en términos análogos a los que aquí se consignan, aunque no ha sido siempre posible determinar la diferencia entre semi-plena prueba y principio de prueba. Una

pio de prueba es, apenas, un punto de apoyo. Sobre él puede apoyarse otra prueba; pero no otro principio de prueba. La ley ha dado el carácter de principio de prueba a la declaración de un solo testigo de probidad; a la confesión extrajudicial (principios de prueba oral); a la confrontación de caracteres <sup>(117)</sup>; a las copias de escrituras públicas expedidas sin los requisitos legales <sup>(118)</sup>; a lo enunciativo del instrumento cuando no tiene relación directa con lo dispositivo <sup>(119)</sup>; al documento firmado a ruego ante dos testigos <sup>(120)</sup>; al documento emanado del adversario que haga verosímil el hecho litigioso <sup>(121)</sup>.

interesante referencia a la semi-plena prueba en la prueba del estado civil, se hallaba en el art. 281 del *Proyecto ACEVEDO*; que daba tal carácter, para probar la filiación a "los documentos de familia, los apuntes y papeles privados del padre y de la madre. . . , etc."

<sup>(117)</sup> CPC: 458.

<sup>(118)</sup> CC: 1593.

<sup>(119)</sup> CC: 1577.

<sup>(120)</sup> CC: 1585. En el derecho romano se exigían cinco; ACEVEDO en su *Proyecto* puso tres; el Dr. PEREIRA en sus observaciones exigió que estuvieran "simultáneamente presentes" (nota al margen del art. 1562 de la edición de ACEVEDO de 1852); NARVAJA sólo requirió dos simultáneamente presentes (en bastardilla en el Código) por lo menos, los que deberán saber firmar.

<sup>(121)</sup> CC: 1598. Por un grueso error de técnica este artículo define el principio de prueba por escrito como aquel que "emana del demandado", cuando en realidad el documento puede emanar también del actor. Así, p. ej., ocurre cuando se trata de probar el pago mediante un documento de esta índole. El punto ha quedado ya suficientemente aclarado en nuestra doctrina, BAYLEY, *Concepto de principio de prueba por escrito*, en *Rev. D. J. A.*, t. 38, p. 77; PARRY, *El principio de prueba por escrito*, en *Rev. D. J. A.*, t. 39, p. 257.

67. *Su relación con las pruebas legales.*

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

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

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

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

### III. LÍMITES SUBJETIVOS DE LA EFICACIA PROBATORIA

68. *Los otorgantes, sus sucesores y los terceros.*

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

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

Estas diferentes zonas de influencia del documento surgen de los arts. 1575 y sigtes. del CC.

### 69. *Eficacia entre los otorgantes.*

*Entre los otorgantes* el instrumento prueba plenamente las obligaciones y los descargos <sup>(122)</sup>.

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

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

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

### 70. *Eficacia entre los sucesores a título universal.*

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

El documento que hace fe contra el causante, lo hace contra el heredero <sup>(123)</sup>.

Conviene aclarar que a este efecto, tanto los otorgantes como los herederos están ligados a la eficacia probatoria del documento, en cuanto a probar las obligaciones y sus

<sup>(122)</sup> CC: 1576. Nuestra fuente no es aquí GARCÍA GOYENA ni ACEVEDO, sino el art. 1700 del Código chileno.

<sup>(123)</sup> CC: 1576. Debe, sin embargo, hacerse una salvedad para el caso del documento simulado. La doctrina y la jurisprudencia han debido admitir que el heredero forzoso, aquel que no puede ser privado de su legítima, debe ser considerado tercero a los efectos de poder impugnar el documento simulado. Así, SECCO ILLA, *Curso de sucesiones*, Montevideo, 1929, p. 282; RICCI, *Diritto civile*, t. 4, p. 121. En contra ALMADA, *La simulación*, Montevideo, 1918, y en su respuesta a nuestros reparos publ. en *Rev. D. J. A.*, t. 36, p. 31, en la misma *Revista*, t. 36, p. 160.

descargos, ya sea en lo que se refiere a lo dispositivo del documento, ya sea en lo que se refiere a lo enunciativo que tiene relación directa con lo dispositivo (<sup>124</sup>).

### 71. *Eficacia entre los sucesores a título singular.*

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

A estar al primero de dichos textos, la eficacia probatoria del documento es indistinta para toda clase de sucesores, sean a título universal como el heredero, sean a título singular, como el comprador. Pero a estar al segundo de ellos, como un homenaje a la buena fe (<sup>125</sup>), los contradocumentos, que obligan a los sucesores universales no obligan a los sucesores singulares, los cuales son asimilados a los terceros (<sup>126</sup>).

### 72. *Eficacia entre los terceros.*

Los *terceros*, vale decir, los que no son ni partes ni sucesores de las partes a título universal o singular (<sup>127</sup>), re-

(<sup>124</sup>) CC: 1577.

(<sup>125</sup>) Esta es la idea clásica: DEMOLOMBE, t. 29, n. 345; ZACHARIAE, I, n. 123.

(<sup>126</sup>) ACEVEDO, *Proyecto*, art. 1556.

(<sup>127</sup>) Dice BAYLEY, *Eficacia de los contradocumentos*, en *Rev. D. J. A.*, t. 27, p. 126: "Tercero, en el sentido empleado en el art. 1580 de nuestro Código Civil, es aquel que ni por sí mismo, ni por una persona cuya personalidad jurídica él continúe, ni por nadie que lo presente o ejercite sus derechos, ha intervenido en la confección material del documento privado, y que, sin embargo, invoca sobre el objeto del acto privado un derecho, al cual el acto en el que él no ha intervenido, podría causar perjuicio" (BRAAS, *Tbéorie légalé des actes sous*

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

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

El instrumento público hace plena fe, aun frente a los terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha <sup>(128)</sup>. Nadie, ni las partes, ni los sucesores, ni los terceros, pueden desconocer la realidad del otorgamiento y la fecha del instrumento público, salvo prueba de falsedad.

En el instrumento privado, en cambio, el hecho de haberse otorgado y su fecha, lo mismo que la representación de las obligaciones y sus descargos, sólo afectan a las partes y a sus sucesores; no alcanzan, en cambio, a los terceros <sup>(129)</sup>.

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

El concepto legal de "fecha cierta" a que se refiere el artículo 1587 del CC., no configura sino un derecho de oponibilidad frente a los terceros, del documento privado. Este es *inoponible* antes de su incorporación a un registro, a su exhibición en juicio o a la muerte de los otorgantes; es *oponible* luego de cualquiera de esas circunstancias, a los efectos de acreditar el hecho de su otorgamiento <sup>(130)</sup>.

Pero esta circunstancia no debe, en ningún caso, hacer-

*seing privé*). En sentido análogo, MUÑOZ XIMÉNEZ, *Situación de los acreedores quirografarios frente a los actos simulados*, en *Rev. D. J. A.*, t. 27, p. 385.

<sup>(128)</sup> CC: 1575; Chileno, 1700.

<sup>(129)</sup> CC: 1581; Chileno, 1702. Sin embargo, en nuestro Código la asimilación del instrumento privado a la escritura pública es errónea. Está contradicha, en cuanto a la fecha se refiere, por el art. 1587.

<sup>(130)</sup> Sobre el concepto de "inoponibilidad", cfr. FERRARA-SANTAMARÍA, *Inefficacia e inopponibilità*, Napoli, 1939.

nos perder de vista que, aun en el caso en que el documento ha adquirido fecha cierta respecto de terceros, esa circunstancia no acredita otra cosa que el otorgamiento; nunca tiene la consecuencia de acreditar frente a terceros los hechos representados en el documento: las obligaciones, su liberación o los hechos jurídicos en general <sup>(131)</sup>.

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

#### IV. EFICACIA PROBATORIA DE LA ESCRITURA PÚBLICA

##### 73. *Planteo del tema.*

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

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

<sup>(131)</sup> Cfr. ALONSO, *El Registro de protocolizaciones*, en *Rev. D. J. A.*, t. 24, p. 161.



74. *Esquema de las diversas medidas de eficacia.*

La eficacia probatoria de la escritura pública puede referirse, esquemáticamente, así:

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

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

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

Así, por ejemplo, la escritura defectuosa en su forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmada por las partes <sup>(132)</sup>; las segundas y ulteriores copias de la matriz, con menos de veinte años luego del otorgamiento o por escribano que no sea el autorizante, valen como principio de prueba por escrito <sup>(133)</sup>; las copias de copias valen como principio de prueba por escrito o de indicios, según las circunstancias <sup>(134)</sup>; la primera copia de escritura pú-

<sup>(132)</sup> CC: 1578. Véase la opinión de DE MARÍA en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 3 (1907), p. 293.

<sup>(133)</sup> CC: 1593. "In antiquis enuntiativa probant", GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, t. 3, p. 220.

<sup>(134)</sup> CC: 1193; C.P.C., 458. *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 5 (1912), p. 4.

blica expedida por el escribano sin su signo, no vale si mediara objeción; pero si se formulara tal objeción, podrá ser subsanada la omisión en cuyo caso tiene valor <sup>(135)</sup>; la escritura pública rota o cancelada en parte sustancial, como en los nombres de los contratantes, testigos o escribano, en la fecha o en lo que pertenece al pleito, no hace fe <sup>(136)</sup>; la escritura enmendada en esas mismas partes, no vale si no estuviesen salvadas las erratas por el escribano y también por las partes y testigos si estas enmiendas hubiesen sido hechas en el instrumento matriz <sup>(137)</sup>.

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

## V. EFICACIA PROBATORIA DEL INSTRUMENTO NOTARIAL ESPECIALMENTE PREVISTO EN LA LEY

### 75. *Esquema de las medidas de eficacia.*

Debe ser objeto de examen el *instrumento notarial especialmente previsto en la ley*.

Utilizaremos como instrumento típico de esta índole, las actuaciones de protocolización de un documento. Preferimos este tipo de actuación y no el protesto o la carátula del testamento cerrado, porque tanto uno como otro de

<sup>(135)</sup> CPC: 358.

<sup>(136)</sup> CPC: 359.

<sup>(137)</sup> CPC: 359.

esos documentos han adquirido en la ley significados especiales <sup>(138)</sup>.

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

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

#### 76. *Diferencias con la escritura pública.*

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

La escritura tiene fecha cierta desde el día de su otorgamiento, en tanto que el instrumento protocolizado (salvo, por supuesto, que sea ya de por sí un instrumento público), sólo adquiere fecha cierta a partir del día de la protocolización.

<sup>(138)</sup> Acerca de tales valores, RUESTRA SOLANO, A., *¿Qué actos autorizados por el escribano fuera del protocolo producen el efecto de instrumento público?*, en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 2 (1906), p. 287; CARÁMBULA, F., en la misma, t. 3 (1928), p. 10; GIMÉNEZ, EUSEBIO E., *Misión notarial del protocolo*, en la misma, t. 14 (1928), p. 19, se inclina decididamente por la plena validez de los mismos, dada la elevada significación de la fe pública. Esta tesis contiene una petición de principio pues es eso, justamente, lo que se trata de demostrar.

La escritura hace plena fe en cuanto al otorgamiento. De este hecho fluye la circunstancia de su autenticidad. Tal como expresábamos, ella es *probatio probata*; no es necesario su reconocimiento ulterior por el escribano autorizante ni por los testigos de actuación. La escritura es auténtica, porque tiene "autor cierto" (189). El instrumento protocolizado, en cambio, no adquiere autenticidad por el hecho de su protocolización. Deberá ser reconocido por sus otorgantes, pues no pierde su originaria condición de instrumento privado. La protocolización sólo afecta a la fecha, pero no al otorgamiento. Las actuaciones de protocolización, en cambio, son auténticas, ya que ellas son autorizadas por el escribano dentro del límite de sus atribuciones y con las formas requeridas por la ley.

## VI. EFICACIA DEL INSTRUMENTO NOTARIAL NO ESPECIALMENTE PREVISTO EN LA LEY

### 77. *Disposiciones legales que pueden contribuir a dar solución a este problema en nuestro derecho.*

El art. 1 del Decreto-Ley de 31 de diciembre de 1878, instituye la profesión de escribano público para "extender y autorizar *bajo su fe* y firma, todos los actos y contratos que deben celebrarse con su intervención. . .".

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

(189) GALLINAL, *Estudios*, cit., 651.

Determinando la calidad propia de los instrumentos públicos establece el art. 1574 del CC. los siguientes principios: que todo instrumento público es un título auténtico; que como tal hace plena fe <sup>(140)</sup>; y que puede ser otorgado ante Escribano.

Sobre estos tan leves puntos de sostén debe construirse la solución que fije la exacta medida de eficacia probatoria del instrumento notarial que no ha sido objeto de especial previsión en la ley <sup>(141)</sup>.

### 78. *El instrumento notarial como documento auténtico.*

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

Nuestra suposición es afirmativa.

El documento autorizado por escribano ha sido incluí-

<sup>(140)</sup> Esta aseveración se debe, sin embargo, subordinar a lo dispuesto en el art. 1575, inc. 6 y 7.

<sup>(141)</sup> Estos documentos son extraordinariamente frecuentes en el comercio jurídico. Muchas veces por razón de comodidad, se comete a un escribano expedir una copia certificada de instrumentos que constan en un proceso civil, en un expediente administrativo o en un archivo; otras veces, se realizan ante escribanos diligencias de inspección, o inventarios, o trámites que habitualmente se hacen ante los jueces o ante los oficiales de justicia; otras veces, para rodear a ciertos actos de especial solemnidad y darles garantía de seriedad, se realizan ante escribano: es el caso tan corriente de los sorteos públicos. Ni la propia ley ha escapado a este deseo de que los actos que requieren real solemnidad y responsabilidad se realicen ante escribano. Baste, para tal fin, referir que el Presupuesto General de Gastos, en la planilla del Ministerio de Salud Pública, prevé para la realización de los sorteos de la lotería oficial, un escribano que refrende el acto. Si la fe pública fuera lo mismo que la plena fe, la presencia del escribano sería innecesaria; cualquier funcionario público que certificara el hecho dentro del límite de su competencia y con las formas requeridas en la ley, otorgaría un instrumento que haría plena fe del sorteo.

do entre los instrumentos públicos en el art. 1574 del CC.; el deber funcional del notario es autorizar todos los actos y contratos para que fuesen llamados, según el art. 60; y esa autorización se produce bajo su fe y firma, según el artículo 1.

Sería una antinomia que el profesional legalmente habilitado para autorizar un acto bajo su fe y firma, con deber profesional de prestar colaboración para esa autorización, no tuviera más facultades que un simple particular <sup>(142)</sup>. El acto del escribano es auténtico en razón de la certeza que tiene la firma de su autor. El deber de autorizar es un deber público; y la fe y firma son atributos propios de la función notarial. El art. 1 del Decreto Ley de 1878, da al vocablo *fe* el mismo significado que le dan el art. 1574 del CC. y el art. 350 del CPC., vale decir, "plena prueba". La idea de fe en materia probatoria, no se liga a la idea de creencia, sino a la idea de plenitud en la eficacia <sup>(143)</sup>.

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

Es éste un primer punto que debe darse por admitido. Al hacer fe en cuanto al hecho de su otorgamiento por ante el escribano autorizante, el instrumento notarial tiene sobre sí la suposición de autenticidad. Autenticidad de los otorgantes, si son de conocimiento del escribano; y autenticidad del autorizante <sup>(144)</sup>.

<sup>(142)</sup> Cfr. D'ALESSANDRO SAULLO, *De las certificaciones notariales*, en *Rev. D. P. P.*, t. 9, p. 151.

<sup>(143)</sup> *Supra*, 24.

<sup>(144)</sup> En el estudio de SEQUERA, *En pro del restablecimiento del documento público en Venezuela*, Caracas, 1944, se plantea el proble-

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

### 79. *El instrumento notarial y la fecha.*

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

La ley ha creado dos Registros notariales, uno llamado protocolo para asentar en él las escrituras; y otro llamado de protocolizaciones, para dar fecha cierta a los documentos que en él se incorporen. No parece, pues, que pueda considerarse que las formas requeridas por la ley para la adquisición de fecha cierta, queden completas hasta tanto el documento notarial no haya sido incorporado al protocolo o al registro de protocolizaciones.

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

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

ma de saber si la autenticidad emanada del conocimiento personal de los testigos puede suplirse por un documento de identidad, contestándose en forma negativa.

### 80. *Eficacia de los demás elementos.*

A partir de este punto, la eficacia del instrumento notarial queda sometida a la suerte de todos los demás instrumentos, en los mismos términos que ya han sido expuestos (145).

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

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

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

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

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

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

(145) *Supra*, 66 y sigtes.



81. *El instrumento notarial y las pruebas dadas "inaudita altera pars"*.

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

Este caso se halla totalmente dominado por la idea de que nadie puede hacerse una prueba en su favor <sup>(146)</sup>.

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

Un documento unilateral, sigue siendo unilateral, aunque lo refrende un escribano. Tal documento debe ser si-

<sup>(146)</sup> Este principio tiene su consagración en el art. 1331 del C. C. francés. Por interpretación sistemática puede configurarse en todas las legislaciones aunque no tengan texto expreso. Directa o indirectamente, la idea de que cada uno puede producir la prueba de documentos que desee, con las limitaciones que expresamente se establezcan, aparece en todos los textos legales. Cfr. IRELAND, *Obligatoriedad en la presentación de documentos por las partes. Estudio de derecho comparado*, en *Rev. D. Pr.*, t. 1 (1943), I, p. 404.

tuado dentro del sistema general de la prueba, en su sentido procesal. Y la prueba, en su sentido procesal, no es sino el conjunto de previsiones instituídas en la ley, tendiente a asegurar la plena eficacia de la incorporación de los medios de prueba al proceso civil o penal. El sentido del procedimiento probatorio es el de asegurar, mediante una participación de los dos litigantes, el valor y eficiencia de los medios de prueba. Ese contralor recíproco, el contradictorio en la prueba, se realiza en todos los instantes del proceso: en la proposición de la prueba; en el diligenciamiento de la prueba; en la contraprueba; y en la crítica de la prueba <sup>(147)</sup>.

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

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

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

En el proceso civil, no todas las pruebas son controvertidas y tramitadas mediante las formas del contradictorio. Con suma frecuencia se habla de la ley de *justifica-*

(147) *Fundamentos del derecho procesal civil*, ps. 125 y sigtes.

ción <sup>(148)</sup>; de *información sumaria* <sup>(149)</sup>; de *información ad perpetuam* <sup>(150)</sup>; etc.

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

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

Pero nadie podrá negar que, en el sistema de las pruebas, tales procedimientos valen, en cuanto instrumentos, como tales; y en cuanto a su contenido demostrativo o representativo, valen como una presunción. Las pruebas unilaterales valen, se dice desde antiguo, como *praesumptio hominis* <sup>(151)</sup>.

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

<sup>(148)</sup> CPC: 374, 724, 857, 1061, 1155.

<sup>(149)</sup> CPC: 830, 831, 832, 1161.

<sup>(150)</sup> CPC: 1275, 1285, 1286, 1288.

<sup>(151)</sup> Se reputan tales (*praesumptio hominis, aut iudicis aut factis*) aquellas "en las cuales el cálculo de probabilidades está librado al razonamiento de quien debe decidir la controversia". "Las *praesumptio hominis*, quedan libradas a la prudencia del juez" (*Nuovo Digesto Italiano*, t. 10, p. 338).

82. *El instrumento notarial no especialmente determinado como presunción judicial.*

Como ya hemos tratado de demostrarlo <sup>(152)</sup>, la presunción no es una prueba: ni cuando se trata de una presunción legal, ni cuando se está en presencia de una presunción judicial.

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

Este instituto constituye una verdadera remisión a las reglas de la sana crítica del art. 302 del CPC., y al de semiplena prueba del art. 328 del CPC.

El magistrado utiliza los hechos debidamente probados para inferir aquellos que no han sido plenamente probados. Mediante procesos críticos, de lógica jurídica y de experiencia jurídica, el juez reconstruye los hechos tomando los materiales de información de que puede disponer. Las pruebas defectuosas las complementa con pruebas eficaces y mediante unas y otras reconstruye en su mente el hecho, de manera análoga a aquella por virtud de la cual el médico infiere de los diversos síntomas la naturaleza de la enfermedad <sup>(153)</sup>.

Un instrumento notarial acreditando, por ejemplo, que en determinado día, el notario presencié, ante testigos, y con-

<sup>(152)</sup> *Supra*, 56.

<sup>(153)</sup> IHERING, *L'esprit du droit romain*, t. 3, p. 7; CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, en *Studi*, t. 1, p. 23; asimismo, nuestro estudio *Teoría de las diligencias para mejor proveer*, Montevideo, 1932, p. 66.

signó en un acta, que el fundo de Ticio estaba sin cultivar y abandonado, permitirá al magistrado inferir la suposición de que no existía por ese tiempo un poseedor que aprovechara el fundo. Esa suposición no habrá de bastar por sí sola para dar por probado el hecho; pero nadie vacilaría, en ausencia absoluta de prueba en sentido contrario, en admitir la verosimilitud del hecho. El juez, en el cumplimiento de su cometido, presume o supone que los sucesos han ocurrido como habitualmente ocurren en la vida, hasta tanto se le persuade que han ocurrido de diferente manera.

Para quitar todo valor de convicción al instrumento notarial del tipo que venimos analizando, sería menester suponer que el escribano desafía impunemente el precepto que le castiga con una pena de tres a diez años de penitenciaría, consignado en los arts. 236, 238, 241 y 245 del CP.; habría que admitir que los testigos han deseado, por interés o por inclinación a la mentira, incurrir en la pena del artículo 239 del CP.; etc. Pero no es esto lo que normalmente sucede en la vida. Si el escribano ha faltado a la verdad, su falsedad podrá ser demostrada; si los testigos han sido cómplices, se podrá demostrar su culpa. Nunca sería imposible, al dueño del fundo cultivado, demostrar con otras pruebas el hecho de la posesión. Pero hasta tanto no se pruebe esa posesión; hasta tanto no se demuestre la falsedad del escribano y la mentira de los testigos, será prudente admitir como verdadero, el hecho consignado en el documento; y si el hecho no tiene tanta gravedad, como para exigir otra prueba más rigurosa, será justo y razonable tener por probado el hecho en ausencia de todo otro elemento de convicción.

83. *Su significado ante la sana crítica y como inversión de la carga de la prueba.*

El instrumento notarial protocolizado es, en resumen, una prueba plena en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha. En tal sentido es una prueba legal. En cuanto a su contenido, es una semi-plena prueba, que el juez apreciará con arreglo a las normas de la sana crítica <sup>(154)</sup>.

Esta tesis conduce, en realidad, a una inversión de la carga de la prueba, punto éste que viene a constituir, en último término, el sentido propio de toda presunción. Quien tiene una presunción a su favor, se halla relevado de acreditar por otros elementos de juicio el hecho objeto de la presunción <sup>(155)</sup>. Si la prueba en contra de la presunción se produjere con el mismo sentido de intensidad que la presunción que emana del documento notarial, una y otra su-

<sup>(154)</sup> La tesis de la *praesumptio facti* como semi-plena prueba se halla ya registrada entre los antecedentes de derecho histórico y comparado que aporta HEDEMANN, *Las presunciones en el derecho*, trad. esp., Madrid, 1931, p. 112.

<sup>(155)</sup> En su libro *El hecho notorio*, Buenos Aires, 1944, p. 136, CARNELLI discute algunas proposiciones nuestras análogas a las que en el texto quedan expuestas. Su conclusión, luego de un erudito desarrollo, es la de que "los grados de normalidad representan máximas que valen por sí mismas, no como prueba, aunque sirven por comparación, para estimarla, sobre todo cuando se trata de presunciones. Tal la misión que viene a desempeñar, precisamente, la normalidad, auxiliando al juez para saber si la conclusión es más o menos probable. Toda presunción, implica una deducción a través de una inducción. Esta aplicación es la única que, a mi juicio, puede consentírsele a la normalidad en la materia" (CHIOVENDA, *Instituciones*, t. 3, p. 260; BETTI, *Diritto processuale civile*). Debemos aclarar que, si bien no compartimos todas sus aseveraciones, éstas, que son el resumen de su pensamiento, cuentan con nuestra completa adhesión. Acaso los desarrollos del presente estudio contribuyan a precisar de alguna manera nuestro modo de pensar.

posición se destruirán recíprocamente; si la prueba contraria al hecho documentado en el instrumento notarial refleja mucho mayor evidencia que el contenido de éste, predominará la prueba contraria.

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

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

#### 84. *Posible refutación de esta tesis y su rechazo.*

Para rechazar esta tesis, no alcanza la disposición del art. 226 del CPC., según la cual "fuera de los actos y diligencias judiciales que el escribano autorice conforme a las leyes, su atestación no tiene más valor que la de cualquiera otra persona".

No alcanza tal texto, porque para hacer jugar esa disposición sería menester demostrar que una atestación de esa índole no es conforme a las leyes <sup>(156)</sup>. Además, esa disposición se refiere a los escribanos que autorizan "actos y diligencias judiciales", las que no son objeto de nuestra tesis.

<sup>(156)</sup> LAGARMILLA, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, p. 345, pone como ejemplo la declaración del escribano llamado a declarar como testigo. Agrega que una declaración de esa índole debe interpretarse con arreglo a la sana crítica y no como manifestación de fe pública. El ejemplo, aunque obvio, es ilustrativo. La eficacia probatoria del instrumento notarial no emana tanto de la persona cuanto de la función.

La ausencia de una previsión especial acerca de la eficacia probatoria, no significa la ausencia de una previsión especial acerca de la posibilidad de realizar el acto y de sus formas. La posibilidad de expedir un documento de esa índole surge de las disposiciones de los arts. 1 y 60 del Decreto-Ley de 31 de diciembre de 1878, en cuanto habilitan al escribano "para autorizar bajo su fe y firma todos los actos que deben celebrarse con su intervención", y para "autorizar todos los actos y contratos para que fuesen llamados, a no ser que tengan impedimento legítimo". Como la norma es la permisón y no la prohibición de actuar dentro del orden jurídico <sup>(157)</sup>, sería menester un texto que prohibiera una semejante actuación, para colegir de ella que el instrumento no se halla conforme a las leyes.

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

Pero según la conclusión sustentada, no se trata de dar al documento notarial el carácter de una prueba privilegiada. Se trata, apenas, de no negarle en absoluto eficacia por el hecho de que no se haya hecho llegar al proceso la prueba

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



a través de todas las formalidades y requisitos del contradictorio. El instrumento no tiene, dentro del ejemplo propuesto, el valor de una inspección judicial; pero en ausencia de otra prueba en sentido contrario, su fuerza de convicción queda librada "a las luces del magistrado" que la admitirá o la rechazará según infiera del documento que se le exhibe, una representación suficientemente fiel del hecho que se discute.

### 85. *Eficacia de los documentos notariales en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil.*

A título meramente ilustrativo, deseamos aquí añadir que en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil para nuestro país <sup>(158)</sup> hemos tratado de reglamentar de la mejor manera que nos ha parecido conveniente, esta potestad jurídica de los escribanos de aseverar bajo su fe y firma, la existencia o inexistencia de hechos jurídicos que sean motivo de prueba civil.

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

<sup>(158)</sup> *Proyecto de Código de Procedimiento Civil para la República Oriental del Uruguay*, con Exposición de Motivos, Montevideo-Buenos Aires, 1945. Como funciones facultativas, a requerimiento de parte, pueden asimismo verse las del Anteproyecto de la Comisión de la Fe Pública Notarial, integrada por los Dres. RAFAEL E. DE LOS REYES PENA y SANTIAGO DE BRUN y Escs. LUIS GRILLE y ALBERTO C. ARECO, en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 23 (1937), p. 323, art. 1º.

judiciales o administrativos, puede ser expedido por escribano (art. 66), etc.

En este orden de soluciones de fortalecimiento de la fe pública y determinación precisa de sus funciones, hemos llegado a la solución del proceso sucesorio extrajudicial, susceptible de ser tramitado ante el escribano <sup>(159)</sup>.

## CAPÍTULO VI

### EFICACIA SUSTANCIAL DE LA FE PÚBLICA

#### I. SIGNIFICADO DE ESTA EFICACIA

##### 86. *La eficacia sustancial y el goce pacífico del derecho.*

Cuando distinguimos entre eficacia *procesal* y *sustancial* de la fe pública <sup>(160)</sup> partimos de la base de que el documento notarial está llamado a cumplir en el comercio jurídico una doble función: una primera, inmediata, destinada a crear en torno del derecho, la misma sensación de pacífica certidumbre que en el derecho de los bienes aparece, según las ideas ya expuestas, la posesión; una segunda, mediata, deriva del hecho de que si se llegara a producir un conflicto acerca del derecho documentado en el instrumento notarial, él será decidido sobre la base de la verdad de los hechos representados en el documento.

<sup>(159)</sup> Sobre este particular, Cfr. *Revista Notarial*, La Plata, 1945, p. 441 y *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, 1945, p. 368. Asimismo, *supra*, n. 45.

<sup>(160)</sup> *Supra*, 62.

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

La idea de *título* pertenece al derecho civil y denota entre muchas otras cosas, el medio idóneo para la circulación de la propiedad; el hecho generador del derecho. Pero la idea de *título* pertenece también al derecho instrumental, notarial, y se refiere a aquella documentación suficiente como para poder gozar de la propiedad en forma pacífica al abrigo de las asechanzas de terceros<sup>(161)</sup>. Cuando los contratantes pactan la cláusula "título perfecto" le dan a esas palabras no sólo su significado civil, sino también su significado notarial. Lo que esa cláusula reclama no es sólo que el título (derecho) sea perfecto, sino que los títulos (documentos) también lo sean<sup>(162)</sup>.

El derecho notarial sirve así a las necesidades del derecho sustancial. La pacífica posesión del bien vendido se apoya no sólo en la legitimidad del derecho transmitido, sino también en la regularidad de los documentos que lo justifican. Uno de los más graves contrastes del derecho inmobiliario lo depara aquella situación en la cual el que ha adquirido el dominio por usurpación, luego de treinta años de ejercicio idóneo de la posesión, carece de los documentos que acreditan su derecho. La propiedad existe; la documentación de la propiedad, no<sup>(163)</sup>.

<sup>(161)</sup> PICARD, *Le droit pur*, cit., p. 117; BUFNOIR, *Propriété et contrat*, París, 1924, p. 5; LEGÓN, *Tratado de los derechos reales en el Código y en la reforma*, Buenos Aires, 1946, t. 9, p. 52; AMÉZAGA, *La cláusula título perfecto*, en *Rev. D. J. A.*, t. 35, p. 1.

<sup>(162)</sup> Cfr. nuestro estudio *La noción de título perfecto*, en este mismo volumen, pág. 299.

<sup>(163)</sup> Cfr. *La acción declarativa de prescripción. Bases para un estudio*, publ. en *Rev. C. E. D.*, Montevideo, 1933; *La acción declarativa*

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

Lo que sucede, en verdad, es que en el sistema del derecho, documento y sentencia han corrido siempre inseparablemente unidos. Lo estuvieron en el momento histórico inicial de la escritura pública y lo están aún hoy cuando se trata de asegurar la paz jurídica.

87. *La fe pública como contribución a la realización espontánea del derecho.*

Podemos decir, como consecuencia de lo expuesto, que la eficacia sustancial de la fe pública es, en último término, consolidar el derecho poniéndolo fuera de la incertidumbre. Es una forma de la llamada "realización espontánea del de-

*de la prescripción*, en *La Ley*, Buenos Aires, t. I, p. 62; *La usucapión y su declaración judicial en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil uruguayo*, publ. en el volumen de *Homenaje al Dr. Zenón Martínez*, Santa Fe, 1945, p. 401. Todos esos trabajos aparecen actualizados en el presente volumen, bajo el título *Declaración judicial de la prescripción adquisitiva*, ps. 313 y sigtes.

recho" (164). El derecho se cumple por la adhesión natural de la conducta humana a sus previsiones hipotéticas.

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

Un pasaje clásico no suficientemente difundido recuerda el común origen del pacto y la paz: "*Pactum autem a pactione dicitur; inde etiam pacis nomen appellatum est*" (165). La documentación del contrato se liga, así, a algo que en la escala de los valores ha marchado siempre paralelamente con la justicia. Justicia sin paz es algo tan grave como paz sin justicia.

"El orden jurídico, se ha dicho recientemente, pretende establecer una situación de paz; una paz externa de las conexiones colectivas; la paz exterior de la sociedad; la paz que deriva de una regulación cierta y justa" (166).

Forma, documento y paz son significaciones tan íntimamente ligadas al derecho, que difícilmente podrán ser separadas. La fe pública sirve a ellas de manera directa. A la forma jurídica, le dispensa la seguridad de una envoltura privilegiada; al documento, la certidumbre de una redacción idónea y de una interpretación correcta de la voluntad jurídica; a la paz le depara el cumplimiento de sus fines que son, como hemos dicho, fines del derecho.

(164) Cfr. entre una vasta literatura, DEL VECCHIO, *L'homo juridicus e l'insufficienza del diritto como regola della vita*, Roma, 1936, trad. esp., México, 1943.

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

(166) RECASÉNS SICHES, *Vida humana, sociedad y derecho*, 2ª edic., México, 1945, p. 155.

88. *Garantía de la forma mediante la sanción de nulidad.*

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

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

En estas situaciones, cuando los elementos formales del negocio jurídico han traspasado la simple envoltura de la exteriorización de la voluntad y penetrado en sus propias esencias, ya no nos hallamos en el campo del derecho procesal. El acto depende, no ya con relación a un proceso posterior, sino con relación a su propio nacimiento, de la forma misma (<sup>167</sup>). Las formas del derecho inmobiliario se han colocado, por virtud de un largo proceso de experiencia histórica, sobre la frontera misma del derecho de propiedad. La misma *caveat emptor* es, se ha dicho (<sup>168</sup>), la regla de conducta jurídica más rudimentaria de todas, la que satisface a los hombres de moralidad menos exigente.

Bastaría una simple confrontación. En tanto durante los últimos años, la doctrina y la jurisprudencia han podi-

(<sup>167</sup>) Cfr. sobre todo este aspecto de la función notarial, las ilustrativas referencias de MUSTÁPICH, *El principio de autenticidad en el derecho inmobiliario*, Buenos Aires, 1944.

(<sup>168</sup>) CARDOZO, *The nature of judicial process*, cit., p. 109.

do salvar la enorme distancia que debe ser cubierta para proteger la buena fe de aquel que adquiere los bienes del dueño aparente <sup>(169)</sup>, no han podido, sin embargo, salvar la distancia necesaria para proteger a quien ha adquirido sin escritura pública. La comparación insta a buscar la razón sustancial del hecho. Quien no es dueño vende, y si el comprador es de buena fe la venta vale aún en perjuicio del verdadero dueño; quien es dueño vende y aun cuando haya buena fe de ambos, la omisión de la forma necesaria no puede ser salvada por la equidad.

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

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

## II. FE PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD

### 89. *Fundamento de la fe pública.*

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

<sup>(169)</sup> Sobre todo este problema, ALSINA ATIENZA, *Efectos jurídicos de la buena fe*, cit., ps. 33 y sigtes.

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

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

90. *La responsabilidad moral del escribano como fundamento de la fe pública.*

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

La responsabilidad es administrativa, civil y penal. El escribano debe actuar en su servicio, bajo el peso de tales responsabilidades, porque ellas configuran la consecuencia necesaria de su investidura <sup>(170)</sup>.

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

El notariado disfruta de un privilegio de carácter histórico. En sociedades rudimentarias <sup>(171)</sup> se cuidaba su virtud y su discreción como una virtud de Estado. En la excepcional complejidad de nuestro tiempo, esa tradición se ha venido sosteniendo. El fundamento del notariado y de

<sup>(170)</sup> PRUNELL, *Responsabilidad civil del escribano*, Montevideo, 1947; MUSTÁPIGH, *Principios generales de la responsabilidad civil de los escribanos*, Buenos Aires, 1936; ambas obras con copiosa bibliografía sobre el tema.

<sup>(171)</sup> *Supra*, 20.



sus privilegios, debe buscarse hoy, fuera de ciertas exigencias técnicas elementales, pura y exclusivamente en el campo de la responsabilidad moral. El privilegio de su atestación se apoya en el sutil sustento de la magistratura moral que el escribano está llamado a desempeñar.

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

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

### 91. *Conclusión.*

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

Esa refutación serviría para demostrar que ciertos individuos, sean la mayoría o la minoría de un país y en un momento determinado, no están a la altura de su función.

Pero eso no afecta a la esencia del cometido. Lo más que habrá que hacer es reformar el régimen de admisión o de vigilancia. Pero el hecho no cambia la esencia de la institución.

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

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

## 2. SOBRE EL PRECEPTO "NEMO TENETUR EDERE CONTRA SE"

**SUMARIO:** 1. Propósito. — 2. Alcance de la cuestión. — 3. Legislación. — 4. Fórmulas legislativas analíticas. — 5. Fundamentos de la solución negativa. — 6. Fundamentos de la solución afirmativa. — 7. Confrontación de ambas tesis. — 8. El principio y su alcance. — 9. La libertad de defensa y la probidad procesal. — 10. Obligación, deber y carga de la exhibición. — 11. Efectividad de la sanción. — 12. El precepto "nemo tenetur..." y el derecho sobre los documentos. — 13. Exhibición y propiedad. — 14. Solución dentro del derecho vigente. — 15. La solución en el Proyecto de 1945.

## SOBRE EL PRECEPTO "NEMO TENETUR EDERE CONTRA SE"

### 1. *Propósito.*

El aforismo "nemo tenetur edere contra se" es un precepto de derecho procesal probatorio, según el cual nadie puede ser compelido a suministrar pruebas en su contra, beneficiando al adversario.

Conviene anticiparse a consignar que, en el estado actual de las investigaciones, no ha sido hallada su fuente en el derecho romano <sup>(1)</sup>, no obstante su sanción por el derecho canónico <sup>(2)</sup>. Se acostumbra a citar un texto <sup>(3)</sup> limitado tan sólo al caso de los testigos en la transacción; u otro <sup>(4)</sup> que se refiere a los poderes del "judex" para ordenar la exhibición de documentos.

Esta ausencia de fuentes expresas contrasta con el largo

(1) Véase al respecto, THAYER, *Introducción*, al estudio de GORDON IRELAND, más adelante referido en *Rev. D. Pr.*, t. 1 (1943), I, p. 405.

(2) Cap. I, X, 2, 19.

(3) "Intentiones vostras proprias offere debetis probationes, non adversus se ad adversariis adduci". *Código*, L. 10 *De test.*, 4, 20. A su respecto, DEMOLOMBE, t. 29, n. 209; AUBRY ET RAU, t. 8, p. 278; GARSONNET ET CEZAR-BRU, t. 2, p. 282.

(4) *Código*, 2, 1, 1. THAYER, *op. cit.*, p. 406.

camino que el precepto ha hecho en la doctrina y en la experiencia forense <sup>(5)</sup>.

Trataremos, pues, de exponer el estado actual de la cuestión, tal como nuestros estudios nos han permitido apreciarla.

## 2. Alcance de la cuestión.

A simple vista se percibe que las dificultades que plantea el principio en examen son más de una.

Por una parte se halla la vigencia misma del aforismo: ¿es verdad que cada uno puede esconder cuidadosamente sus pruebas, sin estar obligado a ponerlas a disposición de la justicia?

Por otra parte, aparece bien visible el exceso de tal máxima. Aun cuando se tuviera, en principio, como vigente, resulta inadmisibile cuando los documentos no son de uno solo de los litigantes sino de ambos. Así, por ejemplo, en los casos de comunidad, sociedad, sucesión, etc.

Más adelante se plantea, todavía, el problema de saber qué es lo que sucede si se reputa no vigente el principio. ¿Será menester entonces pasar por las afirmaciones del adversario? ¿No constituirá esta solución una iniquidad más grave aún que la que se quiere evitar? <sup>(6)</sup>.

<sup>(5)</sup> Con posterioridad a la primera publicación del presente estudio, el mismo tema ha sido abordado en una exhaustiva exposición de derecho comparado latino y anglosajón por IRELAND, *Obligatoriedad en la presentación de documentos por las partes*, en *Rev. D. Pr.*, t. 1 (1943), I, p. 406 y sigtes., al que nos remitimos íntegramente. Con posterioridad, FONSECA MUÑOZ, *Exhibición de los libros de un Ente público*, en *Rev. D. J. A.*, t. 46 (1948), p. 6.

<sup>(6)</sup> La literatura especial sobre todos estos problemas es reducida, no así la consideración en las obras generales. En particular, cfr., especialmente, CALAMANDREI, *Conseguenze della mancata esibizione di docu-*

Y así podría continuarse.

La cuestión no es de conclusiones, sino de principio. No es asunto de soluciones en uno u otro sentido, sino una cuestión fundamental derivada del concepto mismo que se tenga del proceso civil.

### 3. *Legislación.*

La mayoría de los códigos vigentes en los países hispanoamericanos que reconocen su origen en los principios del derecho intermedio romano español (<sup>1</sup>), carecen de un texto que legisle especialmente esta situación.

Sin embargo, dos Códigos argentinos, los de Corrientes y de Santa Fe (arts. 175 y 149, respectivamente) contienen previsiones expresas. También las tiene el Proyecto de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo en el año 1934 (art. 264), aunque con un carácter particular.

La legislación europea contiene dos tipos diferentes de solución para este problema, siendo ambas contrarias a la vigencia del precepto "*nemo tenetur. . .*".

*menti in giudizio*, en *Riv. D. P. C.*, 1930, II, 289; COUTURE, *¿Puede una Comisión emanada del Poder Legislativo oponerse a la exhibición de sus libros de actas, requeridos éstos como prueba en un juicio seguido por la misma Comisión?*, en *L. J. U.*, t. 2, II, p. 7; DE MARÍA, *Exhibición de documentos de un litigante a pedido de otro*, en *Rev. D. J. A.*, t. 7, p. 181; LIEBMAN, *Efectos de la negativa injustificada a la exhibición de prueba documental en poder de una parte*, en *L. J. U.*, t. 2, II, p. 5.

En los tratados generales americanos últimamente, ALSINA, *Tratado*, t. 2, p. 808; CABAL-ATIENZA, *Anotaciones al Código de la Provincia de Santa Fe*, p. 136.

En la doctrina europea, principalmente, siempre en las obras generales, GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, ps. 109 y 268; CARNELUTTI, *Lezioni*, t. 2, n. 146, y *Sistema*, t. 1, p. 726; GLASSON-TISSIER, *Traité*, t. 2, p. 684; GARSONNET ET CEZAR-BRU, *Traité*, t. 2, p. 381.

(<sup>1</sup>) *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., ps. 77 y sigtes.

Por un lado, se halla la fórmula del nuevo Código italiano, que resuelve la situación con un criterio general, sin previsiones particulares. Por otro, la solución de la Ordenanza alemana, que contiene una amplia reglamentación de las situaciones surgidas con motivo de la ocultación de un documento decisivo por parte de uno de los litigantes.

La solución del artículo 118 del Código italiano de 1940 es la siguiente:

“El juez puede ordenar a las partes y a los terceros el consentir sobre su persona o sobre las cosas que se encuentran en su posesión las inspecciones que resultan indispensables para conocer los hechos de la causa, siempre que ello pueda cumplirse sin grave daño para la parte o para el tercero, y sin compelerlo a violar uno de los secretos previstos en los artículos 351 y 352 del código de procedimiento penal. Si la parte se niega a cumplir esa orden sin justo motivo, el juez puede deducir de esa negativa argumentos de prueba de acuerdo con lo establecido en el artículo 116, inciso 2º”. El artículo 116, por su parte, establece que “el juez puede extraer argumentos de prueba de las respuestas que las partes den a sus preguntas (hechas en forma de interrogatorio no formal), de su negativa injustificada a responder o a consentir las inspecciones ordenadas y, en general, de la actitud misma de las partes en el juicio” (8).

Esta solución aparecía, en líneas generales, esbozada en el Proyecto de Chiovenda, redactado para la Comisión de la Postguerra (art. 23), y en el Proyecto Carnelutti (artículo 106).

(8) El examen de este texto y sus antecedentes, ha sido hecho prolijamente por ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile*, 2ª edic., Nápoles, 1943, t. 1, p. 327.

A este tipo de fórmula pertenece también la legislación canónica, que siempre tuvo un texto de esta índole (Canon 1824: Codex) y que insiste en una solución del mismo carácter en el Proyecto de Código de Procedimientos para el Estado del Vaticano (art. 91), redactado en el año 1938.

Algunos Códigos cantonales suizos acogen también este tipo de solución.

En el Proyecto de 1945 hemos recogido la solución en los términos a que más adelante nos hemos de referir.

#### 4. *Fórmulas legislativas analíticas.*

La fórmula analítica, esto es, con amplia previsión para las diversas situaciones que se pueden presentar, aparece en la Z. P. O. alemana, reformada por la Novela de 1933.

Sus principales disposiciones son las siguientes:

§ 421. Cuando el documento se halle en poder de la parte contraria, según afirmación de la proponente de la prueba, ésta se propondrá solicitando que se ordene al depositario la exhibición del documento.

§ 422. La parte que tenga en su poder el documento estará obligada a exhibirlo, cuando la otra parte esté facultada por el derecho civil para exigir la entrega o exhibición del mismo.

§ 424. La solicitud en que se pida la exhibición de un documento por la otra parte deberá contener: 1) la designación del documento; 2) la enumeración de los hechos que hayan de ser probados por el documento; 3) la indicación tan completa como sea posible, del contenido del documento; 4) la indicación de las circunstancias en que la parte se funde para afirmar que el documento se halla



en poder del contrario; 5) la mención del motivo de la obligación de exhibir el documento. Este último extremo deberá acreditarse.

§ 427. Si el adversario no obedeciese la orden de exhibición o el Tribunal llegare a la convicción de que el mismo, en el caso del § 426, no ha tratado de averiguar, empleando la diligencia necesaria, el paradero del documento, se podrá considerar como auténtica la copia del documento presentada por la parte que prueba. Si no se aportare copia del documento, se podrán considerar como probadas las alegaciones de aquélla sobre el estado y contenido del original<sup>(9)</sup>.

##### 5. *Fundamentos de la solución negativa.*

Las legislaciones referidas no aceptan, por lo que se ve, la vigencia de un precepto que autorice a rehusarse a la exhibición de una prueba, aunque su consecuencia sea beneficiosa para el adversario.

Es necesario ver, pues, en nombre de qué razones o fundamentos pueda acogerse una u otra solución.

Por razón de sencillez, conviene examinar primero los fundamentos de la tesis que rehusa la vigencia del principio.

El Código italiano, al que pertenece la formulación más reciente, ha creído del caso apoyar su solución en consideraciones de orden preferentemente político.

La *Relación Grandi*, que sirve de fundamentación al Código de 1940 afirma: "El poder conferido al juez para ordenar de oficio inspecciones sobre la persona de las partes

(9) Sobre estos textos, últimamente, SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht. Eine systematische Darstellung*, 3 y 4 edic., Karlsruhe, 1947, p. 214.

o de un tercero, o sobre las cosas que se hallen en su posesión cuando éste resulte indispensable para conocer los hechos de la causa; de la misma manera que el poder de ordenar a instancia de parte la exhibición en juicio de las cosas que se hallan en posesión de las partes o de un tercero, corresponden, de conformidad con los votos de la doctrina y de la práctica, a las mismas consideraciones de solidaridad social y de cooperación de los ciudadanos al mejor funcionamiento de la justicia, sobre las cuales se basa el deber público de prestar declaración testimonial. De la misma manera que el ciudadano se halla obligado a deponer en juicio según la verdad, así cuando el interés de la justicia lo reclama, debe considerársele obligado a poner a disposición de ésta las cosas de su propiedad y aún en casos excepcionálísimos, su propia persona. Todo esto, de perfecta armonía con la concepción fascista y corporativa de la jurisdicción y del proceso, que se expresa en este Código. No debe temerse que de estas normas puedan derivarse sacrificios desproporcionados del interés individual, porque la ley regula la inspección y la exhibición con oportunas cautelas prácticas, dirigidas a conciliar oportunamente las exigencias de la justicia con el respeto de los derechos privados<sup>(10)</sup>.

Es claro que esta fundamentación es absolutamente equivocada, en cuanto atribuye a la concepción fascista del derecho la prioridad de una solución de la índole de la legislada. Soluciones del mismo tipo ya habían sido sancionadas a fines del siglo pasado en textos muy anteriores al advenimiento del régimen<sup>(11)</sup>.

(10) *Relazione*, § 20.

(11) DE MARÍA, *op. cit.*, p. 184.

Lo que ocurre, en verdad, es que el nuevo Código tiene una filiación acentuadamente *publicista*, que venía siendo preconizada por la doctrina desde hace ya largos años, y en la cual el conflicto entre los intereses de orden privado y los de orden general se resuelve siempre en favor de estos últimos.

#### 6. *Fundamentos de la solución afirmativa.*

Por su parte, la máxima "*nemo tenetur . . .*" se presenta como una fórmula individualista, que forma parte de toda una concepción general del proceso y que tiene en vista preferentemente los intereses privados.

Su fundamento es pura y simplemente, el derecho de propiedad. Ha llegado en este sentido a afirmarse que no es un simple aforismo jurídico, sino una regla de derecho positivo, reconocida en el artículo 487, inciso 5º, de nuestro Código Civil, en cuanto establece que el dominio o propiedad comprende "... el derecho de impedir a los demás que se sirvan de la cosa nuestra" (12).

Para quienes han asumido esta posición, la solución concreta consiste en admitir la exhibición de documentos poseídos por el adversario "sólo cuando el que la requiere tiene sobre esos documentos un derecho real, o sea una ley que imponga la exhibición" (13).

La máxima "*nemo tenetur . . .*" es, en su apariencia, un precepto que rige la lucha judicial; pero en su contenido, es un aforismo de defensa de la propiedad privada.

(12) Cfr. IRELAND, *Obligatoriedad en la presentación de documentos por las partes*, cit., p. 422, en sus minuciosas referencias al derecho angloamericano.

(13) DE MARÍA, op. y loc. cit.; LESSONA, *Teoria delle prove*, t. 1, p. 61, citando además en su apoyo las opiniones de RICCI, MATTIROLO, CUZZERI, SAREDO, GARGIULO, BORSARI, GIORGI.

### 7. *Confrontación de ambas tesis.*

La fundamentación que acaba de anotarse de las dos tesis opuestas, parte de puntos de vista diferentes.

Si se medita bien sobre el contenido de la argumentación de la *Relación* preliminar del nuevo Código italiano, se observa en ella un criterio preferentemente *procesal*. No rige el precepto "nadie está obligado a ayudar en su contra", porque el litigante no es requerido para ayudar *a su adversario* sino *a la justicia*; no se le obliga a suicidarse, desde el punto de vista de la estrategia del proceso, sino que se le reclama que ilustre y aclare la información del juez. Y esto no es un beneficio al adversario y un perjuicio a sí mismo, sino una ayuda indispensable a la misión impersonal y superior de la justicia. Desde el punto de vista procesal en que la argumentación se coloca, sus fundamentos son irrefutables.

Pero la tesis contraria no tiene un apoyo procesal, sino *sustancial* o *material*. Nada se dice de la colaboración con la justicia: sólo se mira el derecho de propiedad. Se toma la máxima "*nemo tenetur...*" en lo que, implícitamente, tiene de protección del derecho propio. El dueño exclusivo de un documento no tiene por qué darlo a otros para ningún fin: ni a los jueces mismos. El derecho de propiedad comprende, entre sus atributos, el de impedir a otros el goce de la cosa nuestra.

Se discute, como se ve, en dos planos diferentes. Unos luchan en nombre del derecho procesal; otros, en nombre del derecho material.

Y bien puede ocurrir que cada uno, en su respectivo campo, tenga razón.

Es lo que se intentará dilucidar en las páginas siguientes.

### 8. *El principio y su alcance.*

¿Qué quiere decir, técnicamente hablando, que nadie está obligado a facilitar pruebas a su adversario?

Quiere decir, sencillamente, que cada uno hace su propia defensa, sin que nadie pueda ser compelido a favorecer al oponente.

Pero ésta es una verdad muy relativa en el sistema del proceso civil. Todos los días el litigante favorece la prueba de su adversario, cuando es llamado a absolver posiciones; cuando al margen o al dorso del documento pone notas que liberan total o parcialmente al deudor; cuando se decreta la exhibición de los libros de comercio; cuando se asiste a una designación de peritos a solicitud del adversario; cuando, en materia de filiación, se dispone el examen de la sangre del presunto padre o del presunto hijo, etc.

En todos esos casos, y en muchos más que podrían enumerarse con muy escasa contribución imaginativa, un litigante es conducido, directa o indirectamente, a suministrar y favorecer la prueba del adversario.

Sobre este primer punto, pues, la máxima "*nemo tenetur...*" no tiene una fundamentación convincente.

Además, es un principio unánime de doctrina y de jurisprudencia, que una vez incorporada la prueba al juicio, deja de pertenecer a uno o a otro de los litigantes, para transformarse en común. Cada parte puede servirse, indistintamente, de su prueba como de la prueba producida por su contrario <sup>(14)</sup>.

(14) Ya en el siglo pasado, WINDSCHEID, *Pandette*, trad. it., par. 133. Últimamente REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, 2ª edic., p. 397.

Quiere decir que, en el caso de ser cierta la máxima, siempre lo sería tan sólo en lo relativo al hecho de la incorporación de la prueba al expediente, pero no a la eficacia de la prueba una vez que ha sido agregada a los autos.

### 9. *La libertad de defensa y la probidad procesal.*

Dando un paso más adelante en el razonamiento, podría pensarse que lo que se trata de establecer es el principio de la libertad en la defensa: cada uno se defiende con las armas que tiene y con los medios que puede, sin ser obligado a armar al contrario, suministrándole los instrumentos con que ha de atacarle.

Esto tiene ya, evidentemente, una mayor base de verdad. El juicio es todavía una lucha; tiene, sin duda, un carácter acentuadamente dialéctico; pero no por eso deja de ser una lucha, y en ella nadie es compelido a actuar en contra de sí mismo.

Pero la lucha también tiene sus leyes, y es menester respetarlas para que no degeneren en un combate primitivo. Las leyes del debate judicial no son sólo las de la habilidad, sino también las de la lealtad, la probidad, el respeto a la justicia. Una acentuada corriente de doctrina y de legislación de los últimos tiempos, recuerda la existencia de antiguos deberes morales en el proceso, que no pueden ser eliminados en una consideración estrictamente técnica del mismo (15).

(15) Ampliamente sobre este tema, *El deber de decir verdad en juicio civil*, publicado en *La Ley*, t. 9, p. 30. Sec. Doct., y en *Rev. D. J. A.*, t. 36, p. 53; *Oralidad y regla moral en el proceso civil*, en *La Ley*, t. 11, p. 84, Sec. Doct. y en *Rev. D. J. A.*, t. 36, p. 327 y *La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta*, en *La Ley*, t. 10,

Y los deberes de lealtad, de probidad, de verdad, dicen que no actúa en una esfera legítima quien teniendo en su poder un documento decisivo lo sustrae a la vista de los jueces, con la sola excusa de que él perjudica su interés privado.

Desde este punto de vista, debe admitirse, forzosamente, que el magistrado tiene poderes suficientes como para procurar el esclarecimiento de la verdad, cuando ella se oculta detrás de la argucia, la deslealtad o el fraude de un litigante.

Si se ha probado la existencia de un documento; si se ha probado que uno de los litigantes lo tiene en su poder y maliciosamente lo rehusa a los jueces; si se ha probado, por último, que ese documento es decisivo para aclarar la verdad dentro del debate; en ese estado de cosas, es necesario admitir, en principio, que el juez puede imponer al litigante la carga de su exhibición.

Si se quisiera buscar una ley expresa que condujera hacia esta solución, podría hacerse acudiendo al texto que establece que "el actor deberá acompañar con la demanda los documentos en que funde su derecho; si no los tuviere a su disposición, los mencionará con la individualidad posible expresando lo que de ellos resulte, designando el archivo, oficina pública o lugar donde se encuentren los originales" (16). Idéntica solución es aplicable al demandado (17).

p. 104 y en *Rev. D. J. A.*, t. 38, p. 13 y reproducidos en el t. 3 de estos *Estudios*. Asimismo CALOGERO, *Probità, lealtà, veracità nel processo civile*, en *Riv. D. P. C.*, 1939, I, p. 129; PODETTI, *Algunas consideraciones sobre el principio de moralidad en el proceso civil*, en *Revista Jurídica de Cuyo*, t. I, p. 13, y en *Rev. D. J. A.*, t. 38, p. 205. Últimamente el mismo, *Teoría y técnica del proceso civil*, p. 95.

(16) C.P.C., 289.

(17) C.P.C., 326.

Esos textos establecidos para la demanda deben hacerse naturalmente extensivos al resto del juicio.

El litigante a quien interesa un documento que está en poder del adversario, cumple con indicar esa circunstancia. El juez debe intimar la exhibición, como lo hace con relación a los documentos que se encuentran en poder de los terceros.

Si el litigante intimado tiene los documentos en su poder, debe exhibirlos si es que no quiere afrontar las consecuencias perjudiciales que emanan de su negativa <sup>(18)</sup>. Si no los tiene en su poder, cumple con demostrar al juez ese hecho. La prueba habrá de serle, sin duda, difícil, ya que se trata de acreditar un hecho negativo. Pero la jurisprudencia es tolerante y benigna cuando las partes se hallan frente a la demostración de hechos de difícil prueba <sup>(19)</sup>. El magistrado tendrá, frente a frente, la prueba del que ha acreditado la posesión del documento y la prueba contraria; ante ellas decidirá en uno u otro sentido. Las consecuencias de su decisión, ya sea teniendo por demostrada la posesión del documento, ya sea en sentido contrario, será el punto de partida de las consecuencias que más adelante se anotan.

En resumen, pues, sobre este primer aspecto de la faz procesal del problema: procesalmente hablando, la máxima "*nemo tenetur edere contra se*" constituye un principio erróneo; el litigante conminado a exhibir un documento que, efectivamente, tiene en su poder, no rinde un servicio *al adversario*, sino *a la justicia*. Y a ésta se le debe siempre ayuda, porque en su mantenimiento está interesada la co-

<sup>(18)</sup> *Infra*, 15 y 16.

<sup>(19)</sup> *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 125 y doctrina y jurisprudencia allí aludidas.



munidad. El que niega el documento, lo rehusa en contra del bien común. Y esta actitud no merece protección de la ley.

Si los derechos individuales de propiedad sobre el documento son o no superiores a los de la justicia, es una cuestión que deberá ser considerada más adelante <sup>(20)</sup>. Pero desde el punto de vista rigurosamente procesal, no existe fundamento legítimo para rehusarse a suministrar el documento solicitado.

#### 10. *Obligación, deber y carga de la exhibición.*

Admitida, en principio, la conclusión de que el requerido está frente a una necesidad legal de suministrar el documento, debe determinarse cuál es el sentido técnico de esa conminación.

Se ha dicho, indistintamente, que es una obligación <sup>(21)</sup>, que es un deber <sup>(22)</sup> y que es una carga <sup>(23)</sup>.

Estas tres posiciones exigen una aclaración particular, porque según la tesis que se adopte, distintas son las consecuencias de la omisión de parte del intimado.

A fin de evitar innecesarias repeticiones, pues los conceptos de obligación, deber y carga son objeto de reiterada exposición en esta obra <sup>(24)</sup>, trataremos de señalar la distinta significación de cada una de esas posiciones.

<sup>(20)</sup> *Infra*, 12 y sigtes.

<sup>(21)</sup> ALSINA, *Tratado*, t. 2, p. 308.

<sup>(22)</sup> CALAMANDREI, *Conseguenze della mancata esibizione*..., cit., especialmente p. 298, aunque con reservas que se explican en razón del desenvolvimiento insuficiente de la doctrina en la época de dicho estudio.

<sup>(23)</sup> GOLDSCHMIDT, *Der prozess als Rechtslage*, p. 109.

<sup>(24)</sup> Cfr. en este mismo volumen, págs. 157, 186, 187, 223, 273.

Si se tratara de *una obligación*, el juez podría disponer las medidas de coacción necesarias para dar con el documento; y si luego de la búsqueda no se hallara, podría otorgar una indemnización de daños y perjuicios en favor del adversario <sup>(25)</sup>.

Si se tratara de *un deber*, el juez podría imponer al omiso un arresto preventivo o aún disponer su procesamiento por delito de desacato <sup>(26)</sup>.

Si se tratara de una *carga* procesal, ni la coacción física, ni los daños y perjuicios, ni la privación de la libertad serían admisibles. La única consecuencia posible sería la de aceptar las afirmaciones del adversario, acerca del contenido del documento. Si se ha presentado la copia, tenerla por cierta; si se ha relatado el contexto, porque no se conserva copia, estar a esas manifestaciones <sup>(27)</sup>.

Por nuestra parte consideramos que la situación en que se encuentra el intimado para exhibir un documento constituye, según los casos, *un deber* o *una carga procesal*.

Constituye *un deber*, cuando los documentos se hallan en poder de un tercero que no litiga. La contribución dispensada a la justicia, beneficia a la comunidad. Cuál es la medida de esa contribución y en qué sentido puede hacerse cumplir coercitivamente, es un problema que será objeto de estudio inmediato <sup>(28)</sup>; pero la calificación jurídica que el fenómeno merece, en este caso, es la de deber y no la de obligación o carga.

Constituye, en cambio, *una carga procesal*, cuando los documentos se hallan en manos del litigante. El que tiene

<sup>(25)</sup> *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 287 y sigtes.

<sup>(26)</sup> GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, ps. 82 y sigtes.

<sup>(27)</sup> *Infra*, 11.

<sup>(28)</sup> *Infra*, 11, 13 y sigtes.

en su poder la prueba de la verdad y se rehusa a suministrarla a los jueces, lo hace por su cuenta y riesgo. Como litigante, él es libre de entregar o no esas pruebas, como es libre de comparecer o no a defenderse en el juicio o a absolver posiciones. Sólo sucede que si no lo hace, la ley supone que carece de razón y puede pasarse por las manifestaciones del adversario. Si las afirmaciones del contrario son falsas, él puede concurrir con su declaración o con sus documentos a desvirtuarlas; si no lo hace, lo menos que se puede suponer es que la verdad o los documentos no le favorecen.

#### 11. *Efectividad de la sanción.*

El desarrollo precedente no constituye, como se ha visto, una cuestión meramente doctrinaria, sino un agudo problema práctico.

La conclusión más importante, frente al caso de que el documento se halla en manos del litigante, es que no pueden hacerse efectivas contra él medidas de coerción.

No será posible, por ejemplo, hacérsele pasible del delito de desacato, por el hecho de rehusarse a entregar los documentos que tiene en su poder. Tampoco podrá decretarse el allanamiento de su casa o de sus archivos, hasta darse con la pieza buscada. No podrá, tampoco, decretarse su prisión preventiva, como se hace con los testigos, hasta tanto cumpla con la orden judicial.

La única sanción posible será, como se ha dicho, la de dar por exactas las manifestaciones del adversario. Pero aquí surge una duda: ¿el juez *deberá* tener por exactas las manifestaciones del adversario, o *podrá* tenerlas por exactas, como simples presunciones, siéndole permitido alejarse de ellas?

Las legislaciones consagran las dos soluciones. Como modelo de la segunda, pueden citarse los códigos alemán e italiano. Como modelo de la primera, el de Santa Fe <sup>(29)</sup>.

El problema es sólo un problema de derecho positivo.

Si el legislador ha dicho, como el de Santa Fe, que "se tendrá por exacta la copia que hubiere presentado el que pidió la exhibición del original", lo único que queda por hacer es cumplir el precepto legal. Este tiene, por lo demás, muy razonables fundamentos. Como dicen los autores del texto precedente, "el que presenta una copia del documento, demuestra un conocimiento completo y perfecto del mismo, y se atiene a todas sus consecuencias; si no se presentara la copia, y sólo se hace referencia al contenido del documento, si puede presumirse que oculta ese contenido concreto, especulando con la circunstancia de que el contrarion no lo tenga en su poder" <sup>(30)</sup>.

Pero si no existe en el derecho positivo un texto expreso que establezca la carga procesal, con ese apercebimiento concreto, no parece posible que el juez, por sí solo, lo cree.

A falta de texto especial, lo que corresponde es aplicar las disposiciones legales relativas a presunciones, las que habilitan al magistrado a decidir según "sus luces y su prudencia, no debiéndose admitir sino aquellas que sean graves" <sup>(31)</sup>.

Esta última es, pues, a nuestro modo de ver, la conclusión que procede frente a regímenes como el nuestro, que carecen de solución especial.

<sup>(29)</sup> *Supra*, 3.

<sup>(30)</sup> CABAL Y ATIENZA, *Anotaciones al Código de procedimiento de la provincia de Santa Fe*, p. 136.

<sup>(31)</sup> CC., 1605; C.P.C., 454.

12. *El precepto "nemo tenetur . . ." y el derecho sobre los documentos.*

Pero los problemas procesales no son, como se decía, los únicos que están en juego en este punto. Interfieren aquí también los problemas del derecho material o sustancial que rigen la tenencia de los documentos y papeles privados.

El más importante de esos problemas, es el que emana del derecho de propiedad de los documentos. Se plantean, asimismo, múltiples cuestiones derivadas, por ejemplo, del secreto e inviolabilidad de los papeles privados, del derecho intelectual sobre los documentos, etc.

El análisis de esos temas ya no pertenece al campo del derecho procesal. Tiene, por lo demás, una vasta literatura propia en el campo del derecho sustancial.

Sin embargo, para dejar siquiera planteados algunos puntos realmente fundamentales, haremos una breve referencia al derecho de propiedad sobre los documentos.

13. *Exhibición y propiedad.*

El dueño del documento puede ampararse, dentro de ciertos límites, en la propiedad que tiene sobre la pieza escrita, considerada como una cosa en sí misma.

La doctrina ha sostenido tradicionalmente, que el documento se halla amparado por los mismos principios que protegen la propiedad particular. El documento es un bien que integra el patrimonio y que es objeto del derecho de dominio <sup>(32)</sup>.

Se hace necesario, entonces, entrar en algunas distinciones.

<sup>(32)</sup> AUBRY ET RAU, t. 13, n° 760. PICARD, *Les Biens*, en el *Traité pratique*, de PLANIOL-RIPERT, t. 3, p. 559.

Si el documento es de propiedad común, como las cuentas de la sociedad, de la comunidad, de la asociación, etc., entonces nadie puede ampararse en su señorío exclusivo y la resistencia carece de justificación. Sobre este punto, todas las opiniones están contestes <sup>(33)</sup>. La parte que rehusa la exhibición lo hace actuando en esfera ilícita y soporta las consecuencias que acaban de admitirse <sup>(34)</sup>.

Si el documento no fuera objeto de propiedad privada, tal como sucede con los documentos del Estado, tampoco procede rehusar la exhibición. Los funcionarios públicos no pueden aducir derechos propios sobre los documentos de la gestión administrativa. La doctrina <sup>(35)</sup> y la jurisprudencia son muy firmes en este sentido. Un fallo afirma: "Un Estado de derecho dejaría de ser tal, si por medio de sus órganos o de sus instituciones pusiera trabas o impidiera la realización del derecho cuando se tratara la responsabilidad de sus propios actos. El Estado debe protección a los ciudadanos aún contra sus propios actos, y son fundamentales los efectos que tal protección aporta en los elementos de juicio necesarios para la dilucidación de la cuestión de que se trate. Más aún, está en el propio interés del Estado, garantizar los derechos de contralor de sus actos, y con ese contralor contribuye a la mejor realización del derecho y de los servicios públicos" <sup>(36)</sup>.

<sup>(33)</sup> DE MARÍA, *op. cit.*, p. 184; LESSONA, p. 61 y doctrina allí citada.

<sup>(34)</sup> *Supra*, 11. Si se tratara de un tercero, la solución sería la prevista en el parágrafo siguiente.

<sup>(35)</sup> LIEBMAN, *op. cit.*, p. 6; asimismo nuestro dictamen: *¿Puede una Comisión emanada del Poder Legislativo...?*, cit., p. 8 y abundantemente doctrina del derecho administrativo allí citada.

<sup>(36)</sup> *Rev. D. P.*, t. 2, p. 184, fallo del Dr. Garicoits confirmado por el Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno y fallo del Dr. Zubillaga, en *Rev. D. J. A.*, t. 46, p. 6.

Sobre este último punto, habría necesidad de hacer una salvedad particular para aquellos documentos que exigen cierta reserva, tales como los secretos de Estado, planes militares, negociaciones diplomáticas, etc. <sup>(37)</sup>.

Pero si el intimado es dueño exclusivo del documento, el problema se hace realmente complejo.

Parece indispensable, cuando menos, una distinción previa. Es menester considerar en forma distinta la condición del dueño que actúa como litigante y la condición del que no lo es.

El tenedor o dueño del documento que actúa como parte en juicio, se halla vinculado a la justicia por los múltiples ligámenes jurídicos que constituyen la relación procesal. Tiene, como se ha visto <sup>(38)</sup>, los deberes jurídicos de lealtad, probidad y buena fe. Es en nombre de esos deberes, y aún en ausencia de un texto explícito que los consagre, porque ellos se hallan ínsitos a lo largo de todo el proceso, que debe prestar su colaboración a la demostración de la verdad.

<sup>(37)</sup> Al darse publicidad a nuestro dictamen sobre la ilegitimidad de la actitud de una Comisión emanada del Poder Legislativo en cuanto rehusaba a la justicia las actas de sus deliberaciones, un editorial de *El Plata*, de Montevideo, de su director y ex profesor de la Facultad de Derecho, Dr. Juan Andrés Ramírez, prestó su conformidad expresa por la doctrina allí sustentada, agregando, sin embargo, que esa tesis resultaba excesiva en aquellos casos en que razones de interés público impusieran la reserva y el secreto en el examen de los documentos de la Administración. Es natural que aceptemos esa reserva, la que no se hizo presente en nuestro estudio, sencillamente, porque éste era una consulta relativa a un caso concreto en que los deberes de reserva no se planteaban. La naturaleza de los documentos que dieron origen a nuestro dictamen no tenía carácter secreto ni exigía una situación de reserva, ya que repetidamente con anterioridad habían sido facilitados a la justicia y a los propios interesados.

<sup>(38)</sup> *Supra*, 9.

La exhibición forma parte de la contribución que como litigante debe a la obra de la justicia. Sobre este punto, nos remitimos, pues, a lo dicho respecto de la faz procesal del tema.

¿Pero el tercero? Él no se halla vinculado por la relación procesal. Él es un particular, que no puede ser despojado de su propiedad sino dentro de los términos generales en que la Constitución autoriza la ocupación de la propiedad privada.

Un ejemplo aclarará mejor el alcance de esta premisa. A y B litigan por reivindicación. En el transcurso del juicio se pide como prueba que D, que no es parte en el juicio, suministre un conjunto de planos, de estudios gráficos y de antecedentes de trasmisión dominial que demuestran el derecho de uno de los litigantes. ¿En nombre de qué principio D, que no es sujeto en la relación procesal, que nada tiene que ver con el juicio, puede ser compelido a suministrar a la justicia un conjunto de elementos que son de su propiedad exclusiva, ya sea por compra o por ser el fruto de su trabajo? Lo menos que puede decir D es que si sus documentos y estudios son decisivos para el juicio, deben serle pagados; de otra manera, el hecho significaría un enriquecimiento sin causa. Pero todavía podría agregar —si quisiera rehusarse a la exhibición— que esos bienes integran su patrimonio y que no pueden ser extraídos de él, sino por causa de utilidad pública y con las garantías generales de la expropiación.

Esta actitud, aunque en determinados casos pudiera ser abusiva y antipática, no tiene, a nuestro modo de ver, réplica válida dentro del derecho vigente. Las opiniones que se inclinan en el sentido radical de que el tenedor del documento debe entregarlo a la justicia y en su resistencia has-



ta puede incurrir en delito de desacato, carecen de una justificación razonable dentro del derecho vigente.

Hace ya treinta años, Génny, en su obra fundamental sobre la materia de cartas misivas <sup>(39)</sup>, logró dar al derecho privado sobre esta clase de documentos, una extensión muy significativa, subordinando la propiedad individual a razones de interés colectivo en una gran cantidad de casos. Su libro fué, en su tiempo, un verdadero anticipo de ideas que sólo muchos años más tarde habrían de adquirir pleno desenvolvimiento. Pero frente a situaciones de esta índole, en las cuales la interferencia del derecho privado es absoluta, su construcción hubo de detenerse <sup>(40)</sup>. No creemos que sus conclusiones reclamen en ese punto rectificaciones fundamentales.

#### 14. *Solución dentro del derecho vigente.*

Examinado el precepto "*nemo tenetur edere contra se*" en sus dos aspectos, procesal y sustancial, advertimos que luego del análisis queda reducido a bien poca cosa.

En su faz procesal, ha sido eliminado en las legislaciones más recientes, y aún en algunas que no lo son, mediante textos expresos. Y en las legislaciones que carecen de texto especial, no es posible hallar al mismo una justificación razonable. Puede hablarse, en resumen, sobre este punto, de la existencia de *una carga procesal* de exhibir a la justicia, todos los documentos que los litigantes tengan en su poder y que contribuyan a la demostración de la verdad. Para que

<sup>(39)</sup> GÉNNY, *Des droits sur les lettres missives*, dos volúmenes, París, 1911.

<sup>(40)</sup> GÉNNY, *Des droits sur les lettres . . .*, t. 2, ps. 83 y sigtes.

esa carga funcione es necesario, evidentemente, que el contrario pruebe la posesión del documento. El apercebimiento no consiste en que *se tenga por cierto el texto o la afirmación que suministre* el adversario, sino en que *se pueda tener por cierto*, con arreglo a la teoría general de las presunciones judiciales.

En su faz sustancial, el principio puede considerarse limitado al amparo del derecho de propiedad de los papeles privados, encarados como simples cosas que integran el patrimonio. Ese derecho ampara a los terceros y no a los litigantes, y sólo en los límites dentro de los cuales el derecho de propiedad privada debe ser respetado.

Pero cuando bien se medita, se advierte que esto ya nada tiene que ver con el precepto "*nemo tenetur...*". Éste aspira a regir, tan sólo, la condición de los litigantes y no la de los terceros. Éstos no son sujetos de la relación procesal y su condición jurídica se rige por los principios del derecho privado.

También se rigen por sus principios, los derechos que emergen del derecho al secreto e inviolabilidad de la correspondencia privada, así como toda la parte relativa al derecho intelectual que, como autor, tenga el redactor u otorgante del documento frente a su actual poseedor.

Y si esto no significa que el precepto queda reducido a la nada, lo cierto es que bastante lo parece. Por lo menos en su sentido estricto, que es el relativo a la estrategia de la prueba entre las partes, no configura un principio que tenga aplicación efectiva.

15. *La solución en el Proyecto de 1945.*

Tratando de recoger las ideas que aquí quedan expuestas, en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil al que reiteradamente nos referimos en este volumen, hemos redactado el régimen de la exhibición de documentos por el litigante en los siguientes términos:

“Art. 140. — *Documentos en poder del adversario.* La parte que deba servirse de un documento que, según su manifestación, se halle en poder de su adversario, deberá presentar copia del mismo o, cuando menos, los datos que conozca acerca de su contenido. Probará, asimismo, en forma sumaria que el documento se halla o ha hallado en poder de su adversario.

El juez dispondrá se intime a la parte contraria la entrega del documento dentro de un plazo que le señalará, bajo apercibimiento.

Si el documento no fuere entregado y no se produjera contrainformación por parte del tenedor del mismo, el juez resolverá el punto declarando:

- a) que debe tenerse por exacto el texto del documento mencionado por la parte que solicitó la diligencia; o
- b) que los datos suministrados acerca del contenido del documento por la parte que pidió la diligencia, pueden ser tenidos por exactos en la sentencia.

Si la prueba acerca de la existencia del documento en poder de la parte fuera contradictoria, el juez se reservará el pronunciamiento para el momento del fallo definitivo, en cuya oportunidad podrá extraer de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas, las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje”.

### 3. RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS POR EL HEREDERO

SUMARIO: 1. Planteo del problema. — 2. Diferencias de legislación. — 3. El reconocimiento antes del proceso. — 4. El reconocimiento en el proceso. — 5. La solución en el Proyecto de 1945.

## RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS POR EL HEREDERO

### 1. *Planteo del problema.*

El heredero citado a reconocer la firma de su causante, puesta al pie de un instrumento privado, puede limitarse a manifestar que no le consta que la firma sea de su antecesor <sup>(1)</sup>.

Reconocida la firma, el documento obliga al heredero por imperio de lo establecido en el art. 1586: CC. <sup>(2)</sup>. Pero hecha la manifestación de que no consta al heredero la autoridad de la firma, el documento no es obligatorio contra el sucesor y quien lo exhibe debe acreditar que la firma es del causante para que el documento adquiera plena eficacia.

El problema surge cuando, citado el heredero a manifestar si reconoce o no la firma de su causante, éste no comparece.

<sup>(1)</sup> CC (uruguayo), 1583; asimismo, argentino, 1065, 1066; GARCÍA GOYENA, 1205; *Proyecto ACEVEDO*, 1559; FREITAS, 750, 756, 757; francés, 1323; español, 1226.

<sup>(2)</sup> Concuenda 1063 argentino; FREITAS, 759.

Se sostiene, por una parte, que esa ausencia supone el reconocimiento tácito del documento, por aplicación del principio general vigente para el autor (3). Por otra, que ese reconocimiento tácito constituye una sanción que no puede imponerse sin texto expreso que lo establezca (4).

## 2. Diferencias de legislación.

El tema requiere dos aclaraciones previas, sin las cuales queda planteado con una confusión inicial que compromete todo examen posterior.

La primera, es que no son aplicables a nuestro derecho las conclusiones de la doctrina francesa, italiana o argentina que puedan ser traídas al debate. Las legislaciones de esos países tienen disposiciones diferentes a las nuestras para el reconocimiento de los documentos privados. En ellas, el principio es que todo documento privado no impugnado se tiene por fidedigno (arts. 193 y sigtes., 282 y sigtes. y 100 de los Códigos de Procedimientos francés, italiano [anterior] y de la Capital Federal, respectivamente). La parte que no impugna el documento presentado por su adversario, es mirada como aceptándolo.

“Por el solo hecho de la presentación, dice Japiot (5), el deudor está en mora de reconocerlo o desconocerlo; sólo si lo desconoce, el acreedor promoverá una demanda inci-

(3) Dictamen del Dr. SAYAGUES LASO, en *Rev. D.J.A.*, t. 24, p. 296 y fallo del Dr. FERRANDO Y OLAONDO en *Rev. D.J.A.*, t. 32, p. 489; nota del Dr. PITTALUGA, en *Rev. D.J.A.*, t. 32, p. 489.

(4) Fallos de los Drs. CARBONELL Y VIVES y CIBILS LARRAVIDE, en *Rev. D.J.A.*, t. 24, p. 294; del Dr. IMHOF y del Tribunal de Apelaciones de 2º Turno, en *Rev. D.J.A.*, t. 41, p. 167.

(5) JAPIOT, *Traité*, p. 715.

dental de verificación”. “No es necesario, aclara Alsina <sup>(6)</sup>, que el reconocimiento sea expreso, pues puede tenerse por admitido todo documento cuya autenticidad no fuese desconocida en las oportunidades expresadas”. Los procedimientos de reconocimiento de firma son, en esas tres legislaciones que se traen a colación en nuestro debate, una facultad (o mejor aún una conveniencia) del acreedor y no un deber jurídico que la ley le imponga para dar validez a los documentos.

En nuestro derecho la solución es diferente. La prueba de la autenticidad le incumbe en todo caso al que exhibe el documento.

La segunda aclaración preliminar es que la comparecencia del citado a reconocer la firma no es una *obligación*, como se dice habitualmente, sino una *carga procesal*. Esta diferencia ya se halla suficientemente desenvuelta en la doctrina de nuestro país, pero es indispensable insistir brevemente sobre ella.

La carga es un imperativo del propio interés de aquel que se halla gravado con la misma. No tiene, como la obligación, un procedimiento coactivo en favor del acreedor. El gravado con una carga procesal (por ejemplo, la carga de comparecer a notificarse, la carga de la prueba, etc.) es libre de cumplir o no con lo que la ley le impone: puede comparecer o no a defenderse, puede comparecer o no a notificarse, puede probar o no los hechos que la ley indica. Si no lo hace, no hay contra él ningún medio coactivo; no se puede, por ejemplo, como al testigo, traerle por la fuerza pública o ponerle en prisión, o embargarle los bienes para que cumpla (obvio es decir que el embargo contra el rebelde no es una

(6) ALSINA, *Tratado*, t. 2, p. 315.

pena, ni un cumplimiento coactivo de la obligación, sino una simple medida de precaución para asegurar el resultado del juicio, por aquello de que *les absents ont toujours tort*, hasta que la sentencia diga lo contrario). En todos esos casos, es el impulso del propio interés, el que señala la conveniencia de comparecer en el juicio, de asistir a notificarse o de producir la prueba. Y si no se hace, la ley crea en contra del gravado con la carga, el riesgo de suponer que conoce la resolución judicial pendiente de notificación, o el riesgo de que se tengan por inexistentes los hechos no probados.

Cuando hablamos, pues, de la "obligación de comparecer a reconocer la firma", por parte del autor de un documento o por parte del heredero, no nos estamos refiriendo a una obligación en el verdadero y estricto sentido que la palabra tiene: *iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae*. Nos estamos refiriendo, pura y simplemente, a la carga procesal de comparecer a reconocer la firma, bajo la amenaza y el riesgo de que se tenga por nuestra o de nuestro causante (1).

### 3. Reconocimiento antes del proceso.

Aclarado lo que precede, veamos el problema del heredero citado a reconocer la firma de su causante.

Creemos que es menester distinguir dos situaciones que hasta ahora han aparecido unidas y que, según nuestro punto de vista, es necesario diferenciar.

Una situación es aquella que surge en vía de diligencias preparatorias de la demanda (cuando los interesados no son

(1) Sobre todo este problema, más ámpliamente, el estudio *Sobre el precepto nemo tenetur edere contra se*, en el presente volumen, especialmente, ps. 127 y sigtes.



aún partes en juicio); otra, es cuando ya se ha notificado la demanda (y, en consecuencia, puede ya hablarse de partes en sentido procesal).

En el primer caso, no puede hablarse aún de cargas procesales. No puede hablarse, en consecuencia, de la carga de comparecer a reconocer la firma, bajo apercibimiento de tenerse por reconocida. No hay en nuestro derecho ninguna disposición que cree esta carga para el heredero. Se halla instituída para el causante, pero no para su sucesor. Los argumentos de Sayagués Laso son más dialécticos que científicos. Y es, por otra parte, inaceptable que, dentro de nuestro derecho, pueda el juez con sus resoluciones, sin ley expresa que lo autorice, crear antes del juicio cargas procesales en contra de una de las partes.

#### 4. *El reconocimiento en el proceso.*

Pero las cosas cambian, si la diligencia se solicita una vez notificada la demanda.

Entonces ya se está dentro del juicio y existe, en contra de ambas partes, la carga de la afirmación <sup>(8)</sup>.

Las partes deben contribuir al esclarecimiento de la verdad en el juicio, y su silencio respecto de las afirmaciones del adversario debe ser tomado como reconocimiento tácito de esa verdad. Hecho no impugnado es, implícitamente, hecho reconocido como cierto. Nuestra jurisprudencia está poblada de conclusiones de esta índole <sup>(9)</sup>.

<sup>(8)</sup> GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, cit., p. 203; *Teoría general del proceso*, cit., p. 119.

<sup>(9)</sup> Ampliamente, MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, esp. ps. 92 y sigtes. Para nuestra jurisprudencia, *Rev. D. J. A.*, t. 37, p. 12; *L.J.U.*, 404, 679.

Si el juez ha citado al heredero a reconocer la firma de su causante "bajo apercibimiento de tenerse por reconocida", ha constituido en contra de éste una carga procesal. El heredero tiene libertad de desembarazarse de esa carga, concurriendo y diciendo que no le consta que la firma sea de su causante. Entonces el que esgrime el documento tendrá sobre sí la carga de la prueba de su autenticidad. Pero si no concurre, consiente. La carga ha funcionado en su contra y, por aplicación del principio expuesto, el hecho no impugnado se tiene por consentido.

Esta es la consecuencia natural de la teoría de las cargas procesales, hoy admitida plenamente en la doctrina. Junto a la libertad de obrar, el gravado con la carga tiene sobre sí el riesgo de la inacción. El juez le da una ocasión para impugnar o para desconocer; si no la aprovecha, suya es la culpa. Ya lo decía Goldschmidt en una máxima a la que él daba el carácter de un precepto general de conducta en la vida: "la más grave culpa frente a sí mismo, es la de haber perdido la ocasión" <sup>(10)</sup>.

##### 5. *La solución en el Proyecto de 1945.*

La solución precedentemente expuesta constituye la que consideramos correcta dentro del Código vigente. Pero no es la que consideramos justa.

No sólo las partes, sino también todos los individuos deben a la justicia la colaboración necesaria para que ésta cumpla sus fines con el mínimo de esfuerzo. Una solución de carácter general, que imponga la carga de la asistencia a

<sup>(10)</sup> *Derecho procesal civil*, p. 203; *Teoría general del proceso*, p. 84.

todos los particulares, sean o no partes en el proceso, es una solución apropiada en el sentido enunciado.

Es por esa razón que en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil, la hemos consagrado mediante texto expreso en la disposición del art. 147.

Bajo el rubro de "Reconocimiento de documentos", el mencionado artículo prevé las diversas situaciones que se presentan a lo largo del proceso. Y al referirse a los herederos, dice: "Los sucesores podrán manifestar que no les consta que la firma sea de su causante. Pero si no concurrieran a las citaciones se tendrá la firma por reconocida".

## 4. LA PRUEBA FOTOGRÁFICA

SUMARIO: 1. Actualidad de la prueba fotográfica. — 2. Admisibilidad e inadmisibilidad de la prueba fotográfica. — 3. Eficacia probatoria de la prueba fotográfica. — 4. Prueba fotográfica de actas del Registro Civil. — 5. Fotografía y formas documentales. — 6. Las copias en la ley del Registro Civil. — 7. La prueba fotográfica en el Proyecto de 1945.

## LA PRUEBA FOTOGRÁFICA

### 1. *Actualidad de la prueba fotográfica.*

Los textos legales que aún rigen el proceso civil hispanoamericano no han podido, en razón de la época de su sanción, dar a la prueba fotográfica la importancia que ha ido adquiriendo en el tiempo posterior.

Sin embargo, es realmente curioso que la doctrina, tanto europea como americana en esta materia, pertenezca casi por completo al siglo pasado, siendo muy escasa y de no mucha significación la que pertenece al tiempo posterior <sup>(1)</sup>.

Hemos creído necesario señalar, en breves líneas, algunos temas que consideramos fundamentales en torno a este tema.

<sup>(1)</sup> Así, p. ej., D'AMELIO, *La fotografia come mezzo di prova in diritto civile*, Nápoles, 1894; FERRARA, *La prova fotografica nel processo civile*, Nápoles, 1906; FINZI, *La fotografia quale mezzo di scoperta della falsità dei documenti*, Firenze, 1904; VIDARI, *La prova fotografica nel diritto civile e commerciale*, en *La Legge*, 1894, I, p. 573. En la doctrina reciente, ANDRIOLI, *Prova con fotografia*, en *Nuovo Digesto Italiano*, t. 6, p. 126; WIGMORE, *The science of judicial proof*, Boston, 1937, ps. 664 y sigtes.

## 2. *Admisibilidad e inadmisibilidad de la prueba fotográfica.*

¿Qué decidir frente al silencio absoluto de nuestro Código en esta materia?

Por lo pronto, no parece razonable excluir del elenco de las pruebas el documento fotográfico. La enumeración del art. 349 no menciona la fotografía; pero es ya cosa admitida <sup>(2)</sup> que esa enumeración no es taxativa. Por otra parte, la fotografía es, en sí misma, un documento. Es tal, toda cosa representativa de algo ausente o pasado con relación al proceso. Entre un acta y una fotografía no media diferencia de sustancia sino de forma: en el acta labrada por el escribano o por las partes, el hecho o la cosa es referida mediante un relato humano dirigido a re-presentar, a presentar de nuevo, lo que la persona percibe. En la fotografía, el hecho o la cosa son re-presentados por un procedimiento físico-químico y no por un relato humano. Las posibilidades de error son comunes a uno y otro procedimiento, por la sencilla razón de que la falibilidad de los sentidos o de la percepción humana, corren paralelos con los fenómenos de error mediante captación mecánica. Escrito y fotografía son documentos, porque documento es, etimológicamente, todo aquello que enseña: que *docet* <sup>(3)</sup>.

Sería, por otra parte, poco lógico, descartar la fotografía como medio de prueba, cuando ella puede constituir el cuerpo del delito, en el artículo 278 del Código Penal; del derecho a la creación artística en el artículo 5 de la ley de 17 de diciembre de 1937; de especial prohibición en el

<sup>(2)</sup> *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 136 y los numerosos antecedentes allí citados.

<sup>(3)</sup> CARNELUTTI, *Sistema*, trad. esp., t. 2, p. 414.

art. 69 del Código de Legislación Aeronáutica o de especial autorización en los arts. 70 o 71 del mismo Código; la forma necesaria de identificación personal en el art. 90 de la Ley de Registro Cívico Nacional, etc. El uso de la fotografía de una persona apareja, frecuentemente, ciertas demandas por daños y perjuicios que se pueden leer en los repertorios de jurisprudencia de todos los países del mundo; de concurrencia desleal en materia de marcas de comercio, etc.

En todos esos casos, eliminar la fotografía como medio de prueba, vale tanto como hacer ilusoria la responsabilidad.

Lo que sucede es que en esta materia, como en tantas otras, el derecho marcha a remolque de la vida. En nuestro país, hace medio siglo <sup>(4)</sup> se publicaba un tímido escrito de un desconocido abogado español aconsejando, según sus propias palabras, "una humilde idea, para que se abra camino si se admite como ventajosa", consistente en dar entrada a la prueba fotográfica en la administración de justicia. Y hace un cuarto de siglo Carnelutti <sup>(5)</sup> decía que las incertidumbres que surgían diez años antes acerca de la validez de la prueba fotográfica, tenían entonces "sapore di curiosità". En esa misma página, se pronunciaba francamente en favor de la prueba fotográfica y cinematográfica, cosa en la cual actuó como profeta del tiempo posterior.

Admitamos, pues, que la fotografía, como tal, no puede ser descartada como medio de prueba, si es que no queremos colocarnos de espaldas a nuestro tiempo. Las generaciones que habrán de sucedernos contemplarán con cierta piedad una etapa del derecho que no quiere enterarse de los requerimientos de la vida que circula en su derredor.

<sup>(4)</sup> MORO, *La fotografía y la Administración de Justicia*, en *Rev. D. J. A.*, t. 8, p. 139.

<sup>(5)</sup> CARNELUTTI, en *Riv. D. P. C.*, t. 1, I, p. 204.

### 3. *Eficacia probatoria de la prueba fotográfica.*

Pero a cambio de esta firmeza, se nos propone una duda de importancia: ¿cuál es el valor probatorio de este medio de demostración de la verdad?

El punto no se plantea en el Proyecto de Código de Procedimiento, donde, como se verá más adelante, una norma expresa contiene la previsión necesaria; como no se plantea en el derecho anglosajón en el cual la fotografía complementada con la prueba testimonial produce prueba admisible <sup>(6)</sup>.

Pero en el derecho actual, sin texto expreso que regule su medida de eficacia probatoria, consideramos que la fotografía no es, de por sí, una prueba plena.

La conclusión más razonable, y más precisa, la ha dado en esta materia un fallo de 1941, de la Cámara Civil 1ª de la Capital Federal. Se sostiene en dicho fallo, lo que es muy exacto, que el Código de Procedimiento parece reducir la prueba instrumental, a los documentos literales, con firma, emanados de la parte que los reconoce; pero es evidente que por prueba documental se entiende toda prueba comprendida dentro de la expresión *vox mortis*, y que tal es un plano, una fotografía, un recorte, o un dibujo <sup>(7)</sup>. Y un fallo contemporáneo de la Cámara Comercial, sostuvo que la copia fotográfica de un recibo vale como elemento indiciario en la comprobación del hecho a que se refiere <sup>(8)</sup>.

La cosas son, efectivamente, así.

Si una fotografía fuera reconocida como fiel por el

<sup>(6)</sup> WIGMORE, *The science of judicial proof*, cit., p. 664.

<sup>(7)</sup> *Re: Borgini v/ Ruiz Díaz*, en *J. A.*, t. 74, p. 240.

<sup>(8)</sup> *Re: Braccio v/ The National City Bank*, en *J. A.*, t. 75, p. 76 y en *G. F.*, t. 152, p. 280.



espíritu de nuestro tiempo; aceptarla como una imposición de la realidad, significa tanto como reconocer la vieja sentencia del Código que mandaba respetar en todo caso el orden natural: *naturalis ordo omnia conservandus est*. Una justicia que no llegue a enterarse de las más preciosas revelaciones que el hombre ha sabido extraer del orden natural, más parece liturgia que justicia.

#### 4. *Prueba fotográfica de actas del Registro Civil.*

Uno de los aspectos más significativos de esta cuestión, surge cuando se trata de examinar qué validez probatoria tienen las copias fotográficas de los Registros del Estado Civil.

En un caso relativamente reciente <sup>(10)</sup> fué negada la validez de los documentos expedidos en esta forma por el Registro del Estado Civil argentino. Los fallos acudieron al no muy consistente precepto del *locus regit actum* para consagrar la tesis, sustancialmente justa, de que si el derecho argentino daba validez a los testimonios así expedidos, nuestros jueces no podrían desconocer esa validez.

Pero el caso de mayor significación se planteó cuando la Dirección del Registro del Estado Civil solicitó al Poder Ejecutivo autorización para adquirir los elementos necesarios para la expedición fotográfica de las copias de actas constantes en los libros de dicho Registro.

Nos fué requerida opinión en esa oportunidad y, de acuerdo con ella, el Poder Ejecutivo prestó la autorización del caso. Pero la fundamentación de la tesis no podía hacerse sin un examen del tema arriba planteado consistente en saber

(10) *Rev. D. J. A.*, t. 45, p. 126.

en qué medida el derecho vigente autoriza o rechaza tales copias.

Trataremos de exponer la cuestión en los términos que consideramos apropiados.

### 5. *Fotografía y formas documentales.*

La primera cuestión que se plantea consiste en saber en qué medida una copia fotográfica de un acta oficial es un instrumento público dotado de plena prueba. Por supuesto que si no lo fuera, toda la teoría que aquí venimos sosteniendo se desmorona.

El Código Civil define en el art. 1574, el instrumento público como "aquel que revestido de un carácter oficial ha sido *redactado o extendido* por funcionarios competentes, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones".

Se necesita, como se ve, que se trate de documento redactado, o extendido, sin que la ley determine en qué forma debe tal documento ser redactado o extendido. También se exige que sea "según las formas requeridas"; pero no se exige que esas formas estén establecidas en la ley. Pueden las formas estar establecidas en un decreto o en una simple resolución administrativa <sup>(11)</sup>.

La copia fotográfica de un documento no pierde su carácter de instrumento público máxime cuando el instrumento público consiste en una certificación que el Director del Registro del Estado Civil otorga acreditando que la copia fotográfica coincide con el original.

(11) Así lo hemos sostenido en nuestras lecciones universitarias. Cfr. versión taquigráfica de Marcos Medina Vidal, p. 295.

El art. 352 del Código de Procedimiento Civil, dice que "los certificados de los curas, sacados de los Registros de la Parroquia hacen fe para probar la edad, el bautismo, el matrimonio y la muerte". Como se ve, la expresión que se usa es la de "sacados". Como aquí no se trata de saber si el legislador previó o no en su imaginación una forma más moderna y más técnica de copiar documentos oficiales, sino que se trata de saber si prohibió esa forma, es necesario concluir que no existe en este texto prohibición alguna al respecto.

El art. 355 del mismo Código establece que para ninguna prueba se sacarán de los archivos los libros o papeles originales, los cuales sólo se presentarán en testimonios expedidos por las personas a cuyo cargo esté la custodia de ellos, comprobándolos convenientemente. Pero nada impide, en ese texto, que un testimonio sea fotográfico.

Cuando el art. 80 del mismo Código habla de la expedición de testimonio íntegro o parcial, no dice que el mencionado testimonio deba ser forzosamente manuscrito, habiéndose admitido luego por la ley de timbres y papel sellado y su reglamentación, la impresión mecánica o a máquina.

Cuando el art. 198 del mismo Código de procedimiento civil, vuelve a hablar de los testimonios, dice que los escribanos los confrontarán con los registros originales en presencia de las partes, si quisieren concurrir a este acto. Nada hay, tampoco aquí, que prohíba la expedición de un testimonio fotográfico.

Hasta aquí las disposiciones de nuestros Códigos civil y procesal, que no contienen, como se ve, ninguna norma prohibitiva.

## 6. *Las copias en la ley del Registro Civil.*

Corresponde ahora analizar si la legislación que regula la organización del Registro Civil no constituye un impedimento para la solución que se viene examinando.

Las leyes que regulan la organización y funcionamiento del Registro del Estado Civil, es decir la originaria de 11 de Febrero de 1879 y las posteriores, han dado normas especiales para la expedición de testimonios que deben ser minuciosamente analizadas.

Los arts. 8 y 9 del decreto-ley de 1879 prevén la pérdida, robo o incendio de los Registros originales o sus copias, sin determinar la forma en que deben ser expedidos éstos.

Alguna otra disposición de esta ley prevé la forma cómo ha de expedirse el testimonio y copia; pero el art. 2º de la ley de 9 de julio de 1880, establece que para que toda partida o testimonio extraídos de los libros parroquiales produzca efectos civiles, en juicio o fuera de él, es necesario que sean autorizados por un certificado del Director General del Registro del Estado Civil.

Esta norma es aplicable por analogía, pues si ella se aplica a los testimonios de libros parroquiales, y para ellos basta la simple certificación del Director del Registro del Estado Civil, con mucha mayor razón debe regir el mismo criterio cuando se trata de documentos expedidos de los propios libros del Registro.

Es por virtud de estas circunstancias que consideramos que ninguna ley de nuestro país prohíbe que los testimonios del Registro Civil sean expedidos mediante copias fotográficas.

Son muchos ya los países del mundo que han utilizado

este procedimiento y en ninguno se ha necesitado texto legal para ello.

Señala Busso en su *Código Civil Anotado* (12), que en el Archivo del Registro Civil se ha difundido la práctica de expedir copias fotográficas de las partidas certificándose su identidad con el original, sin necesidad de ley alguna.

Las leyes francesas llamaban limitativamente "extractos" a las copias marginales de los Registros, regulándolas luego la ley de 9 de agosto de 1919; pero en los últimos tiempos, se denominan: "Boletines en papel libre" los que surten efecto probatorio a veces con carácter fotográfico sin necesidad de ley especial que lo establezca (13).

En los Estados Unidos el documento fotográfico tiene un valor de prueba normalmente admitido (14).

Se trata, como se ve, de un hábito universal que tiende a ampliar su campo de acción cada vez con mayor intensidad. La fotografía ha venido a suplir en muchísimos casos otros medios probatorios; y en los casos en que los ha mantenido ha venido a complementarlos de una manera muy significativa. Si ninguna ley prohíbe esa forma de hacer circular los documentos en el comercio jurídico ¿a qué título y en nombre de qué argumentos un país progresista puede cerrarse a él?

Sin considerar las razones de carácter económico que hacen preferible este documento, siempre será del caso hacer valer las razones de carácter jurídico que median en su favor. El ideal jurídico es que la copia siga al original con la máxima fidelidad posible. Y en el orden de la fidelidad

(12) Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1944, t. 1, p. 497.

(13) PLANIOL-RIPERT, *Tratado elemental*, trad. esp., México, 1946. t. 1, p. 238.

(14) *Supra*, 3. Asimismo WIGMORE, *op. cit.*

al texto original es evidente que nada puede superar a la fotografía. Los errores que frecuentemente se advierten en las copias de los instrumentos públicos, no obstante la precaución que se pueda tener al respecto, quedan virtualmente eliminados con la prueba fotográfica en la cual toda posibilidad de deformación del documento principal queda prácticamente abolida.

### 7. *La prueba fotográfica en el Proyecto de 1945.*

El Proyecto de Código de Procedimiento Civil a que reiteradamente venimos aludiendo, ha consagrado a la prueba fotográfica varias previsiones.

La más importante de ellas establece:

Art. 46: "Los documentos que se adjunten a los escritos o aquellos cuya agregación se solicite a título de prueba, podrán presentarse en su original, en copia fotográfica o en testimonio expedido por escribano. Las copias fotográficas claramente legibles y los testimonios expedidos por escribano se tendrán por fidedignos hasta prueba en contrario".

La prueba fotográfica se halla, asimismo, especialmente prevista en los arts. 143 y 192.

Nos permitimos considerar que, mediante un conjunto de normas de esa índole, nuestra legislación se incorporará al plano científico que en verdad le corresponde. La fotografía, ya sea de cosas y de personas como de documentos, tiene en su favor una ya amplia experiencia. Se han cumplido ya cien años de su incorporación a la cultura humana <sup>(15)</sup>; no parece que sea menester aguardar más tiempo para que el derecho se entere de ella y la ciencia del derecho procesal fije su campo exacto de validez.

<sup>(15)</sup> Como es sabido, la primera fotografía sobre papel fué realizada por Talbot en 1847.

## 5. LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

SUMARIO: *Capítulo I. PLANTEO DE LA CUESTIÓN.* 1. El texto legal. — 2. El concepto doctrinario. — 3. Desarrollo del tema. — *Capítulo II. EL CONCEPTO DE REGLAS DE LA SANA CRÍTICA.* — 4. Breve historia del texto. — 5. Importancia del texto. — 6. La sana crítica y la sentencia. — 7. Diagnóstico de hecho en el proceso dispositivo. — 8. Los testigos en el sistema de la prueba. — 9. Implantación de la sana crítica. — 10. Construcción del concepto. — *Capítulo III. APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA.* — 11. Evolución del criterio de apreciación de la prueba testimonial. — 12. Apreciación aritmética de la prueba. — 13. Apreciación crítica de la prueba. — 14. Criterio general. — 15. Moralidad. — 16. Madurez intelectual. — 17. Sexo. — 18. Disposiciones afectivas. — 19. Formas de percepción. — 20. Tiempo. — 21. El interrogatorio civil. — 22. Resumen. — *Capítulo IV. LA SANA CRÍTICA EN EL SISTEMA DE LA PRUEBA.* — 23. Campo de aplicación de la sana crítica. — 24. Prueba legal, sana crítica y libre convicción. — 25. Sana crítica y carga de la prueba. — 26. Las reglas de la sana crítica como *standard* jurídico.

# LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

## CAPÍTULO I

### PLANTEO DE LA CUESTIÓN

#### 1. *El texto legal.*

Al referirse al modo de apreciación de la prueba de testigos, nuestros Códigos dicen:

“Los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos” <sup>(1)</sup>.

Las primeras preguntas que surgen frente a este concepto las de saber qué son tales reglas de sana crítica; dónde se hallan consignadas; cuál es su contenido y eficacia.

#### 2. *El concepto doctrinario.*

La doctrina no es muy explícita para dar la respuesta.

Se dice, por ejemplo, que las reglas de la sana crítica

<sup>(1)</sup> Uruguayo, 403; Buenos Aires, 219; Capital Federal, 204; Córdoba, 330; San Luis, 319; Mendoza, 343; Santa Fe, 333; Ley 50, 124.



son las reglas de la sana lógica <sup>(2)</sup>, con lo cual el problema poco avanza hacia su aclaración. Wigmore, en la página inicial de su libro <sup>(3)</sup>, toma de los labios de un personaje estas palabras: "It is the most subtle and difficult of all the sciences. — It is indeed rather the science of the sciences".

Pero si de la doctrina pasamos a la jurisprudencia, que es la vida misma del derecho, recibimos una impresión algo distinta. De los fallos, tomados en conjunto, parecería desprenderse más bien la idea de que las reglas de la sana crítica no son sino el sentido común, la experiencia de la vida, la perspicacia normal de un hombre juicioso y reposado.

Surge entonces, al comienzo mismo de la inquietud científica, un primer interrogante. ¿Las reglas de la sana crítica pertenecen al orden de la ciencia o al de la experiencia? ¿Bastará al juez, para orientarse en el dédalo de la prueba, su simple experiencia de la vida, o le será menester una cultura especial de lógica y de ciencia?

### 3. *Desarrollo del tema.*

Sobre este tema, que no es sólo de teoría general del derecho, sino que también compromete algunas conclusiones prácticas muy importantes, habrá de versar este desarrollo.

<sup>(2)</sup> GALLINAL, *Estudios*, 1171; CALLE, *Código de Procedimientos Civiles*, Lima, 1912; JOFRÉ, *Manual*, t. 3, p. 157; MORENO, *La sana crítica en las testificaciones civiles*, tesis, La Plata, 1905. Este autor opone inexplicablemente al concepto de "sana crítica", el de "crítica morbosa". Asimismo, últimamente, STAFFORINI, *Derecho procesal del trabajo*, B. Aires, 1946, p. 440.

<sup>(3)</sup> WIGMORE, *The science of judicial proof*, 3ª edición, Boston, 1937, p. VI.

La exposición será dividida en tres partes. La primera procura fijar el concepto de "reglas de la sana crítica". La segunda intenta concretar el estado actual de la doctrina y de la jurisprudencia en materia de apreciación de la prueba testimonial, estableciendo en concreto, algunas reglas de sana crítica susceptibles de ser aplicadas en la experiencia forense. En la tercera parte, se trata de fijar, en un intento de coordinación sistemática, el lugar que corresponde a la sana crítica, en la teoría general de la prueba.

## CAPÍTULO II

### EL CONCEPTO DE REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

#### 4. *Breve historia del texto.*

Existe un curioso contraste entre el prestigio del concepto "reglas de la sana crítica" y su humilde origen histórico.

Mientras por un lado la doctrina señala que esas palabras representan la expresión más feliz del derecho comparado (4), nosotros, que nos regimos por ellas, ignoramos hasta el nombre de su autor.

La fórmula vigente ha sido tomada, sin duda, del Proyecto argentino de Domínguez (art. 164), el que a su vez, utilizó literalmente el texto del art. 137 de la Ley española de Enjuiciamiento de 1855.

(4) GORPHE, *La critique du témoignage*, 2ª edic., Paris 1927, p. 34. Erróneamente GORPHE adjudica la fórmula a la ley española de 1881 y afirma que no ha sido reproducida en otras legislaciones.

Pero la Ley de Enjuiciamiento no creó el concepto, sino que se limitó a utilizar palabras usadas algún tiempo antes en una simple disposición administrativa. El Reglamento de lo Contencioso ante el Consejo de Estado Español utilizaba, por primera vez en la historia del derecho procesal, la idea de que la prueba de testigos sería apreciada "según las reglas de la sana crítica" (arts. 147 y 148) (5).

### 5. *Importancia del texto.*

No puede desconocerse la trascendencia revolucionaria de esas palabras con relación a su tiempo.

Ellas significaron romper con muchos siglos de prueba aritmética. El derecho vigente en ese tiempo imponía al juez tal rigor en la apreciación de la prueba, que el criterio del magistrado aparecía subyugado bajo el peso de la interpretación puramente numérica de la prueba testimonial.

Todavía hoy, a un siglo de su sanción, legislaciones avanzadas y progresistas (6) mantienen en América disposiciones rigurosas para fiscalizar las inferencias mentales del juez frente a los testigos.

Quiere decir, en resumen, que poca cosa significa frente a este problema el aporte histórico.

Acaso se pueda afirmar que haya alguna relación entre el surgimiento del texto español y los progresos de la lógica

(5) PELÁEZ DEL POZO, *Tratado de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso administrativas*, Madrid, 1849, ps. 230, 340 y 344.

(6) Una prolija exposición de concordancias en GALLINAL, *Estudios. De las pruebas*, p. 332, y en ESPINOSA, *Concordancias y fuentes bibliográficas del Código de Procedimientos en lo Civil y Mercantil de Córdoba*, t. 1, p. 374.

a mediados del siglo pasado (7). Pero ninguna otra conjetura es posible extraer de esta tan sencilla "historia fidedigna de la sanción".

#### 6. *La sana crítica y la sentencia.*

Parece indispensable, para abordar el estudio del tema, ahondar en una meditación relativa a la formación de la sentencia civil.

La formulación de la sentencia no es una mera operación lógica. Multitud de operaciones de experiencia jurídica están comprendidas en ella. Constituiría un injustificado exceso de lógica formal, intentar la tarea, ya varias veces abordada en la doctrina (8), de separar una a una las pequeñas instancias de esa compleja operación intelectual. En resumen diremos que en la génesis de la sentencia aparece un doble diagnóstico jurídico. En presencia de los materiales que el expediente brinda al juez, éste realiza un primer examen tendiente a configurar, en su sentido de verdad, el hecho o el conjunto de hechos que dan ocasión al proceso. "De estas pruebas (razona el juez), surge la circunstancia de que el demandado ocasionó un daño injusto al actor. Se hace indispensable, en consecuencia, admitir la existencia de ese daño".

(7) Parece oportuno recordar, que por ese tiempo (1843), STUART MILL publicaba su *System of Logic, ratiocinative and deductive*, rápidamente difundido, que fué la obra maestra del empirismo y señaló una etapa en la historia de la lógica.

(8) Especialmente después del estudio de CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, en *Studi*, t. 1, p. 1 y sigtes. Asimismo CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937. En la doctrina americana, COSSIO, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, B. Aires, 1944.

Luego se tratará de saber qué norma jurídica es aplicable al hecho configurado de tal manera. Al concluir este nuevo diagnóstico, que se refiere puramente al derecho, ha culminado la labor mental del juez. Formulada la conclusión, la sentencia está virtualmente dictada en el mundo intelectual del magistrado. Sólo quedan operaciones materiales de redacción y de forma. Pero el proceso intelectual ha tocado a su fin.

Por supuesto que esta operación no se agota en un silogismo, como se afirma tradicionalmente, ni constituye una mera operación inductivo-deductiva. La labor intelectual del juez está más próxima a la del historiador y a la del crítico que a la del lógico formal. Sobre este punto, damos por reproducidos aquí los desarrollos expuestos en otra oportunidad <sup>(8)</sup>.

### 7. *Diagnóstico de hecho en el proceso dispositivo.*

Para configurar lo que hemos llamado "diagnóstico del hecho", el juez se sirve de la prueba que le han suministrado las partes.

La prueba del proceso civil dispositivo que nos rige, no es un método de averiguación, sino un sistema de contralor de las proposiciones de hecho formuladas por las partes. Éstas comunican al juez los extremos de hecho que, en su concepto, justifican el proceso. Mediante un sistema de carga procesal, el legislador insta a las partes a demostrar la verdad de sus afirmaciones. El magistrado recibe ese material como una posibilidad jurídica de fiscalizar la exactitud o inexactitud de los hechos comunicados.

<sup>(8)</sup> *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 154 y sigtes.

No hay propiamente averiguación, porque la carga de la prueba es, por definición, "un imperativo del propio interés". El legislador compele al litigante a probar sus proposiciones, bajo la amenaza de no ser creído. Y siendo así, siendo la carga un impulso del interés, la actividad probatoria puede cesar cuando el interés decae.

El litigante que no tiene interés en defenderse, que deliberada o inconscientemente priva al juez de la prueba de sus proposiciones, conspira contra la búsqueda de la verdad, ya que, por virtud de un sistema técnico todavía vigente luego de largos siglos de tradición, el juez civil está normalmente impedido de correr por sus propios medios en busca de la verdad <sup>(10)</sup>.

Es dentro de este sistema artificial que funciona la prueba de testigos motivo de este estudio. El proceso lógico de la sentencia no puede hacer olvidar toda esta peculiar modalidad de la prueba civil.

Sobre él, tal como es en el derecho vigente, operamos en adelante.

### 8. *Los testigos en el sistema de la prueba.*

Una visión general de la prueba permite advertir que el método mejor y más directo de fiscalizar las proposiciones de las partes consiste, en tanto sea posible, en la observación directa a cargo del propio juez.

Si el litigio versa, por ejemplo, sobre el retiro de los árboles próximos a la pared medianera, ninguna prueba más vivaz y más útil que aquella que consiste en la obser-

<sup>(10)</sup> Ampliamente, sobre este punto, *Teoría de las diligencias para mejor proveer*, Montevideo, 1932 y *El principio de libertad en el sistema del proceso civil*, *Antología jurídica*, Buenos Aires, 1934.

vación directa por el magistrado de los árboles que han provocado el litigio. La mejor de las pruebas es, en este sentido, aquella que llega al juez mediante *percepción* directa de los hechos.

Pero no siempre la percepción es posible. Los hechos normalmente desaparecen y sólo queda de ellos el recuerdo. Se hace necesario, en la mayoría de los casos, en ausencia de percepción, acudir a su *representación*. Representación o reconstrucción presente de un hecho ausente.

La representación se puede obtener mediante cosas (documentos, en sentido lato). Un documento ¿qué es sino una representación de un estado de voluntad común de los otorgantes? Una fotografía de los vehículos volcados con ocasión de un accidente de tránsito, ¿qué es sino la representación plástica de un estado de hecho llamado a desaparecer? Una radiografía, ¿no es, sin duda, la representación de un fenómeno ausente del mundo sensible del juez?

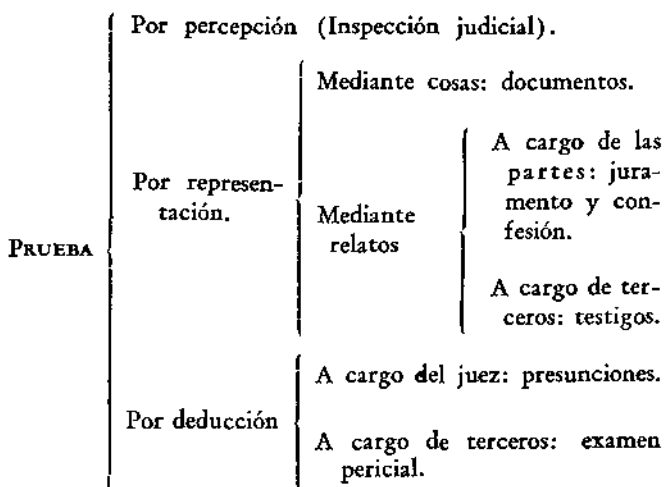
Pero los hechos no siempre pueden registrarse en documentos. Acude entonces el derecho a una nueva posibilidad sustitutiva: la representación mediante relatos. Si esos relatos se obtienen por la narración de las partes interesadas, se está en presencia de las pruebas de juramento o de confesión. Si ese relato se obtiene a expensas de terceros imparciales que han presenciado los hechos, se está en presencia de una prueba de testigos.

Pero puede ocurrir, todavía, que, en el naufragio de toda prueba de percepción y de representación, se acuda entonces a un nuevo sustituto: la prueba por *deducción*. De los hechos conocidos se infieren y deducen los desconocidos. La prueba histórica se transforma en punto de partida de la prueba crítica.

Cuando esa deducción ocurre por actividad propia del

juez, se dice que se está en presencia de una prueba de presunciones judiciales. Cuando las operaciones mentales de deducción están a cargo de terceros llamados a ampliar la información normal del juez, se está en presencia de la prueba pericial <sup>(11)</sup>.

Reduciendo a un esquema muy sencillo las ideas que acaban de desenvolverse, se puede obtener el siguiente resultado:



### 9. *Implantación de la sana crítica.*

Tratando de extraer de la observación precedente el primero de todos los criterios relativos al concepto de "reglas de la sana crítica", debe afirmarse que la preocupación

<sup>(11)</sup> Parece innecesario aclarar que esta esquematización tiene un simple sentido pedagógico. Llevarla adelante exigiría algunas aclaraciones fundamentales; entre ellas, la de que las presunciones no son prueba, a pesar de lo que diga la ley; y de que el dictamen pericial lo es sólo en un sentido restringido, mezclándose en él los elementos de la deducción y de la representación. Cfr. a su respecto *Fundamentos*, p. 138 y los desarrollos que aparecen en la p. 69 del t. I y t. II, p. 56 de estos *Estudios*.



esencial del juez ha de ser la de mantener la prueba de testigos dentro del campo que le es propio.

Una línea ideal debe unir en el esquema anterior las palabras "representación", "mediante relatos", "a cargo de terceros".

La primera regla jurídica, anterior a toda otra de sana crítica, ha de ser la que examine la prueba de testigos en el contenido específico que acaba de asignársele.

Si el testigo no representa los hechos por un relato derivado de su memoria, sino que responde a un interrogatorio sugestivo, o lee su declaración en notas o apuntes, la prueba se inutiliza. Si el testigo pierde su natural condición de tercero imparcial por tener interés propio en el conflicto, abandona la condición de testigo para adquirir la condición de parte. Si el testigo en lugar de referirse objetivamente a los hechos, comienza a extraer de ellos conclusiones o conjeturas, pierde su condición de testigo para asumir la función de perito o de juez.

Las reglas de la sana crítica tienen, en resumen, un campo fijo de aplicación. Aunque nada impide que tales reglas se utilicen para juzgar otros medios de prueba, lo cierto es que frente a las declaraciones testimoniales sólo podrán comenzar a funcionar en el momento en que el juez advierta que está en presencia de una prueba testimonial entendida en el sentido que es propio y peculiar de este medio de evidencia.

#### 10. *Construcción del concepto.*

Las ideas admitidas permiten dirigir esta investigación hacia el centro mismo del asunto, fundando algunas premisas esenciales.

No parece dudoso que las reglas de la sana crítica constituyan en su sentido formal, una operación lógica.

Existen algunos principios fundamentales de la lógica formal que no podrán ser nunca desoídos por el juez. Nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro son iguales a las monedas de plata, condeno a devolver monedas de plata. Evidentemente, está infringido el principio lógico de identidad, según el cual una cosa sólo es igual a sí misma. Las monedas de oro sólo son iguales a las monedas de oro, y no a las monedas de plata.

De la misma manera, habría error lógico en la sentencia que quebrantara el principio del tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción <sup>(12)</sup>.

Puede afirmarse, pues, que es también modalidad necesaria de la sentencia, en cuanto a la apreciación de los dichos del testigo, la de que se halle conforme con los principios lógicos admitidos por el pensamiento humano.

Pero es evidente que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia.

La elaboración del juez puede ser perfecta en su sentido lógico-formal y la sentencia ser errónea.

Por ejemplo, un fallo razona de la siguiente manera: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, ha dicho la verdad <sup>(13)</sup>.

<sup>(12)</sup> El contenido de tales principios pertenece a la lógica, ciencia de los pensamientos. Un desarrollo elemental, pero muy preciso, y ampliado con excelente bibliografía, aparece en la *Lógica*, de ROMERO y PUCCIARELLI, Buenos Aires, 1939, p. 26 y sigtes.

<sup>(13)</sup> Debemos este ejemplo a JAMES GOLDSCHMIDT. El ejemplo surgió en condiciones que evocan su excepcional pasión de hombre de ciencia y de pensamiento. Hemos tratado de referirlas en la nota publicada en *Rev. D. J. A.*, Montevideo, Julio de 1940, p. 24.

El error lógico es manifiesto, pero desde el punto de vista jurídico la solución puede ser justa si es que el testigo realmente ha dicho la verdad.

Pero puede ocurrir otra suposición inversa. Dice el juez: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, es mentiroso. En este último supuesto los principios lógicos han sido respetados, desde que el desenvolvimiento del silogismo ha sido correcto. Pero la sentencia sería injusta si hubiera fallado una de las premisas: si todos los hombres del pueblo no fueran mentirosos, o si el testigo no fuera hombre de ese pueblo.

De lo que acaba de decirse surge la necesidad de admitir que la sentencia no se agota en una pura operación lógica, sino que responde, además, a una serie de advertencias que forman parte del conocimiento mismo de la vida.

Stein ha dado a la doctrina, en un libro memorable <sup>(14)</sup>, la idea de "máxima de experiencia" (*Erfahrungssätze*). Por tal se entiende el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio.

Las máximas de experiencia son normas de valor general, independientes del caso específico; pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie. No constituyen motivo de una declaración especial en la sentencia, sino que sirven de

(14) *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893. Precisos resúmenes en CALAMANDREI, *Genesis logica*, y en PISTOLESE, *La prova civile per presunzioni e le c. d. massime di esperienza*, Padova, 1935. De este último libro no podemos aceptar, sin embargo, las aplicaciones que nos parecen equivocadas.

criterio y de guía para la resolución en el caso especial. Tampoco consisten en normas abstractas que se aplican al caso concreto por el solo hecho de su existencia, sino que contribuyen de un modo eficaz a la percepción del juez. Su aplicabilidad depende, fundamentalmente, de su importancia y de su eficacia para formar en concreto la percepción judicial.

Entendida de tal manera, la "máxima de experiencia" no forma parte del material probatorio suministrado al juez por los litigantes. Aun en los casos en los cuales las partes no han suministrado prueba de un hecho, el juez puede dar por admitido este hecho si éste forma parte de su experiencia normal de las cosas de la vida.

Frente a la apreciación de la prueba testimonial, el juez debe hacer uso de su normal conocimiento de las cosas. Aunque el legislador no le diga al magistrado que el demente no puede ser testigo, éste puede llegar a la misma conclusión, ya que una máxima de experiencia enseña que los dementes dicen frecuentemente despropósitos, y que no existe ninguna garantía de que un testigo que ha perdido su sano juicio sea apto para decir la verdad.

Estas ideas nos colocan en el centro mismo del problema.

Frente a la duda que consiste en saber si las reglas de la sana crítica son ciencia o experiencia, debemos concluir que son ambas cosas a la vez.

La sentencia no es sólo una pura operación lógica, una cadena de silogismos, como se ha sostenido <sup>(15)</sup>; la senten-

(15) CALAMANDREI, *Genesis logica*, cit., p. 48. Véase, sin embargo, del mismo, la vivaz opinión expuesta en *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, trad. esp., p. 103. Ampliamente, sobre este tema, el desarrollo que aparece en la pág. 76 del t. I, de estos *Estudios*.

cia es una cosa humana hecha de todas las sustancias de la inteligencia.

La sana crítica no puede desentenderse de los principios lógicos, ni de las reglas de experiencia. Los primeros son verdades inmutables, anteriores a toda experiencia; las segundas son contingentes, variables con relación al tiempo y al espacio. La sana crítica será, pues, permanente e inmutable en un aspecto y variable y contingente en otro <sup>(16)</sup>.

En el orden lógico la sentencia del juez romano no difiere en nada de la sentencia del juez moderno. En lo empírico, pueden existir profundas diferencias entre ellas. Cualquier magistrado romano habría rechazado al testigo que declarara que había estado en Atenas y en Roma en el mismo día; semejante declaración podría ser admitida sin inconvenientes por un juez moderno.

Cambios fundamentales ocurren en el reino de la experiencia, con escasas variantes de tiempo en un mismo lugar. Hace veinte años, un juez debió haber rechazado, por máxima de experiencia, la afirmación de un testigo que declarara que su automóvil, corriendo a 80 kilómetros por hora, se había detenido, por efecto de su propia organización mecánica, en un espacio de 3 metros; el mismo juez, en el día de hoy, podría admitir la misma aseveración.

De la misma manera que el legislador impone al juez determinadas formas para la sentencia encarada como documento, le impone esta nueva forma para la sentencia encarada como proceso lógico.

La razón de una y otra exigencia es la misma. Las formas del documento son garantía de claridad y de comprensión. Las reglas de la sana crítica son garantía de idónea

(16) Véase *infra*, 11.

reflexión. Podríamos decir a su respecto, utilizando el lenguaje de los filósofos, que el legislador impone al juez un precepto de higiene mental, dirigido a obtener su más limpio y recto razonamiento.

Y tratando de fijar esta idea en una definición, diríamos: *las reglas de la sana crítica, son reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.*

### CAPÍTULO III

#### APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

##### 11. *Evolución del criterio de apreciación de la prueba testimonial.*

Una rápida visión histórica del problema de la crítica de la prueba testimonial permite distinguir tres períodos distintos.

Un primer período que se ha llamado <sup>(17)</sup> *empírico*, abarca hasta el siglo XVIII. En él, sólo reglas derivadas de la observación práctica orientan al juez acerca de su modo de reaccionar frente a los testigos.

Un segundo período, se caracteriza por la influencia de los principios racionales. Comienza en el siglo XVIII con Montesquieu, Diderot, y algunos otros precursores, y llega al siglo XIX con el Código de Napoleón y los dos libros

(17) MOREIRA, *Psicología do testemunho*, en el libro de J. P. PORTO-CARRERO, *Psicología judiciária*, Rio de Janeiro, sin fecha, pero refiriéndose a un curso universitario de 1932, p. 101.

famosos de Bentham y Mittermaier. Se le llama período *lógico* y se caracteriza por la presencia de razonamientos inductivo-deductivos, en la avaluación de la prueba.

Un tercer período denominado *psicológico* o *científico* comienza en los primeros días del presente siglo. Coincide con la presencia del célebre libro de Binet (18), en 1900, con un trabajo sobre la psicología del testigo, de Stern (19), en 1902, y con la fundación de dos importantes revistas científicas dedicadas a esta especialización: la del mismo Stern, *Beitrage zur Psychologie der Aussage*, en Breslau (20) y la de Claparède, en Ginebra, *Archives de psychologie*.

A partir de este momento comienza un movimiento de excepcional significación científica. Su bibliografía reclama largas páginas (21) y no es posible en estos momentos dar ni siquiera una impresión general de sus resultados.

Es, pues, a falta de mejor posibilidad, que orientaremos este estudio en forma de poner frente a frente las tendencias de los textos anteriores al actual precepto codificado, con algunas de las más importantes conclusiones del período científico, en cuanto éstas sean aplicables a la prueba de testigos en juicio civil.

(18) *La suggestibilité*, París, Schleidcher. 1900.

(19) En la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

(20) Más tarde, estas *Contribuciones a la psicología del testimonio* se unieron a la *Zeitschrift für angewandte Psychologie*.

(21) La de WIGMORE, *op. cit.*, p. 1029, del año 1937, que abarca 20 páginas. Últimamente GORPHE, *L'appréciation des preuves en justice, Essai d'une méthode technique*, París, 1947, ha vuelto sobre el tema anteriormente tratado por él con renovada y valiosa documentación.

12. *Apreciación aritmética de la prueba.*

Un examen de los textos españoles anteriores a la codificación permite subrayar la profunda diferencia que media entre el sistema de las pruebas legales, característico del primero de los períodos arriba aludidos, y el de las pruebas racionales, consagrado en los códigos modernos y pertenecientes al segundo, y en cierto grado, al tercero de ellos.

Así, por ejemplo, resulta sugestivo observar que en el Fuero Viejo de Castilla variaba el número de testigos según que el litigio versara sobre mueble o inmueble y según discutieran hombres de la misma o distinta ciudad.

Si la demanda entre hombres del mismo pueblo era sobre bien mueble, debía ser probada por dos testigos del pueblo; si era sobre inmueble, se requerían cinco testigos,<sup>(22)</sup> De ellos, tres debían ser fijosdalgos y dos labradores. Los fijosdalgos debían ser “desde el abuelo hasta el nieto, que se hayan de leal matrimonio, según manda la Iglesia”<sup>(23)</sup>.

En el Fuero Real de España estaba excluído, por regla, el testimonio de la mujer. Sin embargo, eran admitidos sus dichos para atestiguar cosas que fueron oídas o hechas, “en baño, horno, molino, río, fuente, hilados, tejidos, partos, hechos mujeriles y no en otra cosa”<sup>(24)</sup>.

El Espéculo graduaba el valor de los testigos imponien-

(22) *Fuero Viejo de Castilla*, L. III, tít. II, párr. V.

(23) loc. cit. párr. VII. — En la edición de Rivadeneyra, Madrid 1847, se alude a un manuscrito de VELASCO que añade, “o con dos fijosdalgos e tres labradores”, t. 1, p. 280.

(24) *El Fuero Real de España*, Lib. II, tít. VII, ley VIII. Sin embargo, la jurisprudencia ampliaba estas circunstancias, según parece surgir de *Las Leyes del Estilo*, ley 96. (Es sabido que estas últimas, de leyes sólo tenían el nombre, pues eran una reunión de preceptos aplicados por los jueces y armonizados luego en forma de texto único).



do al juez sobrios criterios de estimación. Los ancianos deben ser más creídos que los mancebos, "porque vieron más y pasaron más las cosas". El hidalgo debe ser creído más que el villano, "pues parece que guardara más de caer en vergüenza por sí, y por su linaje". El rico debe ser más creído que el pobre, "pues el pobre puede mentir por codicia o por promesa". Y más creído debe ser el varón que la mujer, "porque tiene el seso más cierto y más firme" (25).

La Partida Tercera está dominada por el criterio de la prueba aritmética.

Dos testigos idóneos hacen plena prueba que obliga al juez (26). Si las dos partes presentan testigos en igual número, prevalecen los que son de mejor fama. Si los testigos de ambas partes son de igual fama, predomina el mayor número (27). Si se trata de probar la falsedad de un instrumento privado, se requieren dos testigos. Si la falsedad se encuentra en instrumento público no alcanzan dos, sino que se requieren cuatro (28). Para probar el pago cuando la deuda consta en instrumento público, son indispensables cinco testigos (29). En los pleitos sobre testamentos se requieren siete testigos y si el testador fuese ciego, ocho (30). Cuando ambas partes presenten testigos en igual número y

(25) *Especulum*, Lib. VI, t. VII, ley XXXII. Sin embargo, en las disposiciones del derecho civil, se contradicen estas reglas con el texto de la ley XIX.

(26) *Partida III*, tít. XVI, ley XI, "deue el juzgador seguir su testimonio e dar el juyzio por la parte que los traxo".

(27) *Loc. cit.* Véase la interesante glosa de GREGORIO LÓPEZ sobre este punto.

(28) *Partida IV*, tít. XVIII, ley CXVII.

(29) *Partida III*, tít. XVI, ley XXXII.

(30) *Partida III*, tít. XVI, ley XXXIII.

calidad, se aplica el precepto de derecho natural que obliga a absolver al demandado <sup>(31)</sup>.

Las enseñanzas de una búsqueda de esta índole podrían llevarse adelante con un número casi infinito de observaciones.

Pero la visión sería incompleta si no se aclarara que se halla fuera del criterio de la prueba rigurosamente legal, el Fuero Juzgo. Su sabiduría proverbial es, también en este punto, un ejemplo para el jurista moderno. Puede afirmarse, según pensamos, que el derecho procesal del Fuero Juzgo no ha sido superado en sus bases profundas de justicia y de respeto a la libertad, por el derecho de los muchos siglos posteriores. Sus disposiciones siguen siendo aún una inagotable vertiente de derecho y de justicia para el jurista moderno.

El Fuero Juzgo, anterior en varios siglos a la legislación que acaba de referirse, era superior a ella también en este punto. "Si una de las partes diera tantos testigos como la otra, el juez debe mirar primero cuáles deben ser más creídos. No debe mirar solamente si son testigos de buen linaje, sino debe mirar si son "hombres de buena vida y de buena fama y de buenas costumbres" <sup>(32)</sup>.

### 13. *Apreciación crítica de la prueba.*

Las ideas que van a desenvolverse son tan sólo un fugaz resumen de la vastísima literatura correspondiente en buena

<sup>(31)</sup> *Partida III*, tít. XVI, ley XL.

<sup>(32)</sup> *Fuero Juzgo*, Lib. II, tít. IV, ley II: "El Rey don Citasuindo. Si ambas las partes dieren testimonio, quales deben ser más creydas". Acerca de estos textos, cfr. la exposición que aparece en las ps. 295 y 318 del t. I de estos *Estudios*.

parte al aporte científico del tercer período arriba enunciado y a sus aplicaciones aún rudimentarias, en los tribunales civiles.

Sólo, pues, rapidísimos trazos serán aquí recogidos, para dar la *impresión*, ya que no la *información* del tema.

#### 14. *Criterio general.*

La doctrina acostumbra a distinguir en la declaración testimonial tres elementos esenciales: sujeto, objeto y forma.

Todo proceso crítico debe comenzar por el examen del *sujeto* que depone. El testimonio es cosa humana y sujeta a todas las falibilidades inherentes a la especie. Carácter, edad, interés, amor, odio, son factores fundamentales que deben ser examinados antes de toda otra consideración.

Dentro de un sistema de tachas de testigos como el que rige en nuestros países, el primer capítulo de contralor sobre el testigo se halla a cargo del litigante adversario.

Pero ningún precepto legal excluye que el juez haga por sí mismo la fiscalización de la verdad de los testigos, sean o no tachados. No sólo nada obliga al juez a aceptar ciegamente la declaración del testigo no tachado, sino que es precepto elemental de la sana crítica, el de que el magistrado pueda contraerse al examen del testigo y rechazar sus declaraciones, aun en el caso en que no haya sido tachado por el adversario, o admitirlo aun después de la tacha (<sup>33</sup>).

Un segundo elemento de contralor surge respecto del *objeto* del testimonio. Las cosas sobre que recae la declara-

(<sup>33</sup>) Casos de aplicación en *Rev. D. P. y P.*, t. 5, p. 328, t. 3, p. 138; *Jur. A. S.*, caso 3009; la misma, *Suplemento*, 309; *J. A.*, t. 49, p. 484.

ción pueden tener apariencias engañosas. Hechos que suceden en fracciones de minuto, caen bajo una imperfecta percepción de los sentidos; hechos conocidos por todo el mundo llegan al testigo deformados por la versión corriente; circunstancias accesorias adquieren en la mentalidad del declarante posición de primer plano y hechos fundamentales se borran lentamente de ella. El conjunto mismo del hecho relatado va perdiendo contornos propios para transformarse en meras impresiones subjetivas. Aunque se diga frecuentemente, por facilidad de expresión, que el testimonio es descripción meramente objetiva de hechos, lo cierto es que no pueden ser excluidos del mismo numerosos juicios de valor. Se ha dicho con razón, que el relato del testigo es evidentemente *lagunar*, esto es, que la versión absolutamente objetiva de los hechos ofrece huecos y claros llenos de imaginaciones, juicios, esfuerzos y voliciones <sup>(34)</sup>.

Es indudable que sobre este punto se está en presencia de un problema de grados. Cierta cifra de subjetividad no anula el relato. Ningún juez rechazaría a un testigo que dijera: "el automóvil venía muy ligero", aunque ya la apreciación lleva implícito un juicio personal. Pero el juez dudaría frente al testigo que declarara: "el automóvil venía como un bólido", porque el juicio subjetivo deforma y exagera la simple percepción objetiva del hecho <sup>(35)</sup>. Frente al mismo suceso nada impediría, sin embargo, creer a un testigo habituado a manejar automóviles que afirmara que el automóvil venía a una marcha aproximada de 40 kilómetros por hora, aunque rigurosamente una declaración de

<sup>(34)</sup> WIGMORE, *op. cit.*, p. 388.

<sup>(35)</sup> Tal parece ser, p. ej., el caso del fallo publ. en *La Ley*, t. 4, p. 733.

esta índole saldría del ámbito propio de la prueba testimonial <sup>(36)</sup>.

En cuanto a la *forma* de la declaración debe recordarse, una vez más, la evidente imperfección e insuficiencia del procedimiento escrito para gobernar esta materia de la prueba de testigos.

Los partidarios del juicio oral siempre tendrán en el terreno de la prueba su mejor reducto. En el derecho vigente numerosos resabios históricos hacen de la declaración del testigo una verdadera irrisión. Así, por ejemplo, el interrogatorio, redactado por la parte interesada (interesada en hacer decir al testigo lo que le conviene y hacerle callar lo que no le conviene); el hecho natural de que el testigo pueda conocer de antemano ese interrogatorio; la reducción de la prueba a un acta escrita; etc. Una sola de esas circunstancias quitaría autoridad a cualquier experiencia científica de búsqueda de la verdad; todas reunidas constituyen un ridículo remedo de lo que puede ser una comprobación científica de la verdad.

Tomando en detalle algunos pocos de los muchos elementos esenciales que merecen destacarse, podemos dar por normalmente admitidas las conclusiones que se pasan a enumerar.

### 15. *Moralidad.*

La condición moral del testigo sigue siendo, como en el texto del Fuero Juzgo, la primera de todas las virtudes.

Más sufre la justicia con la declaración, eventualmente cierta, del testigo deshonesto y venal, que con la declaración

<sup>(36)</sup> Conforme, *J. A.*, t. 14, p. 1222 y t. 27, p. 565. Asimismo véase la nota del t. 2, p. 751.

sincera aunque parcialmente equivocada del testigo de buena fe.

Los fallos no son clementes para con el testigo de mala conducta y prefieren poner en sospecha sus manifestaciones, desde el momento mismo de la declaración <sup>(87)</sup>.

#### 16. *Madurez intelectual.*

Nuestras legislaciones son habitualmente amplias en cuanto a la admisión del testimonio de los menores. La edad de 14 años es tomada normalmente como mínima en materia civil, lo que significa colocar la exigencia en un nivel evidentemente bajo <sup>(88)</sup>.

Sin embargo, la psicología experimental actúa con gran recelo frente al testimonio de los niños y jóvenes. La comprobación más curiosa e interesante es la que revela una gran diferencia entre sus facultades de percepción y de retención. Niños de uno u otro sexo son inmejorables testigos para percibir las cosas, pero testigos defectuosos para evocarlas luego de transcurrido un tiempo.

Stern ha descubierto lo que él llama "la espontaneidad del interés". Según sus observaciones, se advierte en las niñas una mayor capacidad de observación que en los varo-

<sup>(87)</sup> *Jur. A. S.*, caso 3009; *La Ley*, t. 4, p. 61. Para la doctrina, son notables las revelaciones sobre la tendencia a la mentira en las prostitutas, reveladas por FERRI y LOMBROSO en su libro famoso *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*. Asimismo, GORPHE, *op. cit.*, p. 122.

<sup>(88)</sup> Pueden declarar aún sobre hechos anteriores a esa edad (*La Ley*, t. 2, p. 625; *J. A.*, t. 17, p. 127 y t. 38, p. 1121), asimismo, si son testigos presenciales y necesarios (la misma, t. 54, p. 34; *Rev. C. de J.*, 1935, p. 208). Véase en *J. A.* la excelente nota de SPOTA (t. 36, p. 1151).

nes; pero al mismo tiempo ellas sufren una mayor dispersión de las ideas. Resulta casi inexplicable, por ejemplo, que la proverbial facultad de las jóvenes para distinguir los colores, vaya seguida de una curiosa pérdida de recuerdos cuando se trata de precisarlos en el futuro <sup>(39)</sup>.

En el otro extremo de la vida, contrasta, también, de manera evidente, el tradicional prestigio de la vejez, con los errores que son frecuentes en las declaraciones de los ancianos.

Numerosas fallas de los sentidos y de la inteligencia, quitan autoridad a la declaración de personas de edad muy avanzada y obligan a los jueces a ponerse en guardia contra sus errores involuntarios.

Cazin <sup>(40)</sup> ha tomado como sujetos de experiencia a treinta y tres reclusos en un hospicio parisién cuya edad oscilaba entre los 68 y 90 años. Sometidos a las pruebas experimentales corrientes, se comprobó la existencia de 44 errores cuyo origen era el siguiente:

Órganos de los sentidos . . . . .	5
Pérdida de memoria . . . . .	27
Subjetividad . . . . .	9
Persecución y alucinaciones . . . . .	3

De la existencia de errores tan importantes no se infiere que haya de descartarse ni ponerse en reserva sistemáticamente el testimonio de los viejos. Parece indispensable, en

<sup>(39)</sup> GORPHE, *op. cit.*, p. 152. También, ampliamente, sobre el mismo punto, WIGMORE, *op. cit.*, p. 328 y sigtes.; PORTO-CARRERO, *op. cit.*, p. 155; DONÁ, *La testimonianza nel fatto comune e nella vicenda giudiziaria*, Torino, 1923, p. 29.

<sup>(40)</sup> *Etude medico legale sur la valeur du témoignage du vieillard*, Nancy, 1906.

cambio, examinar en todo caso el objeto de su declaración.

Percepciones pacíficamente realizadas durante largos períodos de tiempo, como ser las relativas al trato o a la fama pública, tienen en la voz de los hombres de edad un singular acento de sinceridad. Por el contrario, las percepciones rápidas de sucesos que ocurren velozmente, como ser accidentes, riñas, asaltos, etc., aparecen en la declaración de los hombres de edad poblados de imperfecciones y de equívocas advertencias.

No puede olvidarse tampoco, dice Doná, la natural tendencia de los viejos a "todo comprenderlo y todo perdonarlo" (41).

La doctrina prefiere no prescindir del testimonio de los ancianos, pero asume una actitud vigilante respecto de los errores más frecuentes de los mismos y en especial los referentes a la pérdida de la memoria (42).

#### 17. *Sexo.*

El pasaje del Fuero Viejo de Castilla, que privaba a la mujer del derecho a declarar, salvo causas excepcionales, no encuentra confirmación en el derecho moderno.

Las opiniones se hallan profundamente divididas en cuanto a la importancia de la declaración femenina y a su relación con la de los individuos del otro sexo. En tanto que por unos se afirma la superioridad de la mujer y por otros la superioridad del hombre, no ha faltado quien, como Miss

(41) DONÁ, *op. cit.*, p. 54.

(42) WIGMORE, *op. cit.*, p. 328. Hay evidente exageración, sin embargo, por parte de TESORO, *La psicología della testimonianza*, Torino, 1929, cuando afirma que "para los hechos recientes, la declaración del anciano no tiene mucho más valor probatorio que la declaración del niño".



Cady, sostenga que no existe diferencia alguna entre los individuos de uno y otro sexo.

Lo que parece influir en las variantes de eficacia no es tanto la diferencia de sexo como las diferencias de educación y de modo de vida.

Se ha querido representar poéticamente la distinción existente entre el hombre y la mujer aludiendo a las diferencias de sensibilidad existentes entre ambos sexos. Con palabras de un poema alemán se recuerda: "a ellos los vastos pensamientos: a ellas los sentimientos profundos. A ellas su corazón y el mundo; a ellos el mundo y su corazón" (43).

Las distinciones que parecen advertirse entre los individuos de uno y otro sexo, se refieren más bien a las modalidades de percepción, de memoria, de versatilidad y subjetividad (44).

#### 18. *Disposiciones afectivas.*

Uno de los factores que más pesa sobre las posibilidades de declaración y sobre su mismo contenido, es el de la simpatía o antipatía natural que emana del hecho sobre que se depone.

Sin perjuicio de reconocer un amplio campo a la simpatía o antipatía natural de los protagonistas, debe tenerse siempre presente que los testigos son hombres sometidos a

(43) GORPHE, *op. cit.*, p. 176.

(44) WIGMORE resume así las diferencias: "Desde el punto de vista de la *percepción*, la mujer no difiere apreciablemente del hombre; desde el punto de vista de la *captación* ("recollection"), las mujeres son más propensas a confundir lo que ellas han visto realmente, con lo que han imaginado o esperado que ocurra; en cuanto a la *narración*, ellas superan en vivacidad o positividad, pero son propensas a descender en cuanto a candor y honestidad" (*op. cit.*, p. 334).

prevenciones, espíritu de clase e instintos naturales de justicia.

La facilidad con que los humildes encuentran testigos a su favor, contrasta con la dificultad que padecen en este punto las grandes organizaciones capitalistas.

Los abogados de las grandes compañías de transportes, de las empresas industriales, de las sociedades de seguros, saben bien la dificultad que existe en hallar testigos que declaren a su favor. La abundancia de testigos en favor de las víctimas contrasta siempre con la exigüidad de los testigos del asegurador, de la industria, de la empresa tranviaria y ferroviaria.

Esta circunstancia explica que numerosas pólizas de seguros contengan, al lado de la cláusula que confía al asegurador la dirección del proceso, una cláusula rescisoria dirigida hacia la prohibición de mencionar a la víctima la condición de asegurado.

Como resumen de este aspecto particular, puede decirse que la jurisprudencia no es excesivamente exigente en el sentido de privar al testigo de todo interés <sup>(45)</sup>. Su proverbial sabiduría ha descubierto que la imparcialidad absoluta no existe en los hombres, y que una cifra de simpatía es siempre inseparable de la buena voluntad con que el testigo arrostra las molestias e incomodidades inherentes a su propia declaración.

(45) GROSS, en su obra, ya clásica en esta materia, *Manuel pratique d'instruction judiciaire*, trad. francesa, París, 1899, p. 128; compara al testigo con la actitud de los novelistas que callan los defectos de los protagonistas simpáticos y sólo pintan sus virtudes.

### 19. *Formas de percepción.*

El conducto por el cual llegan hasta el testigo los hechos sobre que depone, influye profundamente sobre el contenido y alcance de su declaración.

Una clara distinción debe hacerse sobre este punto. Mientras que el testimonio visual resulta relativamente preciso, todos los errores son posibles en el testimonio del oído.

Wreschner ha hecho numerosas investigaciones para calificar los errores de visión. Concuerdan sus resultados con muchas otras experiencias que certifican que los elementos que mejor se perciben son los derivados de las relaciones espaciales, es decir ubicación de los objetos, ritmo y dirección de los mismos; y que en el otro extremo de la falibilidad se hallan las relaciones de color que fugazmente huyen de los sentidos y de la memoria <sup>(46)</sup>.

Su cuadro de resultados es el siguiente:

Categorías	Relaciones espaciales	Actitudes	Formas	Colores
Proporción de error	10 %	13 %	30 %	41 %

La mayor precisión de las relaciones espaciales y de las actitudes de los personajes, ha sido confirmada por las experiencias hechas con films cinematográficos por Alberto Pessoa, profesor de la Universidad de Coimbra <sup>(47)</sup>.

Proyectando esos films pudo comprobar gran precisión en el resultado de las actitudes, pero frecuente error en la estatura de los personajes, en el detalle del vestido, etc. Una

<sup>(46)</sup> GORPHE, *op. cit.*, p. 30.

<sup>(47)</sup> *Prova testemunhal*, Coimbra, 1913, ps. 2 y 120.

persona que en una sala llena de gente da un traspie y cae, permitirá obtener una declaración casi unánime en cuanto a la caída; pero graves discordancias ocurrirán cuando se trate de confirmar su vestido, sus facciones, sus detalles de aspecto personal.

El reconocimiento de personas a distancia ha sido repetidamente ensayado, llegándose a las siguientes conclusiones: una persona vista una sola vez, requiere normalmente para ser reconocida una distancia no mayor de 15 metros; personas poco vistas, requieren como máximo una distancia de 20 a 30 metros; una persona conocida se puede reconocer normalmente en un espacio de 40 a 80 metros; una persona conocida con signos característicos puede ser reconocida de 100 a 150 metros <sup>(48)</sup>.

Mucho menor significación se adjudica en la doctrina y en la jurisprudencia al relato de cosas que se oyeron.

No sólo la percepción es notoriamente inferior, sino que también lo es el proceso intelectual de recepción y de conservación de la memoria. Determinados derechos, como el inglés, excluyen el testimonio de cosas oídas, como no sea en aquellos casos en los cuales las palabras son el objeto mismo del litigio (ofensas, injurias, difamación, etc.).

En nuestro derecho no ocurre lo mismo <sup>(49)</sup>.

Una importante experiencia de Bezold <sup>(50)</sup> ha permitido, además, señalar la imperfección del oído en razón de la edad y condiciones personales. En un grupo de 100 personas mayores de 50 años, ninguna pudo escuchar una

<sup>(48)</sup> DONÁ, *op. cit.*, p. 30.

<sup>(49)</sup> Así, *La Ley*, t. 4, p. 303 y *J. A.*, t. 3, p. 161 y t. 24, p. 848 con nota; este último caso respecto a hechos muy antiguos y relatos de antepasados, no desautorizados por otras pruebas.

<sup>(50)</sup> Resumida por WIGMORE, *op. cit.*, p. 402.

conversación normal a una distancia mayor de 16 metros; sólo el 10,5 por ciento la entendió a una distancia de 8 a 16 metros. Entre escolares de 7 a 18 años, la conversación pudo ser escuchada por un 46,5 por ciento a una distancia superior de 20 metros, y 32,7 por ciento a una distancia entre 8 y 16 metros. Las ancianas oyen mejor que los ancianos. A una distancia de 4 a 16 metros la proporción de mujeres a hombres que pudieron oír, fué de 34 a 17. Entre los niños, respecto de una conversación a más de 20 metros, fué de 49,9 para los muchachos y 43,2 para las niñas. La razón de esta inversión se relaciona con las influencias perturbadoras de la labor manual del hombre o de ocupaciones ruidosas.

Es evidente que estas experiencias permiten al juez orientarse eficazmente cuando exista contradicción entre las declaraciones del oído de personas de diferente edad.

Sin embargo, abandonando el terreno experimental para situar el problema en su terreno estrictamente jurídico, algunas distinciones frente al testimonio de oídas parecen indispensables.

Una cosa es el testimonio de cosas que el testigo ha oído personalmente y otra distinta lo que se ha dado en llamar "testimonio de oídas", o "de común renombre". La doctrina, ya ha aclarado bien la diferencia de estos dos conceptos <sup>(51)</sup>. El primero se refiere a una audición directa que, aun sometida a todas las deficiencias posibles, revela, sin embargo, el contacto inmediato del testigo con el suceso. El segundo, por el contrario, es normalmente simple evocación

(51) Así, PICARD, *De la preuve par commune renommée*, con prefacio de BARTIN, París, 1911. Recientemente, ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, *La prueba mediante fama pública*, en *El Foro*, México, 1947, p. 312, y en *Rev. D. J. A.*, t. 46, p. 201.

indirecta; el testigo refiere lo que se dice, lo que se habla, la murmuración o el decir corriente, sin poder precisar quiénes lo dicen y qué valor tiene el dicho en los labios de quien habla.

Las relativas seguridades que puedan existir para el primero desaparecen para el segundo. La murmuración es sólo una consecuencia cuyo origen frecuentemente desconoce el testigo. En materia de posesión notoria del estado civil, que es donde este testimonio aparece más frecuentemente, el origen del conocimiento es una incógnita. En algunos casos la posesión notoria ha sido una voz que ha hecho correr la madre en perjuicio de un hombre determinado. Y en no pocos casos la murmuración se ha ido formando por el mismo hijo y acaso hasta con ocasión del propio litigio. La existencia del juicio, cuando media mucho tiempo entre la demanda y el período de prueba, crea ya un difuso estado de convencimiento en pro de la existencia de la fama pública.

Pertenece a nuestra personal experiencia el siguiente caso: en un juicio de posesión notoria del estado civil, hay una abundante nómina de testigos que declaran al unísono sobre la existencia de determinada paternidad, pública y notoria, durante un plazo mayor de 10 años, como lo exige la ley. Los testigos declaran sin vacilaciones, que les consta la paternidad, pues ese hecho es público y notorio en el lugar. Sin embargo, en el incidente de tachas, esos mismos testigos fueron llamados a declarar según el interrogatorio propuesto por la sucesión legítima demandada. Ese interrogatorio exigía simplemente a los testigos la declaración de pormenores de sus dichos y el origen de su ciencia y conocimiento. El resultado de esa nueva prueba fué el siguiente: 25 testigos declararon no haber conocido al padre; de los

28 restantes, 27 declararon no haber visto nunca juntos al padre con el hijo, y sólo uno declaró haberles visto en determinada oportunidad, teniendo el niño pocos meses, en reunión de muchas personas, recibiendo caricias del presunto padre.

Bastó, pues, una simple profundización en el contenido de las declaraciones para advertir que todo lo que era fama pública y común renombre, conjunto de manifestaciones que se hallaban en los labios del pueblo, carecía de una base de hechos que lo justificara. Y que bien era posible que fueran la madre, el propio hijo o aún la sola circunstancia de existir el proceso sobre filiación, los que fueran arraigando la creencia de la posesión notoria por diez años continuos que reclama la ley.

## 20. *Tiempo.*

El factor tiempo es uno de los más significativos en materia de error testimonial.

Interesa al jurista en dos aspectos distintos. Uno, en cuanto a la dificultad natural de apreciar el tiempo de ocurrencia de los sucesos. El otro, en cuanto a la influencia del tiempo en la destrucción de los recuerdos.

El primero obliga a recelar especialmente de las evaluaciones de tiempo hechas por los testigos. Nuestros sentidos son muy imperfectos para esas valoraciones. Pocas personas saben, por ejemplo, que bastan sólo 45 segundos para recitar un soneto decasílabo. Una experiencia de Muensterberg consistió en hacer correr un puntero sobre una mesa a razón de 10 centímetros por segundo; los testigos debían comparar el tiempo requerido para recorrer esa distancia, con el tiempo requerido por otro objeto móvil. Las respuestas fue-

ron verdaderamente incoherentes: unos lo comparaban con un caracol, otros con un automóvil, otros con el paso humano, con un tranvía eléctrico, con un pez, con una bicicleta, etc. <sup>(52)</sup>.

En materia de accidentes del tránsito, las evaluaciones de tiempo (del mismo modo que las de distancia) son siempre imperfectas. Y la combinación de ambas (velocidad) arroja siempre, aun en la prueba de testigos más sinceros, faltas de coincidencia que sorprenden a los espíritus poco expertos.

En cuanto al lapso transcurrido desde el momento de percepción de los hechos, es notoria la desvalorización en función directa del tiempo.

Las experiencias demuestran que el porcentaje del error crece vertiginosamente en proporción al tiempo pasado. Realizada la consulta inmediatamente del hecho percibido (frecuentemente se trata de hacer referir a un grupo numeroso de alumnos un suceso simple ocurrido en la clase: p. ej., la entrada inesperada de un hombre que entrega una carta al profesor, tiene un breve altercado con éste y se retira) los resultados son favorables, sometidos tan sólo a los errores propios de la percepción a que arriba se ha hecho referencia. Realizada nuevamente la consulta a las 48 horas, el porcentaje de error es considerable; reproducida a la semana, la cifra se eleva desproporcionadamente; transcurridos uno o dos meses, el relato ha sufrido la pérdida casi total de los detalles de interés.

Dentro del derecho procesal vigente, el largo transcurso de tiempo entre la demanda y la prueba es una verdadera conspiración contra los fines de verdad del juicio. La juris-

<sup>(52)</sup> En PORTO-CARRERO, *op. cit.*, p. 142.



prudencia lo lamenta frecuentemente y quita autoridad a los testigos que dan detalles demasiado precisos luego de largos períodos de tiempo <sup>(53)</sup>.

Pero la verdad es que esta pérdida es inevitable en la declaración testimonial. Sólo un régimen que permitiera la recaudación inmediata de la prueba, impediría que los testigos, aun los que mejor percibieron, sientan desaparecer de la memoria los datos precisos del hecho. Y lo que es peor; que los mismos testigos adviertan cómo se va formando en su memoria una masa confusa de recuerdos, carente de toda precisión. A veces sólo son recuerdos de sus propios relatos (sombra de la sombra) lo que sobrevive y se salva en el inevitable naufragio de la memoria.

## 21. *El interrogatorio civil.*

No puede omitirse, como última consideración, la importancia que en el análisis crítico de la prueba testimonial tiene el interrogatorio.

Nuestros códigos mantienen aún el incomprensible interrogatorio "en pliego cerrado" redactado por la parte que llama a declarar al testigo, con todos los defectos a que se ha hecho ya referencia.

Sobre esa realidad es menester operar. No es posible, en estos momentos, considerar ni siquiera sumariamente los múltiples problemas que plantea el texto del interrogatorio. Pero deben anotarse al menos algunas insinuaciones respecto del problema del interrogatorio sugestivo.

(53) Así, p. ej., en *J. A.*, t. 12, p. 514, donde, en igualdad de condiciones formales, en la contradicción entre las declaraciones del sumario y las del juicio civil, se ha optado por aquéllas por ser anteriores en tiempo.

La jurisprudencia y la doctrina son firmes en el sentido de privar de valor a los interrogatorios sugestivos <sup>(54)</sup>. Se ha afirmado que la sugestividad es el vicio mayor de que puede adolecer una declaración. Y para fundar la conclusión se ha dado un argumento de evidente finura dialéctica: si nuestra ley prohíbe al testigo leer al tiempo de su declaración notas o apuntes, con mayor razón debe prohibir el interrogatorio que, sugiriendo de antemano las respuestas, sea la nota o el apunte que conduzca la declaración del testigo <sup>(55)</sup>.

Pero cabe preguntarse: ¿cuándo un interrogatorio es sugestivo? Cierta cifra de sugestividad parece inevitable. Si no se produjera, el testigo ni se enteraría de los hechos sobre los cuales se le llama a declarar. Así: ¿se hallaba Ud. presente el día 1º de enero de 1949 en el cruce de las calles tales? o de este otro modo: ¿presenció Ud. el accidente entre los automóviles números . . . o marcas . . . ocurrido en las calles tales o cuáles? o aún: ¿presenció Ud. un choque entre los automóviles de Juan y Pedro?

La sugestividad es evidente. Pero sin ese mínimo de sugestividad no podría nunca comenzar el interrogatorio. Bastaría pensar en lo que ocurriría si el interrogatorio, eludiendo cautamente toda sugestividad, se limitara a preguntar al testigo: ¿presenció Ud. un choque de automóviles? Aparte de que la pregunta sería inocua, desde el punto de vista probatorio, sería muy difícil seguir adelante sin incurrir en una sugestión al testigo.

Siendo esto así, como parece evidente, el problema pierde

<sup>(54)</sup> *J. U.*, fasc. 7, p. 454; SAYAGUÉS LASO, *Vistas fiscales*, p. 421; GALLINAL, *Estudios*, 385.

<sup>(55)</sup> Fallo del Dr. ARMAND UGÓN, en *La Ley*, t. 3, p. 13, jurisprudencia extranjera.

su primitiva simplicidad para exigir este otro planteo, mucho más arduo y complejo: ¿cuándo el grado de sugestividad necesario en el interrogatorio conspira contra la búsqueda de la verdad y vicia el contenido de aquél?

Stern ha graduado la sugestibilidad del interrogatorio según la siguiente escala de tipos:

a) Pregunta *determinativa*; introducida por el pronombre o adverbio interrogativo: “¿Cuál es el color del perro?”; “¿cuántas personas ha visto Ud.?”. Es la pregunta más inocente de todas.

b) Pregunta *disyuntiva (incompleta)*: “¿Había un perro en el lugar?”; “¿había una persona que hacía tal gesto?”. La pregunta es más precisa que la anterior, puesto que el testigo sólo tiene dos alternativas para elegir: sí o no. Esta pregunta es capaz de provocar, en ciertos casos, una sugestión moderada.

c) Pregunta *disyuntiva (completa)*: “¿El perro que estaba en el lugar era blanco o marrón?”; la pregunta parece excluir, por su misma forma, hasta la posibilidad de distinto color. Para responder, “ni blanco ni marrón, sino negro”, se necesita una independencia de espíritu de la que muchas personas son incapaces.

d) Pregunta *expectativa*: “¿No había un perro en el lugar?”. Es el tipo de pregunta empleado por Binet en la sugestión moderada.

e) Pregunta *implificativa*: “¿Cuál es el color del perro?” (no habiendo ningún perro en el lugar). La pregunta está hecha de tal manera que no pone en duda la existencia del perro y compromete de tal forma al testigo a admitirlo implícitamente. El efecto de la sugestión es en principio el mismo que cuando la pregunta recae sobre un hecho exacto

pero completamente olvidado por el testigo. Son preguntas de fuerte sugestión.

f) *Pregunta consecutiva*: la pregunta se vincula a una sugestión anterior, para completarla y agravarla. Diríamos: "¿el hombre alcanzó un trozo de carne al perro blanco?".

Si nos preocupamos de vincular estos resultados con las exigencias del proceso civil dispositivo vigente, advertimos una necesidad fundamental. No basta, evidentemente, considerar si el interrogatorio es o no sugestivo; es menester algo más; se requiere estimar en *concreto* el grado de sugestividad del interrogatorio. El examen de la sugestibilidad no debe ser genérico, sino específico, con relación a cada interrogatorio o a cada pregunta.

Nadie duda de la ineficacia del interrogatorio en el cual el testigo se limita a responder por *sí* o por *no* a todas las preguntas esenciales del pliego. La jurisprudencia es inclemente, con justicia, para él. Pero los grados descendentes de la sugestividad deben ser objeto de un examen particular para determinar en qué sentido el testigo ha contestado libremente, o en qué sentido ha sido objeto de influencias extrañas (involuntarias o consentidas por él), que deforman o aseguran para su declaración un resultado querido de antemano.

## 22. *Resumen.*

Resumiendo las conclusiones anteriormente expuestas, puede afirmarse:

1º) Que es regla de la sana crítica la que obliga al juez a examinar los testigos considerando (junto con sus otros múltiples elementos de juicio), el error que es propio e inherente a la declaración testimonial. Frente a cada testigo

deben ser examinados el origen y los medios de la declaración, para extraer de ellos los necesarios juicios de valor.

2º) Que el error que es connatural a la declaración, no quita a ésta su autoridad. Leves contradicciones de los testigos frente a circunstancias de detalle, han sido aceptadas muchas veces por la jurisprudencia como un mérito y no como un defecto de la prueba <sup>(56)</sup>.

Bentham decía elegantemente, que la verdad venía a posarse con naturalidad sobre los labios del testigo: "*Nemo presunitur gratuito malus*". Abundante doctrina confirma este aserto <sup>(57)</sup>. Normalmente, el testigo no excluido por tacha legal dice la verdad. El error inevitable debe ser tenido en cuenta, pero no en grado de eliminación del testigo.

3º) Que los antiguos preceptos relativos al número, edad, sexo, raza, categoría, social o económica, de los testigos, carecen hoy de justificación científica. Pero un examen de la idiosincrasia de cada testigo, de su moralidad, de su inteligencia, de su penetración, son indispensables antes de toda valoración.

<sup>(56)</sup> *La Ley*, t. 1, p. 75; *J. A.*, t. 22, p. 1006. Para la doctrina, en resumen, CARVALHO, *Inquirição civil*, São Paulo, 1924, p. 5.

<sup>(57)</sup> Entre los antiguos, BONNIER, *Traité des preuves*, trad. esp. Madrid, 1869, Introd. 15; REID, *Inquiry into the human mind*, cap. VI; MALATESTA, *Logica delle prove*, capítulo III; CHAPAR, *Mérito de la prueba de testigos*, tesis, Buenos Aires, 1894, p. 11. Entre los modernos, PORTO-CARRERO, *op. cit.*, recordando que la ciencia moderna ha aclarado el dístico del salmista: *omnia homo mendax*, p. 107; CARVALHO, *op. cit.*, p. 6.

## CAPÍTULO IV

## LA SANA CRÍTICA EN EL SISTEMA DE LA PRUEBA

23. *Campo de aplicación de la sana crítica.*

La primera de las conclusiones que hemos de extraer de lo precedentemente expuesto, es la de que el principio de "reglas de la sana crítica" rebasa el ámbito de la prueba testimonial.

Los Códigos arriba citados, limitan este criterio a la prueba de testigos; pero él, implícitamente, se nos presenta en casi todos los otros medios de prueba.

La prueba instrumental es por sí misma una prueba legal y no de sana crítica <sup>(58)</sup>; pero impugnado de falsedad el documento pierde su significado como prueba legal y funciona como prueba racional, a ser apreciada con arreglo a la sana crítica. La confesión, cuando es lisa y llana, constituye una prueba legal; pero la confesión ficta por ausencia del absolvente, la confesión calificada o la confesión desnaturalizada, no pueden evaluarse sino con arreglo a los preceptos de la sana crítica. La prueba pericial, en un sistema como el nuestro en el cual el dictamen de los peritos no obliga al juez (salvo el caso en que las partes le han dado el carácter de arbitradores), debe necesariamente apreciarse con arreglo a los principios de la sana crítica. La llamada prueba de presunciones ¿qué es sino un conjunto de reglas de sana crítica? La enumeración de las presunciones judiciales no constituye sino una serie de máxi-

(58) Supra: p. 83 y sigtes, en el estudio *El concepto de fe pública*.

mas de experiencia, que ponen en guardia frente a errores comunes del razonamiento. Son, como decíamos antes, "preceptos de higiene mental" tendientes a depurar la reflexión de muy frecuentes equívocos. La ley, se ha dicho<sup>(59)</sup>, actúa en la conciencia de las imperfecciones naturales del razonamiento humano.

La sana crítica, decíamos, rebasa el ámbito de la prueba testimonial y se aplica a todos los medios de prueba, sin excepción alguna. Sólo en aquellos casos en los cuales un texto de ley priva a un medio de prueba de toda eficacia (p. ej., en el derecho uruguayo la declaración del testigo único) o le atribuye una eficacia prefijada (como el instrumento público, la confesión, la presunción legal absoluta) el juez deberá apartarse de los dictados de su experiencia y de la lógica que gobierna su acción.

Eso ocurre porque, por las razones ya dadas<sup>(60)</sup>, el derecho prefiere la seguridad de la gran mayoría a la justicia de un caso particular.

Salvo las situaciones de excepción, todo el campo de la prueba aparece dominado por el criterio de la sana crítica.

#### 24. *Prueba legal, sana crítica y libre convicción.*

Las nociones expuestas conducen, además, hacia otro punto que requiere ciertas aclaraciones y que ya ha sido objeto de reiterada consideración en estas mismas páginas<sup>(61)</sup>.

Se sostiene, tradicionalmente, que nuestros sistemas le-

(59) BARRAINE, *Théorie générale des présomptions en droit privé*, Paris, 1942, p. 221.

(60) *Supra*: p. 84.

(61) *Supra*: p. 84 y p. 86, en nota.

gales se hallan inspirados en el principio de la libre convicción <sup>(62)</sup>. Nuestra manera de ver difiere de esa, en cuanto consideramos que el concepto "libre convicción" debe ser reservado para ciertos casos en los cuales la ley permite al juez, como ocurre en el jurado criminal, juzgar los hechos sin necesidad de fundamentar racionalmente sus conclusiones, sin servirse de los elementos de convicción que aparecen en el proceso, pudiendo utilizar su saber privado, sin acudir a los medios normales de valoración de la prueba, pudiendo acudir a otros de carácter excepcional.

Consideramos innecesario volver sobre este argumento, en el deseo muy natural de evitar innecesarias repeticiones, y nos remitimos a los desarrollos que anteriormente le hemos asignado y que acabamos de referir <sup>(63)</sup>.

Los criterios de valoración de la prueba son, a nuestro modo de ver, tres: *a*) pruebas legales: imputación anticipada en la norma, de una medida de eficacia <sup>(64)</sup>; *b*) sana crítica: remisión a criterios de lógica y de experiencia, por acto valorativo del juez; *c*) libre convicción: remisión al convencimiento que el juez se forme de los hechos, en casos excepcionales en los cuales la prueba escapa normalmente al contralor de la justicia, por convicción adquirida por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aún contra la prueba de autos.

<sup>(62)</sup> FERNÁNDEZ, *Código de procedimiento comentado*, p. 195; CASCO, *Prueba de testigos*, Buenos Aires, 1893; CHAPAR, *op. cit.*, p. 45; DONÁ, *op. cit.*, p. 11; LIEBMAN, notas a la traducción portuguesa de las *Instituciones* de CHIOVENDA, cit., t. 3, p. 142.

<sup>(63)</sup> Asimismo, *Fundamentos*, p. 142 y sigtes.

<sup>(64)</sup> FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, ha caracterizado a ésta como "un sistema de garantías formales de certeza en las relaciones jurídicas".



Nos permitimos insistir en que este último criterio no es de aplicación normal por el juez civil. Los ejemplos señalados en otro lugar <sup>(65)</sup>, relativos al cobro abusivo de alquileres, al delito de proxenetismo o a juegos prohibidos, verdaderos naufragios de la prueba habitual, demuestran su propia excepcionalidad.

### 25. *Sana crítica y carga de la prueba.*

En el Proyecto de Código de Procedimiento Civil, hemos considerado del caso extender la noción de reglas de la sana crítica a la carga de la prueba.

La diferencia es bien perceptible. Hasta ahora, la noción de reglas de la sana crítica ha constituido un elemento de valoración de la prueba: un criterio de eficacia. El art. 133 del Proyecto extiende su campo de aplicación en forma bien sensible. En lugar de los criterios rígidos de distribución de la carga probatoria, y en lugar de los criterios extremadamente flexibles dados en sustitución, la solución del Proyecto intenta, merced a este instrumento de técnica jurídica que son las reglas de la sana crítica, conciliar las virtudes de las dos soluciones. Da, por una parte, un criterio suficientemente estable, cuando determina cómo debe distribuirse entre el actor y el demandado la carga de la prueba: uno y otro, la demostración de sus respectivas proposiciones de hecho. "Quien pretende algo, dice el Proyecto, ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos (por ejemplo, el pago) o las

(65) *Supra*: p. 86.

circunstancias impeditivas (la incapacidad del prestatario) de esa pretensión”.

Esos criterios se parecen en mucho a los criterios tradicionales, tal como los ha aplicado en sus últimos desarrollos la doctrina moderna. Pero en lugar de dejar en esa distribución rígida y simétrica la teoría de la carga de la prueba, hemos creído del caso, utilizando la fórmula de Hubert en la Exposición de Motivos del Código Suizo <sup>(66)</sup>, acudir a un instrumento propio de la doctrina hispano-americana.

Las reglas de la sana crítica se aplican por el juez, dice el inciso 2 del referido art. 133 del Proyecto, para apreciar las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba.

Ya no se trata, decíamos, de la valoración, sino de la carga. Las contradicciones de los testigos, sus motivos de tacha o de sospecha, la mayor o menor verosimilitud de las respuestas, la sugestibilidad del interrogatorio, han sido hasta ahora, el terreno de aplicación de las reglas de la sana crítica. A estar a la aludida norma del Proyecto, también las dificultades u omisiones en la producción de la prueba, serán susceptibles de ser juzgadas con arreglo a este criterio.

Un ejemplo aclarará esta diferencia. La prueba del despido del obrero incumbe, con arreglo a los principios tradicionales de la carga de la prueba, al obrero despedido, por cuanto es éste el hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador. La jurisprudencia ha debido, sistemáticamente, acudir a una inversión de los principios de la carga de la prueba, para evitar la clamorosa injusticia que la

<sup>(66)</sup> HUBERT, *Exposé des motifs du Code Civil Suisse*, p. 24.

aplicación de los principios tradicionales traería aparejada (<sup>67</sup>). Esa inversión, no apoyada en ningún texto legal, constituye un auxilio de las reglas de la sana crítica, aplicadas a la distribución de la carga de la prueba. No se trata de ningún criterio de valoración de la prueba, sino de su distribución. El problema surge cuando el obrero no prueba el despido ni el empleador el abandono del servicio. La ausencia absoluta de prueba de ambas partes no configura un caso de valoración de la prueba, sino de reparto de la carga de la misma entre ambos litigantes. El inc. 2 del art. 133 del Proyecto da a esa tesis, hoy universalmente admitida aun sin texto expreso, un sustento legal que ahorraría injusticias como la del caso aludido.

## 26. *Las reglas de la sana crítica como "standard" jurídico.*

En el limitado campo de aplicación que le dan nuestros Códigos, las reglas de la sana crítica valen tan sólo como un criterio estimativo particular. Pero proyectadas en la forma que aquí queda anotada, hacia los otros medios de prueba que no sean solamente la testimonial y hacia otros campos de la teoría de la prueba, tales como la carga y el objeto de la misma estas reglas constituyen *un standard jurídico*.

(<sup>67</sup>) Un caso relativamente reciente puso en cuestión este asunto. El Tribunal Arbitral designado por el Poder Ejecutivo para resolver el conflicto obrero con la Compañía Uruguaya de Navegación y Transportes Aéreos decidió, por mayoría, que al no haberse producido la prueba del despido por parte de los obreros, la empresa debía ser absuelta de la demanda. Nuestra discordia al pie de ese fallo se apoya en la inversión de la carga de la prueba: al no estar el obrero en el servicio, se presume el despido; la empresa debe probar lo contrario. En este sentido, TRUEBA URBINA, *Derecho procesal del trabajo*, México 1943, t. 2, p. 213, con riguroso razonamiento.

Por tal se entiende según hemos tenido en otra oportunidad ocasión de destacar <sup>(68)</sup>, una línea de conducta general susceptible de abarcar numerosas situaciones, representativa de cierta medida de comportamiento social.

El derecho romano nos ha legado numerosos *standards* jurídicos, tales como los conceptos de diligencia de un buen padre de familia, tercero de buena fe, la insolvencia notoria, incapacidad notoria, etc.

El derecho moderno, en especial el derecho anglo-americano, ha creado uno de los más valiosos *standards* jurídicos de nuestro tiempo, mediante la idea de *razonabilidad*. Esta noción se aplica, indistintamente, en el derecho público y en el derecho privado. Su aplicación en materia impositiva es excepcionalmente valiosa.

En el campo del derecho procesal existen numerosos *standards* jurídicos cuyo uso, a fuerza de sernos familiar, se nos ha pasado desapercibido. El prudente arbitrio del juez, la malicia temeraria al litigar, los conceptos de embargo bastante a cubrir la deuda, fianza suficiente, etc., son otros tantos criterios de estimativa jurídica que caen bajo la común calificación de *standards*.

Por oposición a ciertas soluciones rígidas como la mayoría de edad, los plazos de prescripción, los modos de adquirir el dominio, los *standards* son soluciones flexibles. Se trata, en principio, de modos de comportamiento social o individual; pero existe una remisión al magistrado para que aprecie ese modo de comportamiento, en el momento del fallo, con arreglo a tales patrones o módulos de conduc-

(68) *Fundamentos*, p. 113. Además de la bibliografía allí citada. cfr. CARNELLI, *El hecho notorio*, p. 73; ALECRIM, *O standard juridico*, Río de Janeiro, 1943.

ta <sup>(69)</sup>. En último término, se trata de problemas de grados en los cuales la estimativa jurídica juega un papel preponderante. Un impuesto, aprobado con los requisitos que establece la Constitución, es válido; pero si por virtud de la tasa establecida, llega a absorber una parte tan importante de la propiedad que constituya en cierto modo una confiscación, pierde validez y puede ser declarado inconstitucional. Una determinada conducta, en sí misma lícita, tal, p. ej., la llamada libertad de la defensa, deja de serlo en determinados momentos. Son problemas de grados, no susceptibles de determinación especificada en el campo de la ley. Es el comportamiento social el que determina muchas de esas medidas de conducta, tal como ocurre en el *standard* de las buenas costumbres: no son los jueces los que las determinan; pero son en último término los jueces civiles o penales los que las aprecian, cuando la conducta individual debe juzgarse con relación a ellas.

Las reglas de la sana crítica son un precioso *standard* jurídico que abarca, tal como hemos sostenido, todo el campo de la prueba. Su valor como tal radica en que consisten en una parte lo suficientemente precisa (las reglas de lógica formal) y en otra lo suficientemente plástica (las máximas o advertencias de la experiencia del juez) como para procurar la justicia de las situaciones particulares.

No tratemos, pues, de establecer un elenco numerado, más o menos extenso, de reglas de la sana crítica. El pro-

(69) No creemos haber afirmado nunca, como nos atribuye CARNELLI, *El hecho notorio*, cit., p. 77 y sigtes, que el *standard* jurídico sea un medio de prueba o un sustitutivo de prueba. Lo que en el desarrollo del texto arriba publicado aparece, confirma la coincidencia de nuestros puntos de vista con los que CARNELLI desenvuelve, rigurosamente en nuestro concepto, en el pasaje arriba aludido.

pósito resultaría frustrado. Ni las abarcaríamos todas, ni todas las que incluyéramos serían lo suficientemente dúctiles para abarcar las numerosas situaciones de hecho que el juez está llamado a decidir.

Desemboca aquí nuestra conclusión en una serie de puntos de vista reiteradamente expuestos a lo largo de estos *Estudios*. La sentencia no es una operación de pura lógica jurídica, ni el juez es una máquina de razonar. La sentencia es una operación humana, con todos sus riesgos y todas sus excelencias, y su valor como tal dependerá siempre, en último término, de lo que valga el juez como hombre y como ciudadano.

A cada paso el derecho debe remitirse a operaciones de estimativa jurídica, cuya determinación corresponde al magistrado. En estos instantes, el derecho es el juez: el único derecho que el orden jurídico conoce. La virtud del juez es, en consecuencia, necesariamente, la virtud del derecho.

## 6. EL "CROSS EXAMINATION" EN LA PRUEBA DE TESTIGOS

SUMARIO: 1. Eficacia del interrogatorio. — 2. Sistema del "cross examination". — 3. El interrogatorio cruzado en la legislación hispano-americana. — 4. El interrogatorio independiente al testigo del adversario. — 5. Fundamentación de la tesis. — 6. La solución en el Proyecto de 1945.

## EL "CROSS EXAMINATION" EN LA PRUEBA DE TESTIGOS

### 1. *Eficacia del interrogatorio.*

Cuando un abogado inglés o norteamericano interroga a un abogado latino acerca de su actividad, lo primero que le consulta es sobre su técnica para interrogar testigos. La respuesta del abogado latino de que él no se ocupa de interrogar testigos y, en la mayoría de los casos, ni siquiera asiste a las audiencias, llena de estupor a su colega angloamericano. Lo menos que le pregunta en esas circunstancias es: ¿y si Ud. no interroga testigos, qué hace como abogado?

El arte del interrogatorio es el arte de la abogacía en los países en los cuales el proceso oral predomina sobre el escrito <sup>(1)</sup>.

(1) Existe, en el derecho angloamericano, una abundante literatura en esta materia. Una expresión típica de la misma, es el libro de CORNELIUS, *Cross examination of witnesses*, Indianápolis, 1929.



## 2. Sistema del "cross examination".

La práctica constante, en las Cortes inglesas y norteamericanas, del "cross examination", ha llegado a hacer de éste un instrumento notable de investigación jurídica.

El testigo es interrogado, en primer término, por la parte que lo presenta y luego por su adversario. El interrogatorio de éste no puede ser preparado de antemano, ni puede tener por objeto obtener el silencio del testigo, ni alterar el contenido de su declaración. Es menester prepararlo sobre el terreno, tomando las respuestas anteriores para llevarlas hasta sus últimos puntos. Si el testigo ha dicho la verdad en su anterior declaración, sus manifestaciones quedan como certificadas y refrendadas. Si, por el contrario, ha mentido, su mentira queda en evidencia.

El interrogatorio cruzado tiene en esa especie de fuegos opuestos, su mayor mérito. Hay que tener en cuenta, enseña Wigmore (2), que en la tradición forense el principal mérito del "cross examination" consiste en que las respuestas proceden de un testigo mal predispuesto y se logran después de su primera declaración en el interrogatorio directo. Esto las hace más dignas de fe, porque no está en la naturaleza humana desvirtuar voluntariamente las propias afirmaciones. Y si se hace, es bajo la presión interna de la verdad, tal como realmente se siente.

La atmósfera de partidismo que se desprende de un juicio, continúa el autor (3) y que se respira en las salas judiciales, colocan aparentemente a todos los testigos en este estado de ánimo. Por ello se supone que son mucho más verídicas

(2) WIGMORE, *The science of judicial proof*, cit., p. 723.

(3) WIGMORE, *op. cit.*, p. 724.

las declaraciones que se consiguen obtener de los testigos en el "cross examination".

En el año 1937 se reunió en La Haya el Congreso de Derecho Comparado organizado por la Academia de Derecho Comparado de esa ciudad, cuya influencia ha sido tan considerable en el progreso de la técnica jurídica de los últimos tiempos. El tema propuesto en el campo del derecho procesal, fué el del examen comparativo de las pruebas, habiéndose encomendado a los profesores italianos Chiovenda y Liebman, la redacción del Informe respectivo, sobre la base de las comunicaciones remitidas desde distintas partes del mundo.

Las circunstancias imperantes en Europa inmediatamente después de celebrado el Congreso, hicieron materialmente imposible la publicación de las Actas y antecedentes del mismo. Pero poco antes de estallar la guerra, nos fué dado obtener el texto de la Relación oficial Chiovenda-Liebman para su publicación (4). Ese documento, poco conocido aún en nuestros días, contiene a este respecto una serie de consideraciones de muy particular importancia.

Dice acerca del "cross examination" lo siguiente: "Las limitaciones de la prueba testimonial se justifican en los países latinos por la poca fe que puede tenerse en sus resultados. Tales inconvenientes no se desconocen en los países que admiten esta prueba con más amplitud. Por esa razón, se ha buscado eliminarlos regulando el mecanismo de la prueba de una manera más racional y práctica. En el derecho francés y en los derechos que derivan de él, los testigos deben responder sobre los hechos establecidos previamente en

(4) Bajo el título *Examen comparativo de las pruebas*, el informe ha sido publicado en *Rev. D. J. A.*, t. 37, p. 65.

forma articulada y su deposición es objeto de un acta de parte de juez delegado que no conoce, habitualmente, en la materia controvertida, razón por la cual está obligado a dirigir a los testigos, mecánicamente, preguntas redactadas en artículos y referir en el acta las respuestas que él recibe y que pueden ser preparadas de antemano. Por el contrario, las leyes más recientes que han dejado de lado toda limitación sobre la administración de esta prueba, la reglamentan de manera bien diferente, dado que ella debe hacerse ante el juez mismo o ante el tribunal pleno que deberá decidir y que ya conoce en el juicio; los testigos, además, pueden ser interrogados libremente sobre todas las circunstancias útiles para investigar la verdad.

De esta manera sus afirmaciones pueden ser ilustradas en todos sus aspectos y se someten a una crítica profunda y que hará surgir bien lo que es cierto y lo que es falso. El sistema de más eficacia parece ser el sistema del derecho angloamericano, imitado por el derecho danés; es el "cross examination", examen cruzado, en el curso del cuál el testigo es interrogado, primero por la parte que lo presenta y luego por la parte adversa, que procura atacar la veracidad del testigo con relación a lo que ya ha dicho o apoyar sus propias razones. Puede, asimismo, volver sobre todo lo dicho en el examen de la parte adversa, siempre bajo la vigilancia y la dirección del juez <sup>(5)</sup>.

### 3. *El interrogatorio cruzado en la legislación hispanoamericana.*

En el derecho hispanoamericano se conoce con el nombre de "preguntas" la posibilidad de formular al testigo

(5) *Op. cit.*, p. 70.

nuevas interrogaciones, fuera de las contenidas en el pliego original.

La legislación de nuestros países varía en este orden de cosas. Algunas legislaciones permiten las repreguntas con amplitud; otras las admiten en forma limitada; otras las prohíben (6).

En el derecho uruguayo la situación que se crea sobre este particular es verdaderamente curiosa. En el juicio ordinario escrito, es decir en los asuntos de mayor cuantía, donde la significación de los intereses es más considerable, y las garantías emanadas de los tribunales superiores y de la amplitud del procedimiento es mayor, el interrogatorio cruzado en el acto de la audiencia, así como las nuevas preguntas hechas por la misma parte, están prohibidos. La ley no tolera otra ingerencia de las partes, que no sea aquella indispensable para que el acta refleje fielmente el texto de las respuestas suministradas por el testigo. Toda nueva cuestión está prohibida (7). Pero en el juicio oral ante los jueces de paz, donde la significación económica de los asuntos es mucho menor, donde el juez tiene la posibilidad inmediata de formarse convicción por sí mismo de la verdad o falsedad de las declaraciones de los testigos, el interrogatorio cruzado está permitido. El sistema que entonces rige es el de que tanto el que presenta al testigo como su adversario, pueden formularle nuevas preguntas "convenientes y conexas" por intermedio del magistrado (8).

(6) Cfr. ALSINA, *Tratado*, t. 2, p. 445; FERNÁNDEZ, *Código comentado*, 2ª ed., p. 257, 266; OTTOLENGHI, en *J. A.*, t. 63, p. 712.

(7) CPC: 389. Cfr. GALLINAL, *Testigos*, p. 280, n. 1132.

(8) CPC: 585. Cfr. GALLINAL, *Manual*, t. 2, p. 49; asimismo nuestro estudio *El procedimiento verbal ante los jueces de paz*, n. 38.

En otras palabras: que cuando es más necesario está prohibido y cuando tiene menos significación práctica está permitido.

Cuando se examina este curioso panorama legislativo y la considerable influencia que la legislación española ha tenido sobre él, se advierte que en los orígenes de nuestros textos se ha advertido cierta especie de recelo y desconfianza sobre la posibilidad del interrogatorio cruzado. Manresa habla de él con franco temor, en razón de "los abusos a que podrían prestarse las preguntas verbales, para hacer pesada y dilatoria la prueba testifical" (9).

Pero este abuso es sólo uno de los elementos del problema. Y, por supuesto, no es el más importante de todos. El más importante es la verdad de la declaración. Las numerosas legislaciones que han admitido las repreguntas en el derecho procesal hispano-americano, desautorizan esa suposición (10).

#### 4. *El interrogatorio independiente al testigo del adversario.*

Las soluciones prohibitivas del interrogatorio cruzado no contienen, sin embargo, prohibición para que un litigante llame a declarar a los testigos propuestos por su adversario a fin de que depongan al tenor de un nuevo interrogatorio.

La mayor o menor amplitud de esta solución depende de las disposiciones que rijan la proposición y admisión de la prueba.

(9) MANRESA, *Comentario*, t. 3, p. 316.

(10) Una prolija exposición de derecho comparado, puede hallarse en GALLINAL, *Testigos*, 2ª edición, p. 263 y sigtes.

En aquellas legislaciones que señalan un término perentorio para la proposición de los testigos y no señalan un término especial para la prueba de tachas, las dificultades de hacer penetrar un nuevo interrogatorio para los testigos del adversario, son muy considerables. Pero en aquellas que se caracterizan por su amplitud en este orden de cosas, tal como ocurre con el derecho uruguayo vigente, las posibilidades son muy amplias.

Dentro de nuestro derecho, no existiendo término especial para la proposición, pudiendo suministrarse nómina de testigos hasta pocos días antes de vencer el término probatorio, siempre será posible que un testigo propuesto por el adversario, sea convocado nuevamente para que declare sobre un nuevo interrogatorio.

Pero el mayor campo de aplicación de esta solución se halla en la prueba de tachas. Un testigo puede, dentro de nuestro derecho, ser tachado en razón de su persona o en razón de sus declaraciones <sup>(11)</sup>. Tachado por uno u otro motivo, se abre un término de prueba especial para probar los motivos de impugnación del testigo. Se ha planteado, entonces, la posibilidad de convocar en esa oportunidad al testigo tachado, para que preste declaración según el nuevo interrogatorio.

El tema ha sido abordado con amplitud en un estudio de carácter afirmativo <sup>(12)</sup>. La jurisprudencia, en más de una oportunidad, expresa o implícitamente, ha aceptado esa solución <sup>(13)</sup>. En los últimos tiempos, no han quedado impugnadores a este procedimiento.

<sup>(11)</sup> CPC: 408.

<sup>(12)</sup> MULLIN, *Las repreguntas al testigo tachado. Forma y oportunidad de las mismas. Condición del testigo tachado frente a las partes*, publ. en *Rev. D. J. A.*, t. 38, p. 120.

<sup>(13)</sup> Así, *Rev. D. J. A.*, t. 38, p. 120; t. 41, p. 239.

### 5. *Fundamentación de la tesis.*

Las razones dadas por Manresa para oponerse al interrogatorio al testigo adversario, no son valederas.

La circunstancia de que el interrogatorio cruzado haga pesada la prueba testimonial, no puede prevalecer frente a la necesidad absoluta de que la justicia opere sobre la base de la verdad. El derecho positivo debe proveer los medios necesarios para que las repreguntas no se transformen en una vejación o mortificación al testigo, o en un procedimiento dilatorio para que éste declare toda la verdad y nada más que la verdad <sup>(14)</sup>.

Pero las razones que más frecuentemente han obstado a que este procedimiento de nueva convocatoria al testigo fuera usado con la debida amplitud, han sido las tradicionales suposiciones de que los testigos pertenecen en cierto modo a la parte que los presenta. En el lenguaje forense se habla diariamente de "mis testigos" o de "los testigos de mi adversario". La realidad, no por elemental indigna de ser repetida, es que los testigos son, según el aforismo, "los ojos y los oídos de la justicia" y que a ésta y no a las partes pertenecen. Ya lo hacía notar Ihering <sup>(15)</sup>: el testigo fué, en un primer momento histórico, un auxiliar de la parte; *testis* quiere decir que ayuda; el testigo fué primero un fiador o defensor. Pero en el tiempo posterior interviene tan sólo con sus aseveraciones.

No existe vínculo jurídico alguno entre el testigo (medio de prueba) y la parte que lo propone. En nuestro dere-

<sup>(14)</sup> Cfr. sobre todo este tema, REQUEJO, *La prueba testifical*, en *Anuario de la Asociación de Funcionarios del Poder Judicial*, La Habana, 1946.

<sup>(15)</sup> IHERING, *Espíritu del derecho romano*, párr. 13.

cho hasta es posible que una parte tache en juicio al testigo que ha propuesto, con tal que lo haga respecto de sus declaraciones y no respecto de su persona. Nada impide, pues, que una misma parte cite a declarar a un testigo, lo vuelva a citar en el mismo período probatorio por segunda vez; que, tachado, lo vuelva a citar durante el término de prueba del incidente de tachas. Nada impide, tampoco, que el testigo propuesto por el actor, sea citado por el demandado durante el período probatorio y que, tachado, sea citado nuevamente a declarar en el período de prueba de tachas <sup>(16)</sup>.

El testigo puede ser requerido para declarar tantas veces cuantas la estructura del proceso lo consienta. Y en nuestro derecho, las soluciones expuestas no se hallan en contradicción con ningún precepto limitativo ni prohibitivo. La contribución debida por el testigo no es una contribución debida a las partes, sino una contribución debida a la justicia. Adaptando al testigo el lenguaje de Carnelutti, podemos decir que la deposición del testigo es una función pública a cargo de un particular <sup>(17)</sup>.

En algunas situaciones de la experiencia jurídica, esta solución resulta imperiosa. En los juicios de filiación en los cuales ésta se debate después de fallecido el presunto padre, la prueba de que dispone la sucesión demandada es poco menos que ilusoria. Por lo general se reduce a la declaración de algunos amigos del causante a quienes "no consta que el actor sea hijo del que fuera su amigo", prueba ésta que por sí misma nada demuestra: "testibus duobus affirmantibus magis creditur quam mille negantibus".

<sup>(16)</sup> Cfr. los fundamentos dados en los casos arriba citados de *Rev. D. J. A.*, t. 38, p. 120 y t. 41, p. 239.

<sup>(17)</sup> CARNELUTTI, *Sistema*, trad. esp. t. 2, p. 638.



Hasta es dudoso que una persona *que no vió, o que no oyó, o a quien no le consta* un hecho, sea, técnicamente hablando, un testigo. Por tal se entiende, en el lenguaje común y en el técnico, "aquel en presencia de quien se cumple, deliberadamente o por azar, un hecho que cae bajo sus sentidos, que puede controlar y del que puede guardar memoria". Quien no ha visto, quien no ha oído, aquel a quien no le consta un hecho, no reúne ninguno de los elementos requeridos para tener la condición de testigo. Sería, en cierto modo, como gusta decir la doctrina alemana, un no-testigo.

En estas situaciones, el nuevo interrogatorio por el adversario es, virtualmente, la única prueba válida. En otro lugar de este mismo volumen <sup>(18)</sup>, hemos relatado un caso de nuestra particular experiencia en el cual la solución ha sido decisiva. Otro tanto ha ocurrido en uno de los casos arriba aludidos <sup>(19)</sup>. Si el testigo había dicho la verdad, sus manifestaciones resultarán fortalecidas. El nuevo interrogatorio es, en todo caso, un arma de doble filo para el adversario que lo propone. Si, por el contrario, el testigo había mentido, el nuevo interrogatorio derrumbará las apariencias que pudieran sobrevivir de su declaración anterior.

#### 6. *La solución en el Proyecto de 1945.*

Frente a este panorama, de derecho positivo y de experiencia forense, hemos optado en el Proyecto de Código de procedimiento civil, por una solución que consideramos

<sup>(18)</sup> *Supra*: Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial, especialmente p. 211.

<sup>(19)</sup> *Rev. D. J. A.*, t. 41, p. 239.

ajustada a lo que en nuestro país se da por admitido en esta materia.

La repregunta al testigo se halla admitida dentro de ciertos límites. La solución es aquí, como en lo restante, de transición. Implantado el hábito del interrogatorio cruzado, la limitación podrá eliminarse.

También es de transición la solución adoptada entre oralidad y escritura en materia de interrogatorio de testigos. Razones que se desenvuelven con toda amplitud en la Exposición de Motivos, han conducido a optar por una fórmula mixta entre el proceso oral y el proceso escrito. El Proyecto aspira a dejar preparada para el futuro una mayor experiencia de oralidad en el panorama americano, hasta ahora tan reacio en esta materia.

Pero admitido el proceso escrito, ha sido necesario dar al interrogatorio oral la máxima plasticidad posible. La recepción taquigráfica de las preguntas y de las respuestas, así como los pormenores de la declaración, constituyen un mínimo que reclama la justicia moderna. Bentham ya decía en el siglo pasado que la taquigrafía "debía ser considerada como una parte indispensable de los talentos de un escribiente judicial" (20); el Código austríaco de Klein, también en el siglo pasado, instituía la recepción taquigráfica de las declaraciones; por ese mismo tiempo, Mortara destinaba al sistema vigente páginas en verdad conmovedoras (21) que no han perdido nada de su actualidad. Las tendencias más recientes hasta tratan de suprimir la versión taquigráfica, acudiendo a los medios mecánicos de registro, tales

(20) BENTHAM, *Traité des preuves*, cit., t. 1, p. 213.

(21) MORTARA, *Commentario*, t. 2, n. 422 y 535; GALLINAL, *Testigos*, 2ª edic., cit., p. 298.

como la cinematografía <sup>(22)</sup>, el gramófono <sup>(23)</sup>, el dictáfono, etc. <sup>(24)</sup>.

Es bien probable que el perfeccionamiento constante de estos medios de reproducción mecánica de la voz y de la figura humana, así como su realización cada vez más económica, contribuyan a que dentro de un plazo de pocos años, la adopción se imponga por sus propios méritos.

Entre tanto, hemos deseado recoger la fórmula que, como decimos, no deja de ser de transición, en los siguientes textos:

163. *Interrogatorio*. — El interrogatorio será formulado de viva voz en el acto de la audiencia por la parte que solicitó la declaración o por su abogado, el que hará las preguntas por intermedio del juez.

El testigo contestará sin poder leer notas o apuntes, salvo que, dada la índole de la respuesta, por tratarse de datos numéricos o referencias muy precisas, se le autorice por el juez o receptor a consultar algún documento. Si así ocurriera, se dejará constancia en el acta de las respuestas dadas mediante lectura.

Terminado el interrogatorio de la parte que propone el testigo, se admitirá que el adversario formule al mismo, por intermedio del juez o receptor, hasta cinco preguntas.

El juez o receptor podrá rehusarse a transmitir al tes-

<sup>(22)</sup> CARNELUTTI, *Prova cinematografica*, en *Riv. D. P. C.*, t. 1, I, p. 204.

<sup>(23)</sup> MORTARA, *Commentario*, t. 2, n. 535, cit.

<sup>(24)</sup> Cfr. últimamente, MONTARCE LASTRA, *Notas para la reforma de nuestro Código de procedimiento. La taquigrafía y la grabación mecánica como elementos auxiliares para la recepción de la prueba testimonial*, en *La Ley*, 15, IX, 48; COLOMBO (L. A.), *La prueba fonográfica de los hechos*, en *La Ley*, 28, IX, 48.

tigo las preguntas que fueren ofensivas o vejatorias para el mismo, y de su decisión no habrá recurso alguno.

Concluido el interrogatorio de las partes, el juez o receptor podrá interrogar al testigo en la forma que considere conveniente.

165. *Acta.* — De todo lo ocurrido en la audiencia se recogerá versión taquigráfica a cargo de no menos de dos taquígrafos que formarán parte del personal del Juzgado.

Las versiones serán entregadas por los taquígrafos al secretario dentro de las 24 horas de recogidas, bajo su firma. Si los testigos desearan suscribir personalmente el acta o si las partes lo pidieran, la traducción se verificará de inmediato, aunque para ello fuera menester habilitar horas extraordinarias. En este caso, el juez fijará una remuneración prudencial suplementaria para los taquígrafos, la que deberá ser abonada inmediatamente después de cumplida su labor.

El juez podrá, en cualquier momento, aun después de citadas las partes para sentencia, pedir a los taquígrafos, a las partes y a los mismos testigos, aclaración de los términos de su declaración o de la versión taquigráfica. Para tal fin, las notas taquigráficas serán entregadas al secretario conjuntamente con la traducción y éste las conservará, bajo sobre lacrado, hasta que se haya dictado sentencia definitiva en el asunto.

Mientras la ley de Presupuesto no provea lo necesario para dotar del número suficiente de taquígrafos a las oficinas del Poder Judicial, las actas serán extendidas por el escribano o receptor.

## 7. LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO DEPENDIENTE

**SUMARIO:** 1. Planteo de la cuestión. — 2. Estado actual del problema. — 3. Dependencia y subordinación. — 4. Dependencia y legislación social. — 5. Dependencia de hecho y de derecho. — 6. Conclusión.

## LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO DEPENDIENTE

### 1. *Planteo de la cuestión.*

La cuestión es la siguiente. En el proceso provocado por conflictos individuales de trabajo, el obrero no tiene más testigos que sus propios compañeros de labor y el empleador no tiene más testigos que sus propios dependientes. Como nuestras leyes procesales <sup>(1)</sup> invalidan la declaración del testigo "dependiente", ocurre que los trabajadores de la empresa son, *prima facie*, ineficaces como testigos. Lo que equivale tanto como apresar en las redes del formalismo probatorio, tanto al empleado u obrero como al propio empleador.

Por otra parte. La doctrina del derecho laboral es unánime en considerar la relación de trabajo como una relación de "dependencia" o de "subordinación" <sup>(2)</sup>.

En nuestra Constitución el art. 53 establece que la ley

<sup>(1)</sup> Uruguay, art. 406; Cap. Federal, art. 207. Concordancias en FERNÁNDEZ, *Código comentado*, 2ª edic., p. 273.

<sup>(2)</sup> *Infra*: 3.

ha de asegurar a quien se halle ligado por una relación de trabajo "la independencia de su conciencia moral y cívica".

¿Dependencia o independencia? ¿El obrero o empleado es, en realidad, *dependiente* o *independiente* del empleador? ¿Cuál es la línea limítrofe entre dependencia y subordinación?

Tal es el argumento del presente estudio. Es probable que en muy pocas oportunidades el derecho procesal requiera tan importante contribución de otra rama del derecho, como en este conflicto entre las formas del proceso y la sustancia de la relación laboral.

## 2. *Estado actual del problema.*

La jurisprudencia, que frecuentemente rechazó en nuestro país la declaración de los testigos empleados del empleador<sup>(3)</sup>, ha debido cambiar de orientación en los últimos tiempos, admitiéndola<sup>(4)</sup>.

Para tal fin ha acudido a una fórmula familiar en los tribunales argentinos, según la cual el precepto de la tacha legal no debe aplicarse rigurosamente cuando se trata de "testigos necesarios"<sup>(5)</sup>.

Pero ni esta fundamentación es muy convincente, ni toma el problema desde su raíz. Porque la verdad es que, necesario o no necesario, el testigo empleado puede ser, en los hechos, *dependiente* moral y materialmente del empleador. Y en ese caso, no hay razón para pasar por su declaración.

(3) Así, *L. J. U.*, 2354.

(4) *Jur. A. S.*, t. 61, p. 550; *L. J. U.*, 1909, 2100, 2356, 2558; *Rev. D. J. A.*, t. 46, p. 34; t. 46, p. 38; t. 46, p. 39.

(5) ALSINA, *Tratado*, t. 2, p. 486, con prolija referencia de los fallos que adoptan esa doctrina.

Por otra parte, en uno y otro caso, el trabajador queda a merced de las represalias del empleador <sup>(6)</sup>.

Como no hemos hallado hasta ahora, en la medida actual de nuestras lecturas, una explicación satisfactoria de los elementos de "dependencia" y de "subordinación" en la relación laboral, nos permitimos sostener que por allí debe comenzar la meditación.

### 3. Dependencia y subordinación.

La subordinación es de la esencia de la relación de empleo. Aunque no todo trabajador es un empleado <sup>(7)</sup>, podemos afirmar que, en principio, todo empleado es un subordinado <sup>(8)</sup>.

<sup>(6)</sup> Con fecha 9 de enero de 1948, el Poder Legislativo del Uruguay remitió al Poder Ejecutivo para su promulgación un proyecto de ley estableciendo una indemnización correspondiente a tres años de sueldos o salarios para todos aquellos empleados u obreros que fueren despedidos con motivo de sus declaraciones perjudiciales al empleador en cualquier investigación parlamentaria, trámite administrativo o proceso judicial. El Poder Ejecutivo ha vetado dicha ley, con acopio de fundamentos (*Diario Oficial*, enero 31 de 1948, p. 149 A).

<sup>(7)</sup> La distinción es elemental y no creemos necesario desarrollarla aquí. Cfr. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2ª ed., Milán, 1915, t. 1, p. 597; el mismo, últimamente, *Diritto del lavoro*, Milán, 1945, p. 17. Asimismo, DE LA CUEVA, *Derecho mexicano del trabajo*, 2ª edic., México, 1943, p. 434; KROTOSCHIN, *Instituciones de derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1947, t. 1, p. 70, con excelente desarrollo.

<sup>(8)</sup> Este punto es pacífico en doctrina. Para el derecho europeo, DEVEALI, *Il rapporto di lavoro*, Milán, 1937, p. 17 y sigtes. RIVA SANSEVERINO, *Contratto d'impiego privato e contratto di lavoro manuale*, en el *Trattato di diritto del lavoro*, dirigido por BORSI y PERGOLESI, Padova, 1939, p. 153. En la doctrina americana, RAMÍREZ GRONDA, *El contrato de trabajo*, Buenos Aires, 1945, p. 185; GOTTSCHALK, *Norma pública e privada no direito do trabalho*, São Paulo 1944, p. 208;



Conviene aquí no perder de vista que el Código de Procedimiento Civil no ha declarado inválido al testigo *empleado* de la parte que lo propone. Ha declarado tachable al testigo *dependiente*.

Se trata de establecer, en consecuencia, si todo empleado sometido al régimen de *subordinación* es, en mérito de ese hecho, *dependiente* de su empleador. Si así fuera, todo empleado, por la sola razón de serlo, es inepto para declarar como testigo. Si fuera de manera contraria, será menester, todavía, examinar si un empleado *subordinado* es o no, en los hechos, *independiente* del empleador.

¿Qué es, pues, *subordinación*, en materia de trabajo?

Conviene distinguir en este sentido tres aspectos propios de la subordinación: funcional, técnica y económica <sup>(9)</sup>.

En su aspecto funcional, la subordinación consiste en la sujeción del trabajador a las condiciones generales de trabajo que resulten de la organización y disciplina de la empresa: lugar de trabajo, horario del mismo, oportunidades de pago, etc. En su aspecto técnico, la subordinación consiste en la realización del trabajo con arreglo a las directivas técnicas impartidas por el empleador. Y en el aspecto económico, la subordinación consiste en que lo que el trabajador recibe por concepto de su trabajo de manos del empleador, representa, en los casos normales, la base de su vida económica.

REIS, *Alteração rescisiva do contrato de trabalho*, Rio de Janeiro, 1943, que llama a este fenómeno *comando do trabalho*; SIDAQUI, *Teoría general de las obligaciones en el derecho del trabajo*, México 1946, p. 88; DE LA CUEVA, *op. cit.*, p. 400 y sigtes.

(9) SIDAQUI, *Teoría general de las obligaciones en el derecho del trabajo*, cit., p. 91; asimismo REIS, *Alteração rescisiva do contrato de trabalho*, cit., p. 18, quien sustancialmente coincide, aunque distingue en su *comando do trabalho*, el elemento técnico, el económico, el físico y el moral.

Preguntémosnos ahora: ¿la subordinación así concebida, supone pérdida de la independencia de parte del obrero?

A esta pregunta debemos contestar de inmediato que no.

La evolución del derecho laboral ha tenido, justamente, como dirección claramente perceptible, la de pugnar por la independencia del empleado sin desmedro de las exigencias de la empresa. No dejará de llamar la atención a quien reflexione sobre estos problemas, que en el curso de dos siglos el trabajo ha cambiado radicalmente su contenido <sup>(10)</sup>. Su

(10) "Hasta el siglo XVIII —hemos tenido ocasión de afirmar en una oportunidad reciente— el trabajo fué algo así como el interés del capital; el hombre que tenía el esclavo, su capital, tenía su trabajo, que eran los frutos del mismo. Inmensas industrias en el mundo, antes que se generara la energía de la máquina, no tuvieron más energía que la del capital puesto en la esclavitud. En el siglo XIX cambia este concepto, y el trabajo se transforma en mercadería. Hay un hombre que lo vende y otro hombre que lo compra; el trabajo es el contrato de locación del esfuerzo personal; corre paralelo, en el Código Napoleón y en nuestro Código Civil, con el arrendamiento de cosas; se arriendan las cosas y se arriendan los esfuerzos; el alquiler de la casa tiene su paralelo en el alquiler del trabajo. Pero ese alquiler estaba en la filosofía del Código Napoleón y de nuestro Código Civil, regido por la ley de la oferta y la demanda. Y la ley de la oferta y la demanda fué la más grande de todas las ilusiones del individualismo. La ilusión de la libertad en el contrato de trabajo hizo decir a un filósofo humorista que era como la libertad del zorro libre en el gallinero libre. Por eso no puede extrañar a ningún espíritu reflexivo, que una legislación social haya venido en auxilio de la parte más débil en el juego de este contrato. ¿Por qué? Porque la desigualdad, decía Aristóteles, sólo se rectifica con otras desigualdades. Si a una desigualdad originaria le agregamos igualdad, nos sigue quedando desigualdad. Lo que necesitamos es crear privilegios en favor de los débiles para poner la balanza en el fiel que le corresponde. El trabajo del siglo XX es algo así como una economía dirigida, en la cual la materia prima, el esfuerzo humano, se regula por el instrumento de la ley" (*Discursos pronunciados en la XVª reunión anual de asociados de la Liga de Defensa Comercial*, Montevideo 1947, p. 30).

carácter institucional <sup>(11)</sup> en el derecho moderno deriva, justamente, de esta sujeción de los elementos individuales a los elementos sociales; de este predominio de lo público sobre lo privado; de esta regulación de los aspectos higiénicos, económicos, morales, familiares, por ministerio de la ley, en vista de un fin social.

Es sobre este punto, que el concepto de *dependiente* en el Código de Comercio (1866) y en el Código de Procedimiento Civil (1878) ha perdido hoy su significado originario. El concepto de trabajador de la actividad comercial y civil debe ser delimitado sobre otro plano, subordinado a la legislación social vigente, y la idea de dependen-

(11) La concepción institucional del trabajo y de la empresa puede advertirse, con amplio y seguro desenvolvimiento, en el estudio de AZEVEDO SODRÉ, *O poder disciplinar na empresa económica*, publ. en *Direito do Trabalho*, Río de Janeiro, 1941, p. 222. Esta concepción constituye una línea paralela de otras tantas teorías que interpretan con sentido de institución todos aquellos fenómenos de la vida jurídica o social que desbordan su originario contenido individual. La primitiva concepción institucional de la familia, ha trascendido últimamente, además del trabajo, a la empresa, al proceso, etc. Con relación a este último, GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1943, t. 1, p. 15. Por nuestra parte, hemos adherido a esta noción, en la reciente edición brasileña de *Fundamentos del derecho procesal civil*, São Paulo 1946, p. 100. La teoría de la institución, desenvuelta especialmente por HAURIU y luego por RENARD, ha sido tomada últimamente por los escritores norteamericanos. Estos últimos la conciben como "un método cooperativo de esfuerzo colectivo o de organización social" (BERNARD, *Introduction to social psychology*, 1928, p. 566) o como "un juego de ideas y sentimientos prevalentes en la sociedad, que se transparenta, oportunamente, en la conducta abierta y en la disposición habitual para tales actividades" (HAYES, *What is an institution*, en *Scientific Monthly*, 1926, t. 23, p. 556) o más sobriamente, como "una organización definida que persigue algunos intereses particulares, o intereses generales mediante procedimientos particulares" (MAC IVER, *Community*, New York 1928, cap. IV). GOTTSCHALK, *op. cit.*, p. 313.

cia en el trabajo debe referirse al derecho de nuestro tiempo <sup>(12)</sup>.

#### 4. Dependencia y legislación social.

Cuando se contempla el panorama de la legislación social que el país ha venido sancionando en el último tercio de siglo <sup>(13)</sup>, se advierte de qué manera la orientación de la misma procura, además de sus fines de higiene social, asegurar la independencia económica y moral del trabajador.

Para no hacer sino una referencia muy somera, basta tener en cuenta, en el primer sentido, las leyes que fijan

<sup>(12)</sup> La doctrina alemana, en especial la nacionalsocialista, asimiló de manera poco menos que absoluta la subordinación y la dependencia. Así, SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2ª edic. Jena, 1927, p. 171 y sigtes. En el derecho nazi, la asimilación se halla en la ley 20 de enero de 1934, sobre ordenación del trabajo nacional (RIVA SANSEVERINO, *Contratto d'impiego privato e contratto di lavoro manuale*, cit., p. 153). Tal asimilación se halla aún en autores recientes como BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., p. 19. Pero esa asimilación ha sido claramente superada por la doctrina más autorizada, que limita la subordinación a los elementos estrictamente relativos a la técnica y a la economía de la empresa. Así, especialmente, SIDAOU, *Teoría de las obligaciones en el derecho del trabajo*, cit.; REIS, *Alteração rescisiva do contrato de trabalho*, cit.; asimismo, con excelente desenvolvimiento, VASCO DE ANDRADE, *Atos unilaterais no contrato de trabalho*, São Paulo 1943, p. 27. Últimamente, BENITO PÉREZ, *Las sanciones disciplinarias en el contrato de trabajo*, en *Derecho del Trabajo*, B. Aires, t. 8, p. 5.

<sup>(13)</sup> Una cuidadosa recopilación de estos textos, puede hallarse en la obra de SANGUINETTI FREIRE, *Legislación social del Uruguay*, 2ª ed., Montevideo, 1949. Su exposición sumaria se hallará en el volumen *Legislación Uruguaya vigente*, editado por la *Comisión de Fomento del Comercio Interamericano*, Montevideo, 1947, publicado asimismo bajo el título *A statement of the laws of Uruguay in matters affecting business in its various aspects and activities*, Washington, 1947. Este libro contiene el informe que sobre tales materias hemos redactado conjuntamente con el Dr. HUGO BARBAGELATA.

los salarios por acto del poder público, sustrayéndolos a la imposición del empleador; a la determinación de categorías en el trabajo por parte de los mismos consejos de salarios; a las asignaciones familiares que determinan un acrecimiento *à forfait* del salario, en función de las mayores cargas familiares; a la asignación por despido que protege el riesgo eventual de la desocupación; al derecho jubilatorio, que en nuestro país cubre casi todos los renglones de la actividad laboral, y que suple lo que podría quedar en descubierto en este orden de cosas.

Basta examinar esas leyes en su conjunto para percibir de qué manera todas ellas procuran, en función de una mayor independencia económica, sustraer a la influencia excesiva del empleador aquellas condiciones de vida que se reputan sustanciales para la dignidad humana del obrero.

Existe, pues, una notoria correlación entre la legislación social y la independencia del trabajador. A modo de precepto, podríamos decir que a mayor avance de la legislación social, menor grado de subordinación del trabajador, el que no debe perder nunca el *status libertatis* propio de su condición humana.

##### 5. *Dependencia de hecho y de derecho.*

Sin embargo de lo expuesto, es necesario poner las nociones de independencia y de subordinación jurídicas, en el justo punto que les corresponde en el sistema del derecho.

La independencia, en especial la independencia que Maritain llamaba "la nécessité de rupture avec les vieilles servitudes du monde" (14), es un fenómeno demasiado pro-

(14) *Lettre sur l'indépendance. Courrier des îles*, Paris, 1935, p. 66.

fundo en su sentido humano para comprenderlo en una regla de derecho. Más de una vez ha llamado nuestra atención, en sucesivas reflexiones jurídicas, la insuficiencia del derecho para afrontar esta clase de problemas <sup>(15)</sup>. Decir que un empleado u obrero es independiente (o, para el caso en estudio, que no tiene la calidad de *dependiente* establecida en el art. 406) porque así lo dice un artículo de la Constitución o lo aseguran jurídicamente una serie de disposiciones legales, constituye un exceso de lógica jurídica, a expensas de la lógica viva.

El trabajador será dependiente o independiente en cada caso, según los hechos lo determinen y su conciencia moral lo refrende.

Lo que creemos poder afirmar a esta altura de nuestros estudios, es que el empleado no es *per se*, en su condición de tal, un testigo tachable, cuando es presentado en juicio. Podrá, acaso, ser dependiente en los hechos, pero no lo es para el derecho.

El que aduzca la *dependencia* tendrá que probarla; y probarla por otros motivos que no sean la condición de empleado u obrero.

En un medio como el nuestro, de educación popular suficientemente avanzada y de organización obrera eficaz, cuando un empleado declara contra el que hasta ayer fuera su compañero de trabajo, debe suponerse que lo hace por escrúpulo de la verdad. No se desafía impunemente, por la

(15) Así, últimamente, *La ley 10.783, sobre derechos de la mujer*, en *Rev. D. J. A.*, t. 45, p. 228. En sentido análogo DEL VECCHIO, *Dos ensayos. El "homo juridicus" y la insuficiencia del derecho como norma de vida*, trad. esp., México, 1943. Asimismo, el notable ensayo de LLAMBIAS DE AZEVEDO, *El sentido del derecho para la vida humana*, en *Rev. D. J. A.*, t. 41, p. 161.

sola razón de la obsequiosidad hacia el patrón, el odio y el desprecio de los compañeros en la lucha social y de los iguales en el deseo de conquistas y mejoramientos comunes.

La presunción no favorece al que tacha al empleado testigo; por el contrario, la presunción de independencia favorece a quien no teme predisponerse contra sus compañeros.

Pero esta presunción admite prueba en contrario. La demostración de que un empleado declara, por ejemplo, en términos idénticos, en todos los juicios de despido que se siguen contra un mismo patrón o la justificación de que el empleado es un incondicional del empleador, serían otras tantas situaciones de hecho dignas de considerarse en las diversas situaciones particulares.

## 6. Conclusión.

El art. 406: C. P. C. no configura la tacha del empleado, sino la del *dependiente* o sirviente; el empleado, por la sola razón de ser tal, no es tachable puesto que no tiene, en el derecho actual, una situación de *dependencia* que invalide su declaración. Su situación frente al empleador es de subordinación, pero no de dependencia; como tal, es idóneo como testigo, para declarar a proposición de cualquiera de las partes.

Esa idoneidad es un criterio general; el derecho procede en las presunciones de este tipo "id quod plerumque accidit" <sup>(16)</sup>.

Pero esa suposición no es absoluta y será admitida la prueba tendiente a demostrar que en *los hechos* no existe la independencia que se presume en el derecho.

(16) FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit. p. 154.

Como ha sucedido en muchas otras situaciones del derecho del trabajo, se opera aquí una inversión de la carga de la prueba, abandonándose los criterios tradicionales <sup>(17)</sup>.

A estar a una interpretación aislada del art. 406, parecería que la condición de empleado (*prima facie* dependiente) releva al que tacha al testigo de probar la dependencia. Pero en una interpretación de esa norma en armonía con el conjunto general de nuestras leyes sociales, apuntadas todas ellas hacia el fin de asegurar la independencia moral y cívica del trabajador, la presunción de dependencia no puede admitirse. Será quien aduzca esa dependencia, quien debe probarla con arreglo a los principios del derecho común.

La vinculación jurídica del empleado u obrero con el empleador apareja, por sí sola, la subordinación. Pero no la dependencia. El que invoque ésta, debe probarla.

(17) Cfr. *Algunas nociones fundamentales de derecho procesal del trabajo* en el t. 1, de estos *Estudios*. Asimismo, TRUEBA URBINA, *Derecho procesal del trabajo*, cit., t. 2, p. 214.



## 8. LA DECLARACIÓN JURADA SOBRE HECHOS RELATIVOS A LA PERSONALIDAD

**SUMARIO:** 1. El texto legal. — 2. Fuentes inmediatas. — 3. Fuentes mediatas. — 4. Concordancia de las fuentes. — 5. La prueba de posiciones. — 6. Estado actual del asunto. — 7. Consecuencias de la tesis admitida. — 8. La solución en el Proyecto de 1945.

## LA DECLARACIÓN JURADA SOBRE HECHOS RELATIVOS A LA PERSONALIDAD

### 1. *El texto legal.*

La mayoría de los Códigos de filiación hispano-americana incluyen, en el elenco de las diligencias preparatorias de la demanda, una según la cual el actor puede citar al futuro demandado, para que preste declaración jurada sobre hechos relativos a su personalidad, sin cuyo conocimiento no se puede entrar al juicio <sup>(1)</sup>.

Algunos de esos textos añaden una referencia a la prueba de posiciones en cuanto a la forma de diligenciamiento o en cuanto se refiere a su eficacia. Pero la mayoría de los Códigos carece de esa alusión y sumerge al intérprete en la incertidumbre respecto de la naturaleza, el procedimiento y la eficacia de este medio de prueba.

A título de simple enunciación, cabe preguntarse si se trata de una prueba de posiciones o si, a falta de alusión expresa, será menester remitirse a la prueba testimonial, por cuanto el citado no es aún parte en el proceso. Consecuencia de la respuesta que se dé a esa primera pregunta,

<sup>(1)</sup> Uruguay, art. 253; Cap. Fed., art. 67; concordancias en FERNÁNDEZ, *Código comentado*, 2ª edic., p. 143

será la de saber si la prueba se habrá de diligenciar bajo forma de interrogatorio (forma de declaración testimonial) o de proposiciones asertivas (forma de las posiciones). Es dudoso, asimismo, si el citado podrá concurrir acompañado de abogado o si le será prohibido ese asesoramiento. La más grave de las consecuencias será, sin duda, la de saber si la inasistencia del citado permitirá hacer efectiva contra él la *ficta confessio* o si, por falta de texto que la autorice, no podrá el juez imponer esa grave sanción.

No son éstas, como decimos, las únicas consecuencias. La pregunta preliminar trae consigo muchas otras.

Pero lo fundamental consiste en saber si la declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad del futuro demandado, sin cuyo conocimiento no puede entrarse al juicio, es o no una prueba de posiciones. Carnelli, en un excelente estudio <sup>(2)</sup> ha sostenido la tesis afirmativa. Aquí intentaremos la defensa de la tesis negativa.

Entendemos que ese texto, ni por sus fuentes, ni por su contenido, ni por su implantación dentro del sistema de la prueba, configura una prueba de posiciones. Se trata, en nuestro concepto, de un medio que no constituye ni prueba testimonial ni posiciones propiamente dichas, sino de una tercera forma de declaración.

## 2. Fuentes inmediatas.

El art. 253, inc. 1º de nuestro Código, coincide literalmente con el art. 226, inc. 1º del Proyecto Requena.

Requena tomó literalmente el texto del art. 70, inc. 1º

<sup>(2)</sup> CARNELLI, *Las diligencias preparatorias de la demanda son elementos de prueba y en tal concepto revisten el carácter de posiciones*, en *La Ley*, t. 17, p. 1, sec. jur. extr. y en *Rev. D. J. A.*, t. 38, p. 155.

del Proyecto argentino de Domínguez, presentado al Ministerio de Nicolás Avellaneda el 1º de junio de 1868.

Domínguez utilizó para su texto una fórmula semejante que ya estaba consignada en el art. 222, inc. 1º de la Ley de Enjuiciamiento española de 1855.

La ley de 1855 condensa el texto de la Ley I del Título X de la Partida III, ilustrado con los comentarios de sus glosadores, y, en especial, con la glosa de Gregorio López.

Decía esta ley: "De las preguntas que puede hacer el demandador al demandado antes que se comience el pleyto por demanda et por respuesta". "Ciertas preguntas son las que puede hacer el demandador al demandado sobre la cosa que quiere hacer su demanda ante que el pleyto se comienze, et son de tal natura que si el demandador non las ficiese en aquel tiempo, et otrosí el demandado non respondiese a ellas, que non podrie despues ir adelante ciertamente".

Por vía de ejemplo, la ley I pone los siguientes casos: demanda contra el heredero por obligaciones de su causante; demanda contra el propietario por daños causados por su siervo o animal; acciones por amenaza de ruina de la propiedad lindera; demandas por obligaciones contraídas por el hijo o el siervo contra el padre o señor; interrogación al demandado acerca de su edad, para saber si debe proveérsele de curador; demanda contra el poseedor, para cerciorarse de la posesión.

Y concluye: "Et sobre todo esto decimos que el juzgador puede hacer otras preguntas en el pleyto al demandador et al demandado en qual tiempo quier fasta que dé el juicio acabado entre ellas. . .".

### 3. *Fuentes mediatas.*

La fórmula de la ley X de la Partida III relativa a las preguntas preliminares del juicio, tiene un origen típicamente romano.

Coincide, tal como lo dice la glosa de López, con el instituto de las *actiones interrogatoriae*, contenido en el Digesto, XI, I, 1 § 1.

Dice la glosa de Gregorio López: "En el título del *Digesto, de interrog. act.* se trata también de esas preguntas que hoy han dejado de estar en uso, según Especul. tit. *de interrog. quoe fixunt ante lit. contest*, col. 2 y se da lugar a ellas aun después de contestado el pleito, como dice Albert a la l. l. D. d. tit. hacia el fin. Y el que se manifestare contumaz a contestar semejantes preguntas se considera que las ha negado, I, ll. 4, D. d. tit. y V. Bald. a la l. unic. col. 19. C. *de confes.*".

Si nos tomamos la preocupación de confrontar las afirmaciones del glosador español con los pasajes del Digesto a que él alude, advertimos como exacta su premisa de que la declaración jurada previa al juicio (*interrogationes ante litem contestatam*), habían caído ya en desuso en tiempos de la codificación justiniana.

Dice el fragmento del Digesto:

"Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur ante iudicium de suo iure aliquid respondere, ideoque minus frequentantur et in desuetudinem abierunt., sed tantummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, quae ab adversa parte expressa fuerint apud iudices vel in hereditatibus vel in aliis rebus, quae in causis vertuntur".

El desuso del derecho romano se extendió a las Partidas.

Los comentaristas más modernos de éstas también lo confirman.

En la edición francesa de Rosa y Bouret, París, 1861, con las glosas originales de López, en latín, no aparece comentario alguno. Pero en la rara edición de Barcelona hecha por Bergnes, en 1844, aparecen algunas notas de los señores Sanponts y Barba, Martí de Eixalá y Ferrer y Subirana, traductores también de las glosas al español, coincidentes con la glosa: "Las preguntas hechas por una parte a la otra antes de comenzarse el pleito por demanda y respuesta, han caído efectivamente en desuso, como advierte aquí el glosador" (3).

#### 4. *Concordancia de las fuentes.*

El aludido pasaje del *Digesto* concuerda con numerosos textos similares del mismo cuerpo.

En el amplio comentario que se destina a este instituto en las *Pandectas* de Gluck (4) se cita cerca de un medio centenar de pasajes que tienen relaciones concretas con el principio general.

Por lo demás, las interpretaciones de los glosadores, y la vasta doctrina moderna (5), parecen haber aclarado suficientemente su sentido.

(3) T. 2, p. 219.

(4) Traducción italiana, bajo la dirección de SERAFINI, COGLIOLO y FADDA, libro XI, Milán, 1903.

(5) La obra moderna de investigación que se acostumbra a citar como concluyente sobre este particular es la de DEMELIUS, *Die confessio im römischen Civilprozess und das gerichtliche Geständnis der neuesten Prozessgesetzgebung*, Graz, 1880. Un amplio resumen en la nota de CASTELLARI a las *Pandectas* de GLUCK, *Appendice del traduttore al § 745, op. cit.*, p. 54. También ENGELMAN, *Der mittelalterlich-deutsche*

Luego de esos elementos de juicio, de cuyo resumen se hace aquí gracia al lector, no puede quedar duda alguna de que las interrogaciones previas a la demanda, no tuvieron ni en el Digesto, por razón que más adelante se verá, ni en los comentarios de sus intérpretes, el sentido de una prueba de confesión en forma de posiciones.

En el Digesto se advierte que ya existían en el segundo período del derecho procesal romano: el de la *cognitio extra ordinem*.

También se advierte que durante ese período habían caído ya en desuso, por lo menos en la forma que habían asumido en el primer período.

En esta época, dice Wenger, ha caído ya la importancia de la antigua *interrogatio in iure*, desaparecida con la subdivisión del procedimiento y las *interrogationes* han venido a ser tan sólo argumentos de prueba.

Esa fué pues, la natural transformación de este tipo de declaraciones, ya existente en el período anterior, del *ordo judiciorum privatorum*.

Durante ese primer período del derecho procesal romano (<sup>6</sup>), ante el pretor, podían surgir elementos impositivos

*Prozess*, en su *Geschichte des Civilprozesses*, Breslau, 1890, traducido por ROBERT WYNESS MILLAR en *A history of Continental Civil Procedure*, de la Colección *The Continental Legal History Series*, publ. por la *Association of American Law Schools*, Boston, 1937. También, LIEBMAN, *Sul riconoscimento de la domanda*, en *Studi in onore di Chiovenda*, p. 459 y ALLORIO, *Il giuramento della parte*, Milán, 1937, p. 52 y sigtes.

(<sup>6</sup>) La distinción clásica de las dos etapas del derecho procesal romano toma como punto de referencia el siglo III. La primera, desde los orígenes, hasta ese momento; la segunda desde él hasta la compilación justiniana. Así, ENGELMAN, *Geschichte*, cit., en MILLAR, cit., p. 247. WENGER, *Institutionem*, trad. ORESTANO, Milán, 1938. COSTA, *Profilo storico, Introd.*, p. 1, y sigtes.

de la litis, que versaban regularmente sobre presupuestos procesales. Así, p. ej., la competencia del magistrado, la capacidad procesal o legitimación procesal de las partes, los acuerdos previos o cauciones que podían requerirse los litigantes, etc. (7).

Entre esas cuestiones previas, relativas a la legitimación procesal, se hallaba la *interrogatio in iure*, consistente en la interrogación que el actor formulaba al demandado, para determinar la capacidad o la condición en que éste debía actuar en el juicio.

La duda podía recaer sobre la condición de heredero o sobre la porción que como heredero le correspondía en la herencia. El interrogado estaba obligado a responder y por su respuesta era determinada la acción.

Pero sucedía a veces que el interrogado negara falsamente su condición de heredero, o afirmara serlo por una parte menor, o contestara dubitativamente. En esos casos, el interrogatorio inicial era complementado con una *actio* en beneficio del actor, cuya finalidad era obtener la determinación exacta de la condición en que el demandado actuaría en el juicio.

Esta "actio interrogatoria ante litem" creaba por anticipado una ficción en contra del demandado: se le suponía heredero y se le trataba como heredero de toda la herencia. Mediante la ficción se creaba lo que hoy llamaríamos su legitimación pasiva: la suposición de que tenía capacidad bastante como para ser parte demandada, y por la totalidad de las cosas reclamadas (8).

(7) Ampliamente, WENGER, *op. cit.*, p. 94 y sigtes. Más brevemente, COSTA, *op. cit.*, p. 59.

(8) Existía, además, la recíproca ficción: "Si quis cum heres non esset, interrogatus responderit ex partem heredes esse, sic convenietur



### 5. *La prueba de posiciones.*

Los elementos de juicio anotados, parecen decidir por sí solos el problema en estudio. Pero ocurre que otro argumento de carácter histórico agota el debate en un sentido de absoluta claridad.

Cuando se trata de averiguar el origen de la prueba de posiciones, se comprueba que ella fué desconocida en el derecho romano.

Fué más tarde, en el derecho canónico del período intermedio, que se recogieron algunas prácticas procesales del derecho común medioeval, y se fueron elaborando lentamente, por obra de los jurisconsultos, las que hoy conocemos con el nombre de posiciones.

La costumbre creó las posiciones, por el uso de dar a la demanda la forma de una aseveración. Fué luego la interpretación de los textos del derecho canónico, reforzada por la interpretación de los textos civiles en materias afines, o tenidos por tales, la que hizo surgir y mantuvo en vigor la doctrina de las posiciones <sup>(9)</sup>.

Engelman <sup>(10)</sup> recuerda de qué manera esa costumbre, de origen primitivamente germánico, tenía una virtud de que carecían las *interrogationes* romanas. Según ella, las partes eran compelidas ante el tribunal, para eliminar dudas, vaguedades y aclarar los puntos de hecho, ya que su ausencia o su silencio, se interpretaban como asentimiento.

atque si ex ea parte heres esset: fides enim ei contra se habebitur". *Digesto*, t. 1, II, I. WENGER, p. 96.

<sup>(9)</sup> CASTELLARI, *Genesi delle posizioni come ius vigenti e come dottrina*, en las *Pandectas* de GLUCK, t. XI, p. 69. Conforme, ENGELMAN, p. 471. LIEBMAN, p. 460. PISANELLI, SCIALOIA y MANCINI, *Comentario*, según GALDI, t. 4, p. 303.

<sup>(10)</sup> *Geschichte*, cit., p. 472.

Los tribunales italianos no hallaron dificultad en admitir este *procedimiento posicional*, ya que para ello tenían como antecedente similar las *interrogationes in iure* del antiguo derecho.

Pero ocurrió aquí lo que frecuentemente sucede frente a dos medios jurídicos de diferente eficacia. El más vigoroso y útil de ellos, absorbe y aniquila al menos vigoroso.

Las posiciones, con el considerable valor coactivo de la *ficta confessio*, absorbieron y dejaron sin sentido las acciones interrogatorias que, desprovistas de esa considerable eficacia, quedaron en el futuro como un instrumento poco menos que inútil.

#### 6. *Estado actual del asunto.*

No deja de tener cierta ironía que, luego de siete siglos, se renueve la necesidad de una distinción que había preocupado a los doctores de la Edad Media.

Fué necesario el famoso estudio de Durante <sup>(11)</sup> para disipar la duda de los glosadores y de la doctrina posterior. "Es verdaderamente admirable, dice Castellari, su paciente estudio, en el cual errando a veces, pero siempre beneficiando, iluminó las fuentes romanas, para extraer de ellas el germen vivificador de las nuevas normas jurídicas, reclamadas por las necesidades de la nueva edad" <sup>(12)</sup>.

En un comienzo, las interrogaciones y las posiciones, son dos especies de un mismo género, aun cuando las segundas tienen una evidente tendencia a predominar sobre las pri-

<sup>(11)</sup> Speculum iuris, rubr. "de interrogationibus quae fiunt ante litem contestatam" (lib. II, parte primera), y "de positionibus (lib. II, parte 2ª), "de confesionibus". Preciso resumen en la nota a GLUCK, p. 68 y sigtes.

<sup>(12)</sup> *Delle posizioni* . . . , en GLUCK, p. 69.

meras. Pero a partir de Durante, cesan de ser una especie, para transformarse en un verdadero género. Las interrogaciones no quedaron eliminadas, pero pasaron a ocupar un lugar absolutamente secundario.

Y concluye Castellari: "ambos institutos germinaron en el mismo tronco, pero luego se destacaron y cobraron vida independiente" (13).

Aunque la labor de comparación de ambos institutos fué hecha por Miquelorio en un libro que lleva fecha del año 1607, quien en su tiempo ya había hallado entre las interrogaciones y las posiciones, nada menos que quince semejanzas y quince diferencias (14), conviene hoy repasar, con relación a nuestro derecho y en términos modernos, los elementos fundamentales que distinguen unas de otras.

a) *Históricamente*. — No existe confusión posible entre ambos fenómenos: uno proviene del derecho romano, otro del derecho germánico y común. La subsistencia actual de ambos, sólo se justifica por esos largos e inexplicables arrastres históricos que dan a ciertos fenómenos jurídicos una especie de sobrevida muy superior a la de su existencia normal.

b) *Dogmáticamente*. — Interrogación y posiciones, parten de dos supuestos antagónicos. La interrogación supone *las dudas* del actor, que no sabe a quién demandar. La posición supone *la certeza* del ponente, que no duda de lo que afirma y sólo aspira a que lo confirme el absolvente. A tal punto, que, como en el derecho inglés, la doctrina y la jurisprudencia, consideran las posiciones como afirmaciones válidas del ponente.

(13) *Delle posizioni* . . . , en GLUCK, p. 73.

(14) CASTELLARI, cit. p. 73.

c) *Prácticamente*. — Los resultados de ambos medios son antagónicos. Las posiciones tenidas por absueltas en rebeldía suponen confesión. Se supone que el citado a absolver, consiente o confirma las proposiciones del ponente. En las interrogaciones, en cambio, nada puede darse por confirmado. ¿Cómo interpretar el silencio del futuro demandado a quien el actor cita para que declare si es o no heredero, si es dueño del todo o de parte de la herencia, si es dueño del animal o de la cosa que ha causado el daño? ¿Qué contenido puede tener el silencio, si el actor nada ha afirmado? ¿Se le tendrá por heredero, por único sucesor, por propietario? ¿Y si no lo fuera?

No sólo desde un punto de vista lógico, esa suposición es imposible, sino que el valioso antecedente histórico de la glosa de Gregorio López, apoyada en Baldo, indica que si el demandado “se manifestare contumaz a contestar semejantes preguntas, se considera que las ha *negado*”. Además, como se ha visto en el propio derecho romano, si las interrogaciones no daban resultado por ausencia del citado, no funcionaba ninguna presunción, sino que era necesaria una acción autónoma para llegar a un fin.

#### 7. *Consecuencias de la tesis admitida.*

La tesis sostenida no parece vulnerada por las diversas opiniones que, en sentido contrario, han sido traídas al debate.

La abundante información del estudio de Carnelli reclama algunas rectificaciones y puntualizaciones.

Por lo pronto, es oportuno recordar que no es la de Calvento la única tesis en disidencia. Lo estaría, también, sin

duda, la de De María, recogida en los apuntes de sus Lecciones <sup>(15)</sup>.

La opinión de Alcalá Zamora y Castillo tampoco puede ser incorporada a la tesis favorable, pues, evidentemente, no se refiere a la confesión, sino *al juramento* <sup>(16)</sup>.

Y por último, no parece eficaz traer al examen de nuestro texto, los comentaristas de la Ley de Enjuiciamiento del 81, porque esa ley asimila, por norma expresa, la declaración jurada a las posiciones (art. 498) <sup>(17)</sup>; ni tampoco a autores como Castro, que sólo afirman que esa declaración es una confesión <sup>(18)</sup>; ni como Podetti, que aluden al art. 99, inc. 1 del Código de Mendoza, ya que este texto denomina expresamente *posiciones* al instituto en estudio <sup>(19)</sup>.

Cuando nuestra jurisprudencia ha debido pronunciarse sobre este punto, lo ha hecho en el sentido, expreso o implícito, de que no se trata de una prueba de posiciones <sup>(20)</sup>.

Esto admitido, nos permitiremos dar respuesta a las cuestiones accesorias planteadas en un comienzo.

<sup>(15)</sup> *Lecciones*, Montevideo, 1920, t. 2, p. 61. GALLINAL, *Estudios*, n. 80, reproduce las palabras de DE MARÍA en el trabajo que aparece publicado en *Rev. D. J. A.*, t. 9, p. 354. Pero lo cierto es que no puede inferirse de esta exposición un concepto distinto al expuesto en las *Lecciones*, pues el tema de la declaración anterior al juicio no ha pasado por la imaginación del maestro.

<sup>(16)</sup> *Op. cit.*, p. 287.

<sup>(17)</sup> MANRESA, t. 2, p. 497.

<sup>(18)</sup> *Lecciones*, t. I, p. 303.

<sup>(19)</sup> *Comentarios*, t. I, p. 168.

<sup>(20)</sup> Fallo del Dr. SANGUINET, confirmado por el Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno, en *Rev. C. E. D.*, t. 1, 1927, p. 491; fallo del Dr. FERRANDO Y OLANO, confirmado por el Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno, en *Rev. D.J.A.*, t. 28, p. 13; fallo de la Supr. Corte de Justicia, en *Jur. A. S.*, t. 2, p. 648; fallo del Dr. GARICOITS, en *Rev. D. J. A.*, t. 38, p. 149; fallo del Dr. MIRANDA, confirmado por el Dr. LANDÓ, en *Rev. D. J. A.*, t. 38, p. 154.

a) La calificación de la medida queda librada al prudente arbitrio del juez, en cuanto a su contenido. El pliego de preguntas puede presentarse cerrado; pero el juez debe disponer su apertura, para examinar si se trata, efectivamente, de declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad, o si, por el contrario, en él se oculta una prueba de posiciones.

En este punto, es menester no perder de vista que la prueba de posiciones sólo procede cuando rige sobre las partes la carga de la afirmación (o, eventualmente, de la negación) <sup>(21)</sup>. En nuestro Código, esto ocurre después de contestada la demanda y hasta la citación para sentencia. No es posible, pues, que bajo el manto de una declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad, se esconda una prueba de posiciones, prohibida por la ley, y cuya única finalidad sería la de obtener, mediante una emboscada, un pronunciamiento sobre hechos cuyo significado sólo se puede conocer luego de propuesta la demanda.

Existe una tentación incontenible en muchos litigantes de lograr a espaldas del método del contradictorio, que constituye uno de los pilares de sostén del derecho probatorio <sup>(22)</sup>, ventajas procesales. El contralor judicial es, pues, indispensable a este respecto.

El juez podrá, luego de examinado el pliego que contiene las preguntas, disponer que se cierre nuevamente, para ser abierto en el instante de la diligencia.

b) La citación al adversario no habrá de hacerse bajo apercibimiento alguno. No corresponde el apercibimiento propio de la prueba de posiciones, en atención a la tesis que

<sup>(21)</sup> Cfr., en este mismo volumen, p. 142.

<sup>(22)</sup> *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 129.

hemos admitido. Y no corresponde el apercibimiento establecido para los testigos, de conminarles a concurrir con la fuerza pública, ya que el citado no tiene la calidad de testigo. No corresponde imponer tal tratamiento a quien comienza por ser interesado en el juicio futuro, y como tal, inidóneo para ser considerado como testigo.

c) Las soluciones han sido contradictorias, en los fallos arriba indicados, en cuanto a saber si el citado puede comparecer asistido de abogado. En nuestro concepto, no corresponde que lo haga con tal asistencia. La respuesta al interrogatorio no es un acto de defensa. En la clasificación de los actos procesales que oportunamente expusieramos en estos mismos *Estudios* (23), le corresponde la calidad de acto de participación de conocimiento. Y para este tipo de manifestaciones, no procede la asistencia letrada. Para declarar acerca de una circunstancia inherente a la propia personalidad, que no puede ignorarse ni siquiera deformarse, basta con la ciencia y con la conciencia propia del citado. Ni el testigo, ni el citado a absolver posiciones van acompañados de asesor para manifestar a la justicia lo que saben; y siendo así, por un elemental escrúpulo de interpretación sistemática, creemos que, tampoco en este caso, corresponde la asistencia letrada.

d) Si el citado no concurre, la diligencia se ha frustrado en cuanto a obtener del futuro demandado los elementos de información indispensables para promover el juicio.

La inasistencia será calificada por el juez cuando se trate de juzgar la buena o mala fe de los litigantes en el juicio principal. La culpa de que el juicio fuera mal iniciado, contra quien no es heredero o propietario, puede hacerse recaer

(23) Cfr. t. 1, p. 60.

sobre el demandado que se ha rehusado a prestar su declaración. Será éste un caso de condena en costas al vencedor, del que más de una vez se ha ocupado la doctrina <sup>(24)</sup>.

Pero lo que no corresponde, en nuestro concepto, es que la ausencia del citado se interprete en uno u otro sentido, ya sea considerándolo heredero o considerándolo propietario. Si luego resultara que no lo fuera, la demanda deberá ser forzosamente desestimada, pues una diligencia preparatoria de la demanda no puede constituir, de por sí, un motivo para que se imponga una carga o una obligación a quien no se hallaba ligado por ella.

Es ésta la más importante de las conclusiones a las que llega el presente estudio: el juez no puede, frente a un texto de ley que nada establece, ni en un sentido ni en otro, crear una situación jurídica procesal que podría ser la negación misma del derecho material. Distinta es la situación, en los casos en que un texto expreso de ley determina lo contrario <sup>(25)</sup>.

e) Si la parte citada concurre y manifiesta algo contrario a su interés, la respuesta tiene el carácter de una confesión.

En este punto las dos tesis opuestas, de que se ha hecho caudal a lo largo de este estudio, actúan en coincidencia.

Si se admite que son posiciones, la respuesta no ofrece

<sup>(24)</sup> Cfr. SENTÍS MELENDO, *La imposición de costas al vencedor*, en *Rev. D. P.*, Madrid, 1935, p. 48. El mismo: *Costas. Posibilidad de imponerlas al vencedor*, en *Rev. D. Pr.*, 1944, II, p. 356; REIMUNDIN, *El concepto de litigante vencido a los efectos de la condena en costas*, en el volumen de *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, p. 583. Asimismo, el trabajo que sobre ese tema se publicará en el t. 3 de estos *Estudios*.

<sup>(25)</sup> Así sucede, p. ej., en el *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, según más adelante se refiere.



duda alguna, ya que el reconocimiento que se haga al contestar tiene el mismo valor que la respuesta dada cuando se absuelven las posiciones. Si el citado dice: "efectivamente, soy heredero de X", o "soy legatario de tal bien", o "soy condómino de N", su respuesta le obliga, y el juez puede dar el valor de plena prueba a esa respuesta, sin necesidad de acudir a otro elemento de información. Es lo que dice Carnelli en sus conclusiones citadas: "lo que el futuro demandado pruebe a ese efecto y, con el grado que se le reconozca, formará parte del juicio y, por lo tanto, no podrá ser excluido de la prueba de fondo, ni dejará de instruir al juez, en lo que con aquel mismo hecho se relacione, para dictar sentencia" (26).

Pero si se sostiene que no son posiciones, ¿será la misma la conclusión?

Sí. Por las siguientes razones:

Toda manifestación de conocimiento que revela un hecho contrario al interés de quien la formula, constituye prueba de confesión. Para la doctrina más autorizada, esa manifestación es al mismo tiempo una expresión obligatoria de la voluntad, que adquiere el carácter de un negocio jurídico procesal (27). El litigante que en juicio afirma un hecho que le es perjudicial, agota las facultades del juez para ir a investigar ese mismo hecho por otros medios de prueba; sus poderes han quedado extinguidos allí, salvo circunstancias excepcionalísimas de dolo o fraude, o en aque-

(26) CARNELLI, *op. cit.*, p. 154.

(27) WACH, *Das Geständnis*, en *Archiv für Zivilistische Praxis*, 1881, p. 201; CARNELUTTI, *Prova civile*, p. 306; el mismo, *Sistema*, t. 1, n. 301; LIPARI, *Sull'indivisibilità della confessione*, en *Riv. D. P. C.*, 1925, I, p. 127; ANDRIOLI, *Confessione*, en *Nuovo Digesto Italiano*, t. 3, p. 762.

llas situaciones en las cuales no surte efectos el principio dispositivo del proceso. El que reconoce ser heredero, legatario o comunero, no sólo suministra al juez un medio de información de enorme importancia, sino que hace más: emite una declaración de voluntad jurídicamente obligatoria, por la cual se somete a todas las consecuencias perjudiciales a su interés, que emanan de la condición de heredero, de legatario o de comunero.

El hecho de que esa manifestación se haga antes del juicio, le quita, evidentemente, a nuestro modo de ver, el carácter de *prueba de posiciones*. Se definen las posiciones habitualmente como "la confesión provocada *en juicio* bajo juramento, por disposición del juez a requerimiento de la parte contraria" (28).

De acuerdo con el art. 437, C.P.C. las posiciones se ponen después de contestada la demanda (o antes, si hubiera algún incidente previo); pero no hay posiciones antes de ser interpuesta la demanda.

Pero la circunstancia de que no se conciba la prueba de posiciones antes de ser interpuesta la demanda, no significa que no exista la posibilidad de que haya confesión.

El reconocimiento de un hecho en las diligencias preparatorias del juicio puede ser considerado una confesión extrajudicial, ya que a estar a la disposición del art. 1607, C.C. se considera que *extrajudicial* quiere decir fuera de juicio y no fuera de la actividad de los jueces. Si esa confesión es *escrita* como es forzoso, dado el carácter de nuestro proce-

(28) ALSINA, *Tratado*, t. 2, p. 242. Debe atribuirse a un error tipográfico que se diga "por disposición del juez o requerimiento de la parte contraria". No es una alternativa, sino una sola posibilidad. El juez, sin requerimiento de parte, no puede disponer absolución de posiciones.

dimiento, tiene, en general, la eficacia de todas las declaraciones que constan en un documento suscrito por la parte interesada.

#### 8. *La solución en el Proyecto de 1945.*

Como en todos los otros casos que se recogen en esta obra, en los cuales una inquietud de orden científico nos ha persuadido de la insuficiencia del derecho vigente, en esta materia también hemos intentado la reforma en el Proyecto de 1945.

A tal fin responde el siguiente texto:

“Art. 92. *Declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad.* — Podrá el actor, antes de interponer la demanda, pedir que la persona a quien se propone demandar preste declaración jurada sobre algún hecho relativo a la personalidad, sin cuyo conocimiento no pueda iniciarse el juicio.

La declaración se prestará en la forma prevista para la prueba de posiciones, en cuanto fuere aplicable.

El juez abrirá previamente el pliego y eliminará del mismo los puntos que no se refieran estrictamente a la personalidad del demandado. Verificada la inspección, dispondrá el cierre del pliego y la realización de la diligencia.

Si el citado no concurre a las dos citaciones que se le harán, el juez dispondrá la nueva apertura del pliego y tendrá por ciertos los hechos que en él se consignaren en forma asertiva, sin perjuicio de la prueba en contrario que se produjera una vez iniciado el juicio”.

## 9. EL JURAMENTO PREVIO A LA ABSOLUCIÓN DE POSICIONES

**SUMARIO:** 1. Planteo de la cuestión. — 2. La confesión y el juramento en el sistema de la prueba. — 3. Técnica de la confesión. — 4. Técnica del juramento. — 5. Incongruencia técnica de la confesión bajo juramento. — 6. Conclusión. — 7. Juramento y posiciones en el Proyecto de 1945.

## EL JURAMENTO PREVIO A LA ABSOLUCIÓN DE POSICIONES

### 1. *Planteo de la cuestión.*

La confesión, como medio de prueba, reposa sobre un presupuesto psicológico: cuando el espíritu del confesante se halla en absoluta libertad de pronunciarse sobre un hecho, si reconoce la existencia de una circunstancia que es perjudicial a su interés, cabe suponer que ha dicho la verdad.

El juramento, también como medio de prueba, parte de otra suposición. Colocado el espíritu en determinadas condiciones de impresionabilidad, o bajo la coacción de sus sentimientos ético-religiosos, se constituye en el jurante un estado de ánimo propicio a la declaración de la verdad.

Cuando el art. 125 del Código de Procedimientos de la Capital Federal, concordante en el concepto con el art. 437 del Código de Procedimientos uruguayo, habla de que "podrá cada parte exigir que la contraria, absuelva, *con juramento, posiciones* concernientes a la cuestión que se ventila", ¿no incurre en una asimilación inadmisibles de dos medios de prueba lógica y jurídicamente incompatibles? (1).

(1) La unión del juramento y de las posiciones, ya se hallaba en la Partida III, ley 2, tít. 8, las que permitían que las posiciones se rea-

## EL JURAMENTO PREVIO A LA ABSOLUCIÓN DE POSICIONES

### 1. *Planteo de la cuestión.*

La confesión, como medio de prueba, reposa sobre un presupuesto psicológico: cuando el espíritu del confesante se halla en absoluta libertad de pronunciarse sobre un hecho, si reconoce la existencia de una circunstancia que es perjudicial a su interés, cabe suponer que ha dicho la verdad.

El juramento, también como medio de prueba, parte de otra suposición. Colocado el espíritu en determinadas condiciones de impresionabilidad, o bajo la coacción de sus sentimientos ético-religiosos, se constituye en el jurante un estado de ánimo propicio a la declaración de la verdad.

Cuando el art. 125 del Código de Procedimientos de la Capital Federal, concordante en el concepto con el art. 437 del Código de Procedimientos uruguayo, habla de que "podrá cada parte exigir que la contraria, absuelva, *con juramento, posiciones* concernientes a la cuestión que se ventila", ¿no incurre en una asimilación inadmisibles de dos medios de prueba lógica y jurídicamente incompatibles? (1).

(1) La unión del juramento y de las posiciones, ya se hallaba en la Partida III, ley 2, tit. 8, las que permitían que las posiciones se rea-

En otros términos: ¿es concebible que, en un mismo acto, disponga el confesante de la libertad necesaria para reconocer el hecho que le perjudica y que sufra simultáneamente la coacción ético-religiosa que es presupuesto del juramento?

Sobre este tema, cuya proyección práctica estaría representada por el problema de la validez de la absolución de posiciones sin previo juramento <sup>(2)</sup>, ensayan estas líneas un criterio de solución.

## 2. *La confesión y el juramento en el sistema de la prueba.*

La investigación requiere un balance previo de los valores lógicos y jurídicos.

Comencemos por admitir que la prueba civil no es un medio de averiguación de la verdad. Es tan sólo un medio de contralor de la verdad invocada por las partes en el juicio <sup>(3)</sup>. El contralor de la verdad invocada se verifica por el juez, quien se vale, para esos fines, del material suministrado por las partes.

lizaran con o sin juramento. Fueron la Recopilación Castellana, Ley 2, tít. 7, lib. 4, y la Novísima Recopilación, Ley 2, tít. 9, lib. 2, las que hicieron preceptivo el juramento. En Francia, el juramento previo a la confesión fué derogado por la Ordenanza de abril de 1667. Cfr. PERIN, *Rapport au Tribunat*, en LOCRÉ, t. 21, p. 622; GARSONNET, CÉZAR-BRU, *Traité*, t. 2, p. 476. En Italia sólo había quedado en los Reglamentos de Toscana y Liguria. Cfr. CASTELLARI, apéndice a los párrafos 747 y 749 de las *Pandectas*, de GLUCK.

<sup>(2)</sup> En el sentido de la nulidad, J. A., t. 10, p. 478; en el sentido de la validez, RODRÍGUEZ, *Comentarios*, t. 1, p. 234; FERNÁNDEZ, *Código comentado*, p. 147 y fallos allí citados.

<sup>(3)</sup> Esta idea ya estaba apuntada por CARNELUTTI, *Prova civile*, p. 31 y sigtes. y hemos tratado de llevarla adelante en *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 101.

Probar un hecho es, pues, entregar al juez (4) los medios de prueba de que dispone cada parte (instrumentos, testigos, peritajes, etc.) para que éste los valore de acuerdo con presupuestos jurídicos, lógicos o psicológicos.

El contralor judicial es una función que la ley asigna al magistrado, y cuyo contenido, sustancialmente intelectual, responde a un mecanismo de inducciones y deducciones que según se ha visto (5), se opera de la siguiente manera:

1. *Por percepción* (Comunicación directa del juez con los motivos de la prueba: inspección judicial).

2. *Por representación* (Reconstrucción presente de hechos ausentes).

A) En modo objetivo (Reconstrucción mediante cosas: instrumentos).

B) En modo subjetivo (Reconstrucción mediante relatos).

a) A cargo de las partes: confesión y juramento.

b) A cargo de terceros: declaración testimonial y peritaje.

3. *Por deducción* (Reconstrucción mediante el razonamiento lógico o por valores de la experiencia, partiendo de los hechos ya controlados: presunciones y en cierto sentido, dictamen pericial).

El precedente esquema permite llegar, en cuanto al tema que nos ocupa, a la afirmación de que confesión y juramento son medios de contralor de la verdad invocada por las partes. Ese contralor se opera por virtud de un relato presente de hechos ausentes, verificado por las mismas

(4) Por excepción puede éste recaudar la prueba por iniciativa propia, según así se expone en los estudios destinados a las diligencias para mejor proveer que aparecerán en el t. III de esta misma obra.

(5) *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 138.



partes. Cuando el litigante reconoce la existencia de un hecho determinado, bajo confesión o bajo juramento, se opera según la idea de Sperl <sup>(6)</sup>, "una coincidencia de contenido de dos actos de partes, destinados a comunicar hechos al juez".

Existe, pues, identidad de origen, en el orden jurídico, entre los dos medios de prueba.

La diversificación se opera en su técnica.

### 3. *Técnica de la confesión.*

La representación del hecho ausente puede llegar hasta el juez mediante la memoria humana, sea de la parte, sea del tercero. Existe, pues, una unidad funcional entre el testimonio de la parte y el testimonio del tercero <sup>(7)</sup>.

Pero el interés que la parte lleva comprometido en el conflicto puede modificar fundamentalmente la trascendencia de su declaración.

Si el testigo falsea la verdad, tiene pena. Pero si la parte, llamada a confesar sobre un hecho, no dice la verdad, no tiene normalmente sanción en el sistema de la ley penal.

La verdad que sabe el testigo le pertenece, pero también pertenece a la sociedad <sup>(8)</sup>. Tiene la doble obligación de declarar y de declarar la verdad. La verdad que sabe la parte, por el contrario, le pertenece privativamente. El derecho

<sup>(6)</sup> SPERL, *Il processo nel sistema del diritto*, en *Studi di diritto processuale in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, p. 822.

<sup>(7)</sup> CARNELUTTI, *Sulla natura giuridica del giuramento*, en *Riv. D. P.*, 1948, I. Asimismo, ALLORRO, *Il giuramento della parte*, Milán 1937, esp. p. 165 y sigtes. Cfr., sin embargo, p. 17.

<sup>(8)</sup> En *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, publ. en este mismo volumen hemos procurado fundamentar esta afirmación.

supone que el interés es más fuerte que la verdad, y no toma en cuenta lo que se afirme en el mismo sentido del interés.

Cuando la parte, llamada a declarar, lo ha hecho contra su interés, pueden aún suponerse estas situaciones:

1. Que su voluntad pueda estar alterada. (El demente no puede obligarse por confesión).

2. Que sea inducida a declarar en su contra por un interés más fuerte que el interés que ha comprometido. Si el deudor reconoce deber 100, acaso sea para evitarse declarar que debe 1000.

3. Que el escrúpulo de la verdad sea más fuerte que el interés.

Descartando las dos primeras suposiciones, el legislador admite la validez de la tercera y presta creencia a lo que se ha declarado dentro de esos términos (9).

A la razón psicológica, se une una razón jurídica: la libertad en la disposición del derecho; y una razón lógica: la situación privilegiada de la parte para percibir los hechos que han caído bajo sus sentidos (10).

Encarada desde este punto de vista, la confesión es tan sólo "la declaración de la parte cuando narra un hecho contrario a su interés".

Adquiere, por esa condición, un carácter singular, que nos pone frente a una clasificación elemental: la declaración representativa o de verdad y la declaración constitutiva o de voluntad.

La declaración de la parte en forma de confesión es representativa y constitutiva, por cuanto puede llevar implícitamente contenida la disposición de un derecho.

(9) DELLEPIANE, *Nueva teoría general de la prueba*, Buenos Aires, 1919, p. 146.

(10) GALLINAL, *De las pruebas*, p. 270.

La representación operada por la declaración del tercero es esencialmente histórica y no contiene fenómenos apreciables de voluntad. El testigo ideal debería tener la fidelidad de la placa fotográfica para reproducir los hechos que caen bajo sus sentidos. Su imparcialidad es su mérito.

Pero a la parte no se le puede requerir esa imparcialidad. La voluntad, arrastrada por el interés, da a su declaración un contenido de disposición del derecho <sup>(11)</sup>.

La confesión es un medio de prueba en su sustancia y un negocio jurídico en sus efectos; aunque el sistema de la ley adjudica más importancia a la representación del hecho que a la disposición del derecho. Pero esta posición no es unánime en doctrina. Venzi <sup>(12)</sup> ha sostenido que la confesión "es un negocio jurídico en la sustancia y una prueba en sus efectos", lo que implícitamente representa colocar en primer plano el acto dispositivo y en segundo el acto representativo.

Las precedentes ideas conducen directamente hacia la observación que interesa a este ensayo: la confesión es, en todo caso, un acto de libertad. Libertad psicológica para elegir entre lo cierto y lo incierto frente a los problemas del interés. Libertad jurídica, para resolver sobre la disposición del derecho. Libertad moral, para discernir frente a lo propio o impropio de la actitud que se asume.

En nuestro sentir, ese elemento libertad, forma la esencia de la confesión. El individuo que no tiene independencia

<sup>(11)</sup> GORPHE, *La critique du témoignage*, Paris, 1931, p. 54; el mismo, posteriormente, en *L'appréciation des preuves en justice*, Paris, 1947, p. 226. Asimismo, QUINTANA REYNES, *La prueba en el procedimiento canónico*, Barcelona, 1942, p. 38.

<sup>(12)</sup> En *Istituzioni di diritto civile italiano*, de PACIFICI-MAZZONI, t. 2, p. 716. Cfr. CARNELUTTI, *Prova civile*, p. 45 y su rectificación posterior en *Sistema*, trad. esp. t. 2, p. 452 y 490.

psicológica no puede confesar. Tampoco puede hacerlo el que carece de la disposición del derecho. El individuo sin discernimiento moral que no tiene inconveniente en mentir para salvar su interés, no interesa desde el punto de vista de la confesión, por aplicación del principio de que nadie pueda crearse una prueba en su propio favor <sup>(13)</sup>.

#### 4. *Técnica del juramento.*

La posición del legislador frente al juramento es de escepticismo crítico. Al prestigio ilimitado que tuvo en las primitivas formas del proceso germánico <sup>(14)</sup> se sigue hoy un desencanto sobre sus posibilidades prácticas. El propio codificador uruguayo ha partido de la base de que "el respeto al juramento está perdido" <sup>(15)</sup>.

A los fines de este desarrollo interesa, sin embargo, calificar exactamente su sentido procesal, para manejar, en lo posible, dentro de sus justos valores, los términos del problema.

El legislador ha prescindido del juramento en determinadas relaciones del derecho privado, pero lo ha mantenido en numerosas actividades del derecho público. Aun en los actuales sistemas de derecho positivo, prestan juramento el Presidente de la República y sus Ministros; los miembros de los otros poderes del Estado; en el proceso juran el perito, el testigo, el defensor.

Ese juramento no puede tener otro sentido que el de

<sup>(13)</sup> RICCI, *Delle prove*, Turin, 1891, p. 411.

<sup>(14)</sup> Cfr. CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, en *Saggi*, t. 1, p. 181; el mismo, *L'idea romana nel processo civile moderno*, en *Riv. D. P. C.*, 1932, I, p. 317.

<sup>(15)</sup> Informe de la Comisión Revisora del Código Civil (1867).

colocar al hombre frente a su responsabilidad. Ante la inminencia de la sanción religiosa o ética, el espíritu percibe más atentamente el alcance de sus deberes <sup>(16)</sup>.

El juramento de la parte en juicio tiene el mismo sentido. En función rigurosamente probatoria, el derecho supone que la inminencia de las responsabilidades ético-religiosas, predispone el espíritu en el sentido de la verdad. Hasta se ha admitido, descartando ese supuesto, que las condiciones exteriores de impresionabilidad —en defecto del temor del carácter ya mencionado— crean idéntica predisposición en el espíritu <sup>(17)</sup>.

La ley busca el contralor de la verdad, a través del juramento de la parte, mediante una particular predisposición del espíritu del declarante.

##### 5. *Incongruencia técnica de la confesión bajo juramento.*

Cuando la parte provoca la confesión de su adversario, procura la verdad a través del reconocimiento que éste haga, de determinadas afirmaciones. Si el absolvente niega los hechos, la situación permanece incambiada y el ponente debe procurar la prueba por otros medios. La posibilidad de la mentira, es el costo de este procedimiento <sup>(18)</sup>.

En el juramento, por el contrario, la parte que defiere el juramento a su adversario, se entrega a él. El medio probatorio funciona en el naufragio total de otra prueba, y

<sup>(16)</sup> CARNELUTTI, *Sulla natura giuridica del giuramento*, cit.; GORPHE, *L'appréciation des preuves en justice*, cit., p. 374.

<sup>(17)</sup> PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. 2, p. 10.

<sup>(18)</sup> Deseamos dejar aquí constancia de nuestro agradecimiento al Prof. WACKLAW RADECKI por la colaboración que nos ha dispensado para el presente desarrollo.

sólo puede deferirlo la parte para decidir el conflicto, o el juez para obtener una estimación imposible de lograrse por otras pruebas. El cambio de actitudes respecto de la confesión es fundamental. La parte que defiere el juramento decisorio dice a su adversario: renuncio a que sea el juez quien solucione nuestro conflicto y me entrego a la decisión que tú profieras, teniendo presentes tus gravísimas responsabilidades en el orden religioso o en el orden ético-social. Si reconoces la obligación, habrás cumplido con tu deber; si la niegas habrás hecho sucumbir mi derecho, pero no podrás eludir las graves responsabilidades contraídas <sup>(19)</sup>.

Que estas responsabilidades son hipotéticas en las legislaciones que no castigan el perjurio <sup>(20)</sup>, es cuestión que debe decidirse en cada caso concreto, en consideración a las condiciones de moralidad privada y de cultura del ambiente.

Las observaciones precedentes tienen, desde el punto de vista de este ensayo, el siguiente interés: de la misma manera que en la confesión el presupuesto psicológico es la libertad, en el juramento el presupuesto psicológico es la coacción.

La manifestación probatoria hecha bajo la responsabilidad del juramento, sólo interesa cuando se ha creado en el sujeto un estado de ánimo sometido a la presión de las altas responsabilidades religiosas, éticas o sociales. Esa presión externa, dominante, es el secreto de este medio de prueba.

<sup>(19)</sup> Cfr. VITA LEVI, *Il giuramento litis-decisorio*, Milán 1883, p. 7 y sigtes. En un plano rigurosamente moderno, ALLORIO, *Il giuramento della parte*, cit., p. 219.

<sup>(20)</sup> El tema del perjurio ha provocado, en los últimos tiempos, luego de largo silencio, una abundante literatura. Cfr. especialmente, AYARRAGARAY, *El perjurio*, Buenos Aires, 1945. Asimismo, LEVENE, *El delito de falso testimonio*, Buenos Aires, 1943.

Si se despoja al juramento de ese valor, carece de sentido.

La incongruencia de que la ley concentre en unidad de acto tan dispares institutos, sólo tiene una razón histórica; pero no obedece a una razón técnica.

Bastaría un simple análisis introspectivo para adquirir el convencimiento de esa afirmación.

Toda declaración decisiva supone en el espíritu un cálculo de valores. Por una parte, las premisas del interés; por otra, las premisas de la responsabilidad.

La declaración engañosa significa un triunfo de las premisas de decisión del interés, porque han sido más fuertes los valores derivados de una esperanza de ventaja.

La declaración cierta, contraria al interés, significa un triunfo de las premisas de responsabilidad, porque ha sido más poderoso el sentido de esta última.

Ahora bien: en la confesión se coloca a la parte, libremente, frente al conflicto, para que decida. No es necesaria ninguna presión externa, porque la decisión no admite más de dos supuestos: o se declara de acuerdo con el interés, y entonces se afronta la responsabilidad, o se declara en contra del interés, y en ese caso toda coacción es innecesaria.

El juramento como requisito previo, carece de sentido, porque el perjuicio de la mentira cómoda (esto es, la responsabilidad), se valora sin necesidad de la coacción, la que, además, en el caso de ser efectiva, siempre privaría al individuo de su libertad de optar.

Cuando se comienza a absolver posiciones previo juramento de decir verdad, el valor del juramento pasa desapercibido y no influye en el proyecto de las futuras respuestas ni en el cálculo de valores de las premisas lógicas de decisión. En un sentido práctico puede afirmarse que ni

acentúa la premisa responsabilidad ni enriquece los valores de la verdad.

En cuanto a su alcance dentro de las legislaciones vigentes, sólo puede significar un término real desde el punto de vista del formalismo procesal.

Requisito impuesto por la norma, sostienen los partidarios de la nulidad, debe ser respetado <sup>(21)</sup>. Este razonamiento nos coloca frente al problema de la validez del acto de confesión realizado con omisión de la formalidad previa del juramento.

Las soluciones que han privado de validez a tal confesión o las que admiten la confesión ficta, no son ni muy fundadas ni muy convincentes.

Se trata de un conflicto entre la técnica general del proceso y el principio del formalismo. De acuerdo con este último, el criterio asignado por la ley para el cumplimiento de un acto procesal y el modo que ésta determina para que sea cumplido, es excluyente del criterio deseado por las partes y el modo deseado por éstas <sup>(22)</sup>. El legislador da medios por los cuales debe ser expresado el pensamiento y exteriorizada la voluntad de las partes y su fijación hecha *a priori*, debe ser respetada porque el cumplimiento de las formas dentro del proceso es la regla; el incumplimiento es la excepción.

En el caso en estudio, el conflicto entre la forma y el contenido es evidente. El legislador procura obtener las afirmaciones de las partes a través de medios idóneos para la representación de los hechos cuestionados. Pero el juramen-

<sup>(21)</sup> Así, en el caso citado de J. A., t. 10, p. 478.

<sup>(22)</sup> CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, en *Saggi*, t. 1, p. 353; ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, Roma, 1906, p. 29.



to impide esa nitidez, porque agrega —en el supuesto de que sea eficaz para intimidar al confesante— valores subjetivos a una declaración que debe ser eminentemente objetiva. Además, porque las lagunas y claros de la memoria se colman con valores de voluntad del jurante, que obstan a la representación, dando preferencia a los valores del interés litigioso.

Si a esa condición se agrega la incongruencia lógica y psicológica anotada, se adquiere la convicción de que el juramento previo a la confesión es una de esas instituciones que ha legado la historia al derecho moderno, y de las que éste debe prescindir en sus futuras reformas.

#### 6. *Conclusión.*

Es por estos motivos que consideramos que no es nula la prueba de posiciones en la que se ha omitido el juramento previo.

La inexistencia de una disposición que sancione esa nulidad, bastaría por sí sola para conducir a la solución expuesta. Pero a esa circunstancia debe agregarse la de que el juramento no es *de la esencia* de la confesión. Por el contrario, tal como hemos tratado de demostrarlo es, en buena medida, una forma incompatible con la confesión misma.

La prescindencia del juramento no priva a la confesión de ninguno de sus elementos propios, ni altera el significado que a la misma corresponde en el sistema de la prueba.

Si alguna comprobación fuera, todavía, necesaria para esta tesis, basta tener en cuenta que la confesión que las partes hacen en el proceso, sea expresa o tácitamente, en el curso de sus manifestaciones, constituye prueba en su contra, aun cuando tales manifestaciones no se hallan precedidas de juramento. Y si una manifestación adversa hecha

en el curso de una exposición vale como confesión, constituiría una notoria incongruencia privar de validez a esa misma manifestación, hecha en el curso de una absolución de posiciones, por la razón de que se ha omitido el juramento previo a la misma.

#### 7. *Juramento y posiciones en el Proyecto de 1945.*

De acuerdo con las ideas que acaban de ser expuestas, en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil, hemos prescindido del juramento previo a la absolución de posiciones.

Hemos conservado, por razones que no es necesario exponer aquí, el juramento decisorio en el art. 179. Y a la omisión de prestarlo, le hemos atribuído algunos de los efectos propios del reconocimiento tácito. Esto es así, porque consideramos que dejar el juramento decisorio, tal como se halla en el Código actual, sin sanción de especie alguna, es mantener en el sistema del proceso una *lex imperfecta* que, por carecer de sanción, pierde su significado como ley.

Por razones análogas, hemos abolido el juramento estimatorio, actualmente en desuso absoluto dentro de nuestra experiencia forense.

Hemos mantenido, en cambio, la declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad en el art. 92, porque, en virtud de los motivos que se dan en otro de los estudios del presente volumen <sup>(23)</sup>, entendemos que no es ésta una prueba de posiciones. En la referida disposición, la declaración jurada tiene la forma de las posiciones, en cuanto fuere aplicable a su tramitación. Pero no su contenido ni su eficacia.

(23) *La declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad*, en este volumen, ps. 261 y sigtes.

## 10. CONCILIACIÓN Y TRANSACCIÓN

**SUMARIO:** 1. Obligatoriedad constitucional de la conciliación. — 2. Capacidad legal para conciliar. — 3. La conciliación como acto procesal y como convenio entre partes. — 4. Conciliación y transacción. — 5. Necesidad de la conciliación.

## CONCILIACIÓN Y TRANSACCIÓN

### 1. *Obligatoriedad constitucional de la conciliación.*

El art. 228 de la Constitución establece: "No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley".

No obstante este texto, se dan casos en los cuales se omite la conciliación en razón de carecer las partes de facultades legales suficientes para transar y, por ende, para conciliar.

Se trata de una situación muy frecuente. Reiteradamente, dentro de los hábitos de nuestro foro, se admite que en los juicios inherentes al estado civil o en aquellos en los cuales la parte demandada se halla representada por un curador o un defensor de oficio, no es necesaria la conciliación. Sayagués Laso en uno de sus dictámenes fiscales y el Dr. Wenceslao Regules, en un breve fallo en el que acompaña el razonamiento de aquél, participaron de la tesis de que es innecesaria la conciliación en los casos en que es imposible la transacción <sup>(1)</sup>.

(1) *Rev. D. J. A.*, t. 23, pág. 252.

Pero esas opiniones no constituyen jurisprudencia. Nos hallamos más bien frente a un caso de "uso forense" que de "jurisprudencia" propiamente dicha. No existe, que nosotros sepamos, un estudio ni un fallo que haya ilustrado suficientemente este problema.

En estas líneas trataremos de ver si el uso forense merece ser elevado al rango de jurisprudencia o si, por el contrario, será menester volver sobre él, para modificarlo por contrario imperio.

## 2. *Capacidad legal para conciliar.*

El texto legal que está en tela de juicio, es el art. 261, C. P. C., según el cual "la conciliación puede efectuarse entre personas que tengan capacidad legal para obligarse, con relación al objeto de la controversia, y cuando no se trate de materia en que esté prohibida la transacción".

En esta disposición, nuestro legislador se limitó a traducir literalmente el art. 2, inc. 1 del Código de Procedimiento italiano. Se apartó de su fuente habitual, el Código de Procederes de Santa Cruz, al que, sin embargo, copió reiteradamente a lo largo del capítulo de la conciliación. Se apartó, también, del texto francés y español, los cuales han resuelto este problema en forma distinta.

Pero ocurre que, de la adopción literal del texto italiano, proviene toda la dificultad de la cuestión.

En el Código italiano, como es notorio, la conciliación es voluntaria. Así lo dice expresamente el art. 1, cuando establece: "Los conciliadores, cuando sean requeridos, deben hacer lo posible para solucionar las controversias". Por eso se explica que a continuación, en el art. 2, se diga: "La conciliación puede tener lugar cuando las partes tengan capacidad de disponer de los objetos sobre los cuales.

recae la controversia, y no se trate de materias en las cuales está prohibida la transacción". La voluntariedad de la conciliación fué nota distintiva del Código italiano anterior <sup>(2)</sup>.

Pero en nuestro Código, la conciliación no es voluntaria, sino obligatoria, por norma constitucional. Y no puede prescindirse de ella, sino en virtud de texto expreso de ley, que dispense de llenar el requisito. Un texto que diga, traduciendo el italiano, que la conciliación "puede efectuarse entre personas que tengan capacidad para obligarse", constituye, sin duda, una incongruencia dentro del sistema. Las partes no "pueden", sino que "deben" tentar la conciliación.

En nuestro derecho, la conciliación no constituye un poder jurídico, sino un deber jurídico. La parte no tiene libertad para provocar o no la conciliación, como en el Código italiano. Tiene el deber de provocarla, toda vez que un texto especial no la releve de ese deber.

El artículo 261, al decir que las partes "pueden conciliar" no constituye una dispensa de conciliación; lo que constituye, evocando en esto la norma del Código Civil, es una prohibición de transacción en lo relativo a los derechos indisponibles. Pero la prohibición de transacción no es, evidentemente, una dispensa de conciliación.

En la ley española de Enjuiciamiento de 1881, existe un texto especial que releva o dispensa de llenar la conciliación en materia de derechos indisponibles (art. 460, inc. 4), razón por la cual la doctrina resulta muy clara sobre este punto <sup>(3)</sup>.

Otro tanto sucede en la ley francesa, donde el art. 49, inc. 1, dispensa de la conciliación, siendo esta norma de

<sup>(2)</sup> SATTI, *Introduzione allo studio del Diritto processuale civile*, Milán, 1939, pág. 10, *Della conciliazione alla giurisdizione*, pág. 5.

<sup>(3)</sup> MANRESA, *Comentarios*, t. 2, pág. 391 y sigts.

aplicación unánime. Un autor reciente, la ha reducido a los siguientes términos: "toda vez que una parte no tenga capacidad para disponer por sí misma y sin autorización, de los bienes, no habrá preliminar de conciliación" (4).

La doctrina italiana, dentro del sistema ya enunciado, también es pacífica sobre el particular (5).

Esta diferencia entre nuestro texto y el de las legislaciones que le sirvieron de fuente, da a nuestro país una modalidad especial en el concierto legislativo. La obligatoriedad constitucional de la conciliación, es la llave de paso de todo nuestro sistema.

Es conveniente, pues, para evitar el equívoco en que se ha incurrido más de una vez, eliminar de la meditación de este asunto, la autoridad de los comentaristas españoles, franceses e italianos. Ellos operan sobre un derecho distinto del nuestro.

Admitido lo que precede, el problema queda bastante aclarado; pero no queda resuelto.

El artículo 261 está escrito en el Código y aunque constituya un error de interpolación, debe ser interpretado y ajustado al resto del sistema legal. Parece innecesario repetir aquí, cuáles son las razones que impiden que un artículo de la ley se tenga por no puesto, o se elimine de la consideración por constituir un error del legislador.

Se requiere, en consecuencia, analizar dicha disposición con todo detenimiento para comprender cuál debe ser su exacto alcance, dentro del régimen de la conciliación.

(4) GOUTET, *De la conciliation en matière civile*, Paris, 1936, pág. 48.

(5) Últimamente, con anterioridad al nuevo Código, REDENTI, *Profili pratici*, 2ª edic., pág. 184.

3. *La conciliación como acto procesal y como convenio entre partes.*

Lo primero que se plantea en esta materia, es una cuestión de terminología.

Resulta indispensable aclarar, que en el artículo 261 la ley no se refiere al requisito de la conciliación, sino a la conciliación o avenimiento mismo.

Aquí, como en muchos otros pasajes de nuestra terminología procesal, varias cosas diferentes se llaman del mismo modo. La conciliación es tanto el acto procesal que consiste en intentar ante un juez de paz un acuerdo amigable, como el avenimiento que puede ser el resultado de ese acuerdo. Así, se habla de la citación a conciliación, de la audiencia de conciliación, del acta de conciliación (aun cuando sea de inútil tentativa), etc. Pero también, decimos, se llama conciliación, al acuerdo o avenencia de las partes. Cuando ha habido acuerdo, se dice que se ha obtenido la conciliación.

Cuando el art. 261, habla de que se puede efectuar la conciliación entre personas capaces de disponer de sus derechos, no se refiere al requisito sino a la avenencia misma.

Y esto se explica por razones de simple buen sentido. No tendría explicación, que la ley dijera que las partes pueden llenar el requisito, siendo capaces y sobre derechos disponibles. Eso, repetimos, no es un poder jurídico, sino un deber impuesto por la Constitución. Ese alcance del texto, además de inútil, sería incongruente. En cambio, cuando la ley dice que las partes pueden conciliar (es decir, avenirse) en materia en que no esté prohibida la transacción, lo que hace es trasladar al ámbito del derecho procesal, una norma coherente con el artículo 2148, Cód. Civil.



El no haber reparado en esta distinción, es lo que desconcertó a Gallinal en su exégesis del art. 261.

Según él, esta disposición era inconstitucional <sup>(6)</sup>, porque creía que lo que el legislador había instituido, era una dispensa de llenar el requisito, cuando lo que en realidad había instituido, era una prohibición de avenencia.

Además, resulta innecesario destacar que la tesis de la inconstitucionalidad, ya no puede plantearse frente al nuevo texto del art. 228 de la Constitución.

#### 4. *Conciliación y transacción.*

Al lado de esta cuestión de terminología, surge otra no menos elemental.

La conciliación es el género; la transacción es la especie. Siempre que se transa se concilia; no siempre que se concilia se transa. La doctrina moderna, que llama a estas formas de resolver amigablemente el proceso, actos de "autocomposición", admite tres formas típicas de avenencia: el desistimiento, la transacción y el allanamiento. El desistimiento es el abandono del actor: un acto abdicativo que consiste en reconocer que se tiene derecho a demandar con posibilidades de éxito; la transacción es el acuerdo mediante recíprocas concesiones; el allanamiento es el sometimiento del demandado <sup>(7)</sup>.

La conciliación (como sinónimo de avenimiento), puede lograrse merced a esas tres formas: o mediante un reconocimiento por parte del actor que evite el proceso; o mediante un acuerdo de partes que lo haga innecesario, por aquello

<sup>(6)</sup> *Estudios*, núm. 125.

<sup>(7)</sup> CARNELUTTI, *Instituciones*, trad. esp., pág. 78; LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, en *Riv. D. P. C.*, 1932, t. I, pág. 201. ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947.

de que la transacción es el subrogado contractual de la sentencia; o porque el demandado comprende que el actor tiene razón y se rinde a él.

Cuando dentro de nuestro régimen se habla de la necesidad de la conciliación, como requisito previo al proceso, no sólo se tiene en cuenta la posibilidad de la transacción: deben entrar, también, en la cuenta del legislador, el desistimiento y el allanamiento. Son numerosos los casos de la vida forense, en los cuales el demandado se allana y paga en el acto de la conciliación; y no son, tampoco, casos de laboratorio, aquellos en los cuales el actor, enterado en el acto de la conciliación de las defensas que le opondrá el demandado, prefiere ahorrarse el juicio a tener que seguirlo en condiciones desventajosas.

Presentadas las cosas en estos términos, resulta ya bastante más claro, que es posible la avenencia en las acciones en las cuales está prohibida la transacción.

Un primer ejemplo: el tutor del hijo natural, promueve demanda de investigación de la paternidad, y el defensor de oficio en el acto de la conciliación, le dice: Si usted insiste en esta demanda, no tendré más remedio que hacer valer la excepción de caducidad, pues el plazo legal se halla extinguido para el tutor. No sería un milagro que el tutor advirtiera que su adversario tiene razón, y desistiera del juicio hasta que renazca, por ejemplo, el plazo de cinco años, para cuando el hijo haya adquirido la mayoría de edad. El juicio se ha evitado y no ha habido transacción.

Otro ejemplo: el hijo promueve acción de investigación en vida de su padre; citado éste a conciliación, advierte que su hijo tiene el decidido propósito de llevar adelante un juicio que habrá de serle moralmente perjudicial, y resuelve reconocerle voluntariamente. El juicio se ha evitado y no ha habido transacción.

Un último ejemplo: en la acción de prescripción treintaenal, citado el defensor de oficio, hace notar al poseedor que su posesión no tiene las condiciones que establece la ley. Si el actor llega a compartir esa manera de pensar, el juicio se evita sin transacción.

### 5. *Necesidad de la conciliación.*

Ahora bien: para instar al actor a desistir ¿se necesitan poderes especiales?; para postergar hasta mejor oportunidad la iniciación del juicio por parte de un tutor, de un curador, de un síndico, etc., o para no promoverlo ¿se necesitan poderes de disposición particulares?

Evidentemente, no.

Y si esto es así, lo menos que puede pensarse es que la conciliación, por imperio constitucional, debe llenarse en todos los casos, salvo los exceptuados por la ley. La conciliación entre personas que no tienen la libre disponibilidad de sus bienes, no se halla, en nuestro derecho, prohibida ni excluida.

La que está prohibida es la avenencia por transacción, cuando se trata de derechos indisponibles. Pero cuando es posible la conciliación por desistimiento o por allanamiento, el cumplimiento del requisito es indispensable.

Digamos, para concluir, que en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil, hemos suprimido el artículo correspondiente al actual 261.

Si este artículo, quiere decir que las partes no deben llenar el requisito de la conciliación, en aquellos casos en los cuales puede haber desistimiento o allanamiento, es injusto, porque el texto constitucional aspira a lograr la avenencia

siempre que ella sea posible. Y si quiere decir que no puede haber transacción entre partes que no tienen la libre disponibilidad de sus bienes, es innecesario, porque eso ya lo dice el Código Civil.

## 11. DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

SUMARIO: *Capítulo I.* LA PRUEBA DEL DOMINIO ADQUIRIDO POR PRESCRIPCIÓN. — 1. La usucapión y su prueba. — 2. La crisis del procedimiento de información. — *Capítulo II.* LA TESIS DE DE MARÍA. — 3. Primera exposición de la tesis. — 4. Los primeros conceptos. — 5. La labor de la jurisprudencia. — 6. Alcance de las ideas de DE MARÍA. — 7. Exposición de la teoría. — *Capítulo III.* LAS CONTRIBUCIONES POSTERIORES. — 8. Consolidación de la doctrina. — 9. Nuevas contribuciones de doctrina y de jurisprudencia. — 10. La ley 10.793, de 25 de setiembre de 1946. — 11. Disposiciones del Proyecto de 1945. — *Capítulo IV.* LAS SENTENCIAS DE MERA DECLARACIÓN Y LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. — 12. Posesión y usucapión. — 13. Carácter declarativo del proceso y de la sentencia. — 14. Legislaciones especiales. — 15. Legislación de los países latinos. — 16. Carácter probatorio de la sentencia que declara la prescripción adquisitiva. — *Capítulo V.* PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. — 17. Competencia para conocer en el proceso. — 18. Carácter personal de la demanda. — 19. Determinación de la parte demandada. — 20. El emplazamiento a la parte demandada. — 21. El emplazamiento múltiple. — 22. Diferencias con el sistema alemán. — 23. Diferencias con el sistema brasileño. — 24. La contestación de la demanda. — 25. El allanamiento a la demanda. — 26. La oposición a la demanda. — 27. La actitud de expectativa. — 28. Tramitación de la instancia. — 29. La sentencia definitiva. — 30. Parte dispositiva de la sentencia. — 31. El pago de los gastos. — 32. Carácter declarativo de la sentencia. — *Capítulo VI.* EFICACIA DE LA SENTENCIA. — 33. Eficacia "erga omnes" del fallo. — 34. La prevención del fraude. — 35. Fraude y cosa juzgada. — 36. Protección de los terceros de buena fe.

ADICIÓN. La sentencia declaratoria de la prescripción adquisitiva en el derecho argentino. Su procedencia, sus efectos "erga omnes", por el Profesor ALBERTO G. SPOTA.

1. Cuestiones a estudiar: a) *Procedencia de las acciones meramente declarativas.* — 2. Toda sentencia es declarativa. — 3. ¿Proceden en nuestro derecho las sentencias meramente declaratorias? — 4. ¿Tales sentencias implicarían una declaración abstracta? La doctrina sentada por la Suprema Corte Nacional. —

5. Las sentencias de mere-declaración son procedentes. — b) *La autoridad de "res judicata" y sus efectos con respecto a terceros de la sentencia declaratoria de la prescripción.* — 6. Materia a estudiar. — 7. I. *Procedimiento establecido por la jurisprudencia.* — 8. Las declaraciones testimoniales en este procedimiento ¿Cuál es la autoridad de cosa juzgada de la sentencia que acredita la información sumaria? La intervención de los representantes de las municipalidades o del fisco. — 10. II. *La autoridad de "res judicata" de las sentencias declaratorias de la prescripción.* — 11. 1º) *En el procedimiento actualmente seguido.* — 12. Continuación. Análisis de jurisprudencia. — 13. Solución dada en la doctrina y jurisprudencia francesas. — 14. Autoridad de cosa juzgada de la sentencia mere-declaratoria con respecto al fisco y a la municipalidad que ha intervenido en el juicio. — 15. Autoridad de cosa juzgada respecto de los terceros. — 16. Conclusión. — 17. 2º) *La "res judicata" en el procedimiento que corresponde.* — 18. La necesidad de imprimir al procedimiento informativo el trámite de un juicio ordinario. — 19. Autoridad de "res judicata erga omnes" que tendría la sentencia mere-declarativa en el procedimiento ordinario y concencioso. — 20. Conclusión final.

# DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

## CAPÍTULO I

### LA PRUEBA DEL DOMINIO ADQUIRIDO POR PRESCRIPCIÓN

#### 1. *La usucapión y su prueba.*

Los actos materiales de la posesión continuados durante los tradicionales treinta años, producen la usucapión. El poseedor se ha hecho dueño. La cosa poseída ya es suya, con exclusión de cualquier otro y la ley civil le proclama único propietario del bien al cual, en olvido del propietario anterior, él ha aplicado sus desvelos. Y aquí termina, para el civilista, el drama posesorio.

Pero, como en muchos órdenes de la vida, donde un drama termina, comienza otro.

El poseedor transformado en dueño, lo menos que puede preguntarse es: ¿y ahora qué?; ¿cuál es el signo externo de que de poseedor me he transformado en propietario?; yo no dudo de que si alguien me ataca, tendré en la prescripción una defensa eficaz para repelerlo; pero ¿y si quiero vender

mi propiedad adquirida al precio de tanto esfuerzo, hallaré quien me la compre? La ausencia de documentación para esa propiedad adquirida en el mundo de los hechos ¿no constituirá su principal enemigo? La simple información, sin eficacia plena ¿no transforma a la propiedad así adquirida en una propiedad de segunda zona, una tierra de nadie, que sólo será adquirida con agio y vendida al precio vil de la incertidumbre?

Este es un problema de todos los días. La posesión treintañal <sup>(1)</sup> depara al propietario un derecho cargado de sospechas. A pesar de lo que dice el Código Civil, él es un dueño a medias. Su dominio no será tal, en tanto no tenga en sus manos un instrumento técnico suficientemente idóneo como para eliminar la sospecha.

Es aquí donde el auxilio de la doctrina del proceso civil ha sido de resultados eficaces al derecho civil. El problema de la usucapión resulta ser, en último término, un problema de prueba.

## 2. *La crisis del procedimiento de información.*

El problema del propietario que ha adquirido por usucapión comienza, decíamos, en el instante en que debe acreditar ante terceros, en el comercio regular de los bienes, su condición de dueño.

Es evidente que la prescripción treintañal no da, por

(1) Queremos aquí, aclarar una simple cuestión de terminología respecto de nuestros trabajos anteriores. Siguiendo el vocablo en uso en nuestro país, desde tiempo inmemorial, también nosotros hemos hablado de "posesión treintenaria".

"Treintenario" es un adjetivo masculino anticuado equivalente a "treintanario". Y "treintanario" es, en la definición de las autoridades



sí sola, documentos bastantes que acrediten el derecho del poseedor. Podrá éste justificar la tenencia material y el ánimo de dueño mediante un cúmulo de documentos que los hagan verosímiles. Pero esos documentos constituirán, en el mejor de los casos, un *fumus bonis iuris*; pero nunca una prueba de la propiedad.

Sobre ellos, puede elevarse una información que acredite la posesión treintañal. Pero esa información no culmina en cosa juzgada; adolece de la ausencia del contradictorio y sólo crea una presunción en favor de quien la ha gestionado <sup>(2)</sup>.

No es necesario insistir sobre el descrédito propio de esas informaciones. Salvo casos muy excepcionales, los títulos del idioma, "el número de treinta días continuados o interrumpidos, consagrados a un mismo objeto, ordinariamente religioso".

El plazo de treinta años, se denomina "treintañal".

Es interesante llamar la atención acerca del hecho de que DE MARÍA, en el escrito publicado sobre el tema de la prescripción adquisitiva alegada como acción, que se referirá más adelante, no utilizó la palabra treintenario, como no la utilizó tampoco en su segundo estudio sobre la materia, publicado en *Rev. D. J. A.*, t. 18, p. 167 y en *Jur. A. S.*, t. 3, p. 123.

DÍAZ DE GUIJARRO y ACUÑA ANZORENA, que han estudiado especialmente el tema en sus trabajos publicados respectivamente en *J. A.*, octubre 22 de 1946 y t. 48, p. 203, utilizan el vocablo "treintañal", ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en un comentario sobre *La acción declarativa de la prescripción*, publicado en sus *Ensayos*, p. 644, utiliza el vocablo "treintenal", pero éste no aparece en las autoridades del idioma.

<sup>(2)</sup> A. LAGARMILLA, *La jurisdicción voluntaria*, Montevideo, 1920, ps. 58 y sigtes. Cfr., sin embargo, en sentido contrario, tratando de convalidar la eficacia de los procedimientos unilaterales de jurisdicción voluntaria, AYARRAGARAY, *Los títulos treintañales según el Reglamento del Banco Hipotecario*, en *La Ley*, t. 51, p. 1178. Una completa exposición de conjunto sobre este tema, es la reciente de COLOMBO, *Cuestiones de fondo y forma relacionadas con las informaciones de prescripción treintañal*, en *La Ley*, t. 53, 30, III, 1949.

los de propiedad que se apoyan en las mismas, se hallan virtualmente radiados del comercio jurídico.

Frecuentemente se insiste sobre este aspecto de la cuestión con referencias y elementos de juicio muy elocuentes <sup>(3)</sup>.

No sólo la propiedad queda a merced del agio y sufre una desvalorización antieconómica, sino que da motivo a que aun cuando se halle en buenas manos se hable de ella con recelo. Bibiloni habló de los "ladrones de inmuebles" <sup>(4)</sup>, expresión que tiene carta de ciudadanía en Francia <sup>(5)</sup>. Idéntico signo de gravedad tenía en los Estados Unidos hasta la constitución de las famosas Compañías Aseguradoras de Títulos que han contribuído, virtualmente, a sanear la propiedad <sup>(6)</sup>. En España en el año 1904, se inscribieron 192.386 fincas por medio de títulos posesorios contra 21.332 fincas por título de dominio <sup>(7)</sup>. Los Códigos alemán, suizo y brasileño tienen soluciones particulares que serán consideradas más adelante y que ofrecen una solución específica para el problema <sup>(8)</sup>.

El asunto desborda, pues, el contorno de nuestros países y plantea, en términos generales, el problema mismo de la documentación de la propiedad.

<sup>(3)</sup> LAFAILLE, *Derecho civil*, III. *Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, 1943, t. 1, p. 607. COLOMBO, *op. cit.*, núms. 10 y sigtes.

<sup>(4)</sup> *Anteproyecto*, nota al art. 3468.

<sup>(5)</sup> *Actas de la Comisión de Catastro*, t. 5, p. 480; *Relación MASSIGLI BIBILONI, op. cit.*

<sup>(6)</sup> Sobre el problema de la titulación de la propiedad en los Estados Unidos, cfr. BORCHARD, *Declaratory judgments*, 2ª edic., Cleveland, 1941, esp. cap. IX, p. 741; *Titles to property*. Sobre las Compañías Aseguradoras de títulos, cfr. el ensayo anterior de este mismo volumen, *La noción de título perfecto*, ps. 299 y sigtes.

<sup>(7)</sup> NÚÑEZ LAGOS, *Realidad y registro*, Madrid, 1945, p. 23.

<sup>(8)</sup> *Infra*, 10 y sigtes.

No es necesario acentuar, por otra parte, la significación social que tiene la prueba de la propiedad. La Edad Media, se ha dicho <sup>(9)</sup>, confundió soberanía con propiedad; en nuestro tiempo, podemos agregar, la prueba se ha consustanciado con la propiedad. El que tiene la prueba en la mano, tiene la propiedad en la mano <sup>(10)</sup>. El goce de la prueba se confunde con el goce de la propiedad. Abolida la ley del más fuerte, la propiedad ya no queda a merced de la violencia, sino a merced de la eficacia probatoria de los documentos.

## CAPÍTULO II

### LA TESIS DE DE MARÍA

#### 3. *Primera exposición de la tesis.*

La teoría de la prescripción alegada como acción representa, en nuestro país, el triunfo de las ideas del doctor Pablo de María <sup>(11)</sup>. A él debe su autoridad, su prestigio y su definitiva implantación.

<sup>(9)</sup> POUND, *The spirit of the common law*, Boston, 1921, p. 25.

<sup>(10)</sup> *El concepto de fe pública, supra*, ps. 53 y 54.

<sup>(11)</sup> Sobre los antecedentes históricos de este instituto, debe hacerse notar que en el *Espejo de Sajonia* y en el *Reichstag Landrecht*, cuerpos jurídicos de la Edad Media germánica, se establecía que el poseedor de un fundo tenía derecho a iniciar un proceso mediante una provocación a todos los compañeros de municipio presentes en la asamblea popular, a fin de ser investido de su calidad de tal poseedor. Si nadie se presentaba queriendo asumir el papel de actor, el provocante, que en ese caso habría sido el demandado, quedaba libre en el ejercicio de sus derechos (PRIETO CASTRO, *La acción declarativa*, p. 15). En el ejemplo se observarán algunas anomalías (como ser la inversión de la carga de la prueba) que son características del primitivo proceso germánico. Sobre este punto, CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, en *Saggi di diritto processuale civile*, ps. 181 y sigtes.

Cuando por primera vez desarrolló los conceptos en que se apoyaba su tesis, se calificó a ésta de irrisoria. La parte contra quien se invocó, dejó constancia de su protesta, diciendo que "sólo la quimera pueril que asaltaba el enfermo cerebro del autor, podía quebrantar su sosiego ligándola a un gravoso juicio" (12).

De esto hace más de cincuenta años. Hoy la tesis es absolutamente indiscutible en nuestro país.

#### 4. *Los primeros conceptos.*

Por primera vez en el año 1894 (13), aparece publicado en nuestro país un caso en el cual se mencionan las afirmaciones esenciales de la tesis en estudio.

Un adquirente asesorado por De María, se rehusó a aceptar como título de dominio la información *ad perpetuam* que presentaba el poseedor, acreditando su posesión treintañal hábil.

De María sostuvo, fundamentalmente, que sin las garantías del contradictorio y de la cosa juzgada, no es posible considerar válidamente probado el hecho posesorio. "Quien tiene un derecho, dice, tiene un interés, y, por lo tanto, tiene una acción para pedir que se le reconozca la propiedad; que se le dé con citación de los que podrían tener un interés en oponerse a la prescripción, un documento probatorio de su propiedad. Ese documento no puede ser una información *ad perpetuam*, pues siendo ésta practicada sin citación de los terceros cuyo dominio se pretende perdido por prescripción, no puede perjudicar a éstos y, por tanto, no justifica la propiedad".

(12) *Rev. D. J. A.*, t. 1, p. 3.

(13) *Rev. D. J. A.*, t. 1, p. 1.

Agrega que no estando prohibido un juicio de esta índole, tendiente a obtener el reconocimiento judicial de la posesión, debe admitirse su procedencia.

La opinión se apoya en citas de Aubry y Rau <sup>(14)</sup> y Laurent <sup>(15)</sup>.

La sentencia de primera instancia rechazó esta tesis, terminando luego el asunto por transacción, por virtud de haber aparecido los títulos que acreditaban el dominio.

De María aportaba al problema sólo la parte constructiva; todos los autores de su tiempo y la jurisprudencia ya sostenían que los títulos obtenidos mediante informaciones *ad perpetuam*, "no surten ni pueden surtir efecto legal, porque si después de hechas se presentara una persona reclamando igual o mejor derecho, a nadie podría desconocersele".

Lo fundamental de la nueva idea consiste en el derecho del poseedor a munirse de un título que surta efectos *erga omnes* y que le permita transmitir el dominio pleno sin desmedro alguno.

##### 5. *La labor de la jurisprudencia.*

Dieciséis años después de la primera publicación de De María volvió a plantearse el problema en ocasión de una gestión promovida por el doctor Eduardo Vargas quien, patrocinando al poseedor, inició demanda contra el propietario o sus causahabientes. En dicho juicio el actor pidió "que se declarase por sentencia que había adquirido por prescripción el terreno referido" <sup>(16)</sup>.

<sup>(14)</sup> *Cours de Droit Civil Français*, t. VIII, nº 786.

<sup>(15)</sup> *Principes de Droit Civil Français*, t. XXXII, p. 9.

<sup>(16)</sup> *Jur. A. S.*, t. 3, p. 114.

Dicha tesis fué acogida por fallo de 24 de marzo de 1910 del doctor Wenceslao Regules, cuyo argumento esencial es el siguiente: "siendo el dominio un derecho, es consecuencia lógica que tenga su acción correlativa y es perfectamente justa la que tienda a acreditar la existencia del derecho por la documentación que se obtenga en juicio, puesto que, ni de la naturaleza del derecho ni de ninguna disposición legal, surge restricción para ella ni se lesionan intereses ajenos, desde que la iniciación del juicio implica la invitación al que pudiera ser perjudicado para poner en ejercicio sus defensas si es que las tuviera, o a obtener una declaración que corrobore el hecho que pretenda acreditarse" (17).

La sentencia del doctor Regules fué revocada por el tribunal de apelaciones, integrado por los doctores Mendoza y Durán (que firmó discorde), Martínez, Jiménez de Aréchaga y Montero Paullier.

El argumento fundamental del tribunal es el siguiente:

Siendo la *acción* el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe, y *demanda* la petición que se hace para que el juez mande dar, hacer, o no hacer alguna cosa, debe considerarse infundada la reclamación, por cuanto los demandados no están obligados a dar nada ni puede imponérseles, en ocasión de la posesión del actor, ninguna prestación de hacer o de no hacer. Por esas consideraciones, el juicio promovido debe reputarse inexistente. La precripción puede dar origen a una acción como cuando se invoca para reivindicar contra el detentador, o a una excepción perentoria para defenderse del propie-

(17) *Jur. A. S.*, t. 3, p. 115. Además, otra sentencia del mismo Dr. REGULES, en *Jur. A. S.*, t. 10, p. 72.

tario <sup>(18)</sup>, pero no contra el anterior poseedor, que ningún motivo ha dado para ello <sup>(19)</sup>.

Recurrido el fallo del tribunal, el doctor Eduardo Vargas solicitó en consulta escrita la opinión del doctor De María, habiendo sido el texto íntegro de la misma transcrito en la expresión de agravios.

Por los fundamentos de esa consulta, la Corte revocó la sentencia de segunda instancia, haciendo lugar a la demanda de prescripción. Firman dicho fallo los doctores Romeu Burgues, Garzón (discorde por entender que no se había justificado debidamente el hecho de la posesión treintañal), Cuñarro (discorde), Martínez, Piñeyro y Sáenz de Zumarán <sup>(20)</sup>.

En el año 1914 volvió a plantearse nuevamente el caso, habiendo sido acogida la demanda por el Juzgado Letrado Departamental, de Tacuarembó y rechazada por el Tribunal de Apelaciones. Nuevamente la Corte fué llamada a decidir el asunto, habiéndose expedido en términos semejantes a su fallo anterior, apoyando lo esencial de su tesis, en la ya referida consulta del doctor De María. Firman el fallo los doctores Garzón, Cuñarro (discorde), Romeu Burgues, Bastos y Martínez <sup>(21)</sup>.

El doctor Cuñarro fundó su discordia en el libro respectivo, aduciendo que "para poder ejercitar una acción es necesario que el que se crea asistido de ella, tenga algún

<sup>(18)</sup> BAUDRY LACANTINERIE, *Prescripción*. No. 35. Esta cita, verdaderamente infortunada, ha sido el único apoyo doctrinario de la tesis adversa a la acción de prescripción. No hay fallo denegatorio que no haya acudido a esa referencia que, en nuestro concepto, de nada convence.

<sup>(19)</sup> *Jur. A. S.*, t. 3, p. 117.

<sup>(20)</sup> *Jur. A. S.*, t. 3, p. 118 a 122.

<sup>(21)</sup> *Jur. A. S.*, t. 5, p. 491.

derecho correlativo de alguna obligación a cargo del demandado <sup>(22)</sup> que emane de alguna de las fuentes de que pueden nacer las obligaciones. Entre el que ha adquirido el dominio por prescripción y el anterior propietario, no existe relación ninguna de derecho, creada por contrato, cuasi-contrato, delito o por la ley". "Para accionar en juicio se requiere que haya un derecho lesionado o amenazado; pero en el caso, los anteriores dueños del campo de que se trata, no se atribuyen derecho alguno al terreno, ni amenazan en ninguna forma el derecho del adquirente". "Al afirmarse . . . que el anterior propietario . . . puede ser demandado para que con su intervención se declare que los actores han adquirido el dominio por prescripción, se confunde el derecho de dominio con su prueba documental, se confunde el derecho con la prueba de su existencia" <sup>(23)</sup>.

Recogida por la jurisprudencia la nueva corriente de ideas fijadas por la Corte, la práctica constante fué dando formas y criterio legal a algunos procedimientos vacilantes propios de la iniciación. Desde entonces ha sido admitida en todos los tribunales y juzgados del país <sup>(24)</sup>.

<sup>(22)</sup> Obsérvese cómo la índole dialéctica de la argumentación perturba las soluciones técnicas del problema. La discordia CUÑARRO se funda, en este pasaje, en el mismo concepto en que se funda el Dr. REGULES para la solución contraria. De la misma manera, el concepto de la acción tal como está definida en el Código de Procedimiento ha servido para fundar las tesis contradictorias de DE MARÍA y del Tribunal de Apelaciones.

<sup>(23)</sup> *Jur. A. S.*, t. 5, ps. 494 y 495.

<sup>(24)</sup> Por una curiosa coincidencia, la tesis que admite la demanda declarativa de prescripción halló siempre la acogida de los jueces de primera instancia, para ser luego revocada por los Tribunales de Apelaciones (aun habiendo en éstas sensibles variantes de composición personal) y para ser nuevamente admitida en los fallos de la Alta Corte de Justicia. Véanse en *Jur. A. S.*, los casos Nos. 890 (primera instancia,



## 6. *Alcance de las ideas de De María.*

No puede asignarse a ninguno de los dos estudios que De María destinó a exponer sus ideas en esta materia, el valor de un verdadero trabajo de doctrina.

El primero de sus escritos, es una pieza forense, con su necesario carácter polémico y tendencioso. El segundo, es una consulta profesional, cuya finalidad consistía en demostrar el error de la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal de Apelaciones.

El carácter circunstancial de ambos documentos y el hecho de que su autor nunca más volvió en un estudio de fondo a exponer sus principios y a refutar las objeciones que levantaron, hacen que las ideas de De María hayan sido tan sólo un punto de partida.

favorable, del Dr. WENCESLAO REGULES; segunda, adversa, del Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno, con los Dres. MENDOZA y DURÁN, disconforme MARTÍNEZ, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA y MONTERO BURGUES, GARZÓN, disconforme por la prueba, CUÑARRO, disconforme, BASTOS, disconforme, MARTÍNEZ, PIÑEYRO y SÁENZ DE ZUMARÁN), 1548, de 24 de agosto de 1914 (fallado favorablemente en Tacuarembó, en primera instancia, revocada esa sentencia por el Tribunal de Apelaciones de 2º Turno y revocada la sentencia de segunda instancia por la Corte, con el voto de los Dres. GARZÓN, CUÑARRO (disconforme, ROMEU BURGUES, BASTOS y MARTÍNEZ), 2468, de análogo carácter de los anteriores (fallado favorablemente en primera instancia en Canelones por el Dr. CARVE URIOSTE, en segunda, se revocó dicho fallo por el Tribunal de Apelaciones de 2º Turno, con los Dres. MONTERO PAULLIER, PIÑEYRO, disconforme en la tesis, pero conforme con la circunstancia de que no se probó el hecho posesorio; en tercera se confirmó el fallo del Tribunal, pero no por la razón doctrinaria sino por deficiencias de la prueba, con los votos de los doctores PINTO, CUÑARRO, disconforme en cuanto a la tesis, ROMEU BURGUES y BASTOS, por otros fundamentos), 2630, con las mismas características de los anteriores (fallado favorablemente en primera instancia en Montevideo, por el Dr. WENCESLAO REGULES, revocado el fallo en segunda por el Tribunal de 1er. Turno integrado con los Dres. MENDOZA y DURÁN;

A él se debe la noción fundamental: no los desenvolvimientos ulteriores. Estos, en forma vacilante y empírica, los fué dando la jurisprudencia con el transcurso del tiempo (25).

### 7. *Exposición de la teoría.*

Para conocer debidamente las nociones de De María, es necesario referirse a la consulta dirigida al doctor Vargas (26).

Sus conceptos esenciales, son los siguientes:

“Nuestro Código de Procedimiento Civil, al decir, en su artículo 240, que “acción es el medio legal de pedir ju-

discorde, MARTÍNEZ, discorde, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, MONTERO PAULLIER y FURRIOL; en tercera instancia fué restablecida por la sentencia de primera, con el voto de los Dres. GARZÓN, CUÑARRO, discorde, ROMEU BURGUES, BASTOS, discorde, PINTO y PIÑEYRO), 2666, también en tres instancias (la primera en Salto, favorable, por sentencia del Dr. SANGUINET; la segunda, contraria, por el Tribunal de Apelaciones de Primer Turno, integrado por los Dres. MENDOZA y DURÁN, discorde, MARTÍNEZ, discorde, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, MONTERO PAULLIER, PIÑEYRO, discorde y FURRIOL; la tercera, favorable a la tesis de acción de prescripción, de la Corte, con los votos de los Dres. GARZÓN, CUÑARRO, discorde, ROMEU BURGUES, PINTO y ARTAGAVEYTIÁ). Creemos que hoy ya no existen discrepancias fundamentales y la acción halla acogida en todas las instancias.

(25) Véase ACUÑA ANZORENA, *Imperfección de los títulos de posesión treintaenal y los derechos del comprador en el contrato de compraventa*, publ. en *J. A.*, t. 48, p. 203, donde se señala agudamente la importancia de la obra constructiva de la jurisprudencia en toda la materia de prescripción. Asimismo, COLOMBO, *op. cit.*

(26) El texto de dicha consulta aparece publicado, primitivamente, en *Rev. D. J. A.*, t. 18, p. 167. Luego en *Jur. A. S.*, t. 5, p. 23. La primera de dichas publicaciones es sumamente deficiente, debido a errores de imprenta que la hacen, en algunas partes, ininteligible. La segunda, fué corregida cuidadosamente por el propio autor, según se hace constar en *Jur. A. S.*, t. 10, p. 167.

dicialmente lo que es nuestro o lo que se nos debe”, no hace más que reproducir una de las definiciones que daba el derecho romano. Siempre se ha reconocido que tales definiciones no deben entenderse al pie de la letra, sino en un sentido amplio. Hablando de la de Justiniano (*jus persequendi in judicio quod sibi debetur*) dice Namur <sup>(27)</sup>: “Cette définition serait incontestablement trop étroite si on la prenait a la lettre. En effet, il en résulterait que les droits de créance, ce *quod debetur*, pourraient seult être poursuivis en justice, tandis que les *jura in re* et les *jura personarum* sont également protégés par des actions. Les mots *quod sibi debetur* sont donc employés ici dans un sens large, c’est-a-dire, qu’ils désignent tout ce qui forme l’objet d’un droit quelconque”. En análogo sentido se expresa Maynz <sup>(28)</sup>. Con el mismo criterio debe entenderse la definición que da nuestro Código y que no es otra que la de Gayo: *jus persequendi in judicio quod nobis debeatur aut quod nostrum est*. Mattiolo <sup>(29)</sup> la acepta, la glosa, diciendo “que la acción es el derecho de actuar en juicio para obtener el reconocimiento de un derecho violado o desconocido, lo que constituye un derecho elevado a la segunda potencia, o sea, la cualidad propia del derecho de poder invocar en su auxilio la garantía judicial”; y más adelante demuestra que no se requiere que la violación del derecho se haya efectuado para que exista acción (tomo citado, N° 60), y que la prescripción puede alegarse tanto por vía de excepción, como por vía de acción (tomo 3°, N° 1180). Si no se entiende en un sentido amplio la definición de acción y de demanda que da nuestro Código de Procedimien-

<sup>(27)</sup> *Cours d’Institutes*, p. 498.

<sup>(28)</sup> *Droit romain*, t. I, par. 50.

<sup>(29)</sup> *Trattato di Diritto Giudiziario Italiano*, t. I, N° 18.

to Civil, si se entienden al pie de la letra, en un sentido estrecho y judaico, se las pone en contradicción con los más conocidos principios legales, lo que no es admisible...

... Uno de los medios de extinguir las obligaciones es la declaración de nulidad (Código Civil, artículo 1421). Y bien: si el que ha contraído una obligación pide en juicio, por vía de acción, como lo autoriza expresamente el artículo 1452, del Código citado, que sea declarada nula por razón de dolo, error, violencia o incapacidad, ¿se podrá rechazar de pleno su gestión alegándose que no es demanda porque en ella *se pide que se haga simplemente una declaración* y no que se condene a la otra parte a dar, hacer o no hacer alguna cosa? Habría que contestar que sí, si fuera exacta y verdadera la doctrina del Tribunal de Apelaciones que falló en segunda instancia el pleito a que se refiere esta consulta. Una doctrina que conduce lógicamente a semejantes consecuencias, no puede ser admisible. Si, como es indudable y lo dejo demostrado con la cita de los artículos 1421 y 1452 del Código Civil, se puede pedir por vía de acción, que se declare extinguido por anulación un derecho creditorio, ¿por qué no ha de poderse pedir también, por vía de acción, que se declare extinguido por prescripción un derecho cualquiera, sea personal o real? El que pide que se le declare liberado por prescripción, pide que se declare que su contraparte ha perdido el derecho creditorio que tenía, y el que pide que se le declare propietario por prescripción, pide que se declare que su contraparte ha perdido el derecho de dominio que tenía sobre el bien de que se trate...

... Yo no pido que se condene a B a dar, hacer o no hacer alguna cosa; pido simplemente que, en virtud de un legítimo interés, *se haga en juicio una declaración* arreglada a mi derecho y, por consiguiente, lo que promuevo es

una verdadera acción. La declaración que pido me es debida, y en este sentido se encuadra en la definición legal de acción, ampliamente entendida, como debe serlo según lo enseñan Namur y Maynz. También le es debida al que ha poseído más de treinta años un inmueble, una declaración de que lo ha adquirido por prescripción y de que el anterior propietario ha dejado de serlo y, por lo tanto, esa declaración puede ser pedida por vía de acción, desde que es acción el medio legal de pedir en juicio lo que es nuestro o se nos debe.

La prescripción no puede ser suplida de oficio; debe ser alegada por el interesado para que produzca sus efectos. Pues bien: el interesado la alega al pedir en juicio que se declare que ha adquirido el dominio por prescripción y que el anterior propietario ha perdido el que tuvo <sup>(30)</sup>.

... Aunque la lesión es, en la generalidad de los casos, causa determinante de la acción, porque por ella se despierta el interés, no puede decirse que la regla no tenga excepciones, puesto que siempre que hay interés debe haber acción, aun cuando ese no haya nacido en virtud de una violación del derecho...

... La declaración en juicio de que una obligación está extinguida por anulación o por prescripción o de que el actor ha adquirido el dominio y el reo ha perdido, en consecuencia, el que tenía, puede hacerse en forma de condena-

(30) La argumentación doctrinaria de su tesis, se halla, según afirma DE MARÍA, en la siguiente bibliografía: GARSONNET, *Traité de Procédure Civile*; AUBRY ET RAU, *Cours de Droit Civil Français*; CHIRONI y ABELLO, *Trattato di Diritto Civile Italiano*; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*; MATTIROLO, *Trattato di Diritto Giudiziario Italiano*; RICCI, *Commento al Codice di Procedura Civile italiano*; GARGIULO, *Il Codice di Procedura Italiano*; BORSARI, *Il Codice Italiano di Procedura annotato*.

ción a perpetuo silencio, y así se llenan las exigencias formulistas de la ley. Por lo demás, la prueba de que no es esencial ni absoluta la regla de que la sentencia debe concluir condenando o absolviendo, está en el hecho de que hay sentencias que, sin perjuicio de ser tales, no pueden ser redactadas en forma de condenación, *sino en forma de declaración*. Ejemplo: la sentencia que declara definitiva la posesión interina, en el caso de ausencia (Código de Procedimiento Civil, artículo 479) . . .”.

### CAPÍTULO III

#### LAS CONTRIBUCIONES POSTERIORES

##### 8. *Consolidación de la doctrina.*

Por lo que surge de los elementos de información precedentes, se percibe de qué manera las ideas de De María no fueron admitidas en forma unánime por los tribunales.

Entre su primer y su segundo estudio transcurrieron veinte años; y se necesitaron otros veinte para que la jurisprudencia se fuera encauzando en una serie de soluciones pacíficas. Y cabe agregar que el segundo estudio es más extenso pero no más profundo. Su autor se queja en él de carecer del tiempo necesario para penetrar más a fondo en el estudio del asunto.

Por virtud de una significativa coincidencia, contemporáneamente, mientras De María desenvolvía de nuevo sus ideas, el legislador brasileño perfeccionaba los instrumentos técnicos del proceso edictal, e instituía un verdadero juicio

universal de usucapión, mediante la provocación y llamamiento al juicio de todos los que se consideren con derecho al bien poseído <sup>(81)</sup>.

Entre tanto, la jurisprudencia de nuestro país iba pudiendo lentamente pero con seguridad y con precisión cada día mayores la tesis de De María, y los títulos de propiedad obtenidos mediante una sentencia declarativa de la prescripción iban acrecentando su significado en el comercio jurídico.

Al ser aceptados los títulos que así se formaban como "títulos perfectos" por instituciones oficiales como ser el Banco Hipotecario del Uruguay, ocurría que junto con el prestigio ascendente de la tesis se iba creando un eficaz instrumento económico de valorización de la propiedad.

Aconteció todavía algo inesperado. Admitida la tesis de que el poseedor puede obtener una sentencia con eficacia *erga omnes*, resultó que este proceso declarativo de la prescripción constituía, además, un espléndido instrumento para perfeccionar y sanear todos los defectos de la titulación. Fué así que el dominio de las sobras, la documentación defectuosa de ciertas transmisiones sucesorias, las nulidades de los actos jurídicos, y en general los defectos de titulación que no habían obstado a la pacífica posesión treintañal, se subsanaban mediante este procedimiento y el poseedor con titulación defectuosa, prefería acudir a esta vía compurgatoria de la prescripción adquisitiva para demostrar que, por encima de los defectos formales de su documentación, se hallaba, para asegurarle el dominio, la posesión tranquila, pública, pacífica, no equívoca y en concepto de propietario.

(81) *Infra*, 23.

### 9. *Nuevas contribuciones de doctrina y de jurisprudencia.*

Fué así que cuando en el año 1933 publicamos nuestro primer estudio sobre este tema, lo único que hicimos fué determinar con carácter de primer tanteo, las bases dogmáticas de algo que nuestra jurisprudencia había consagrado con soluciones pacíficas.

Una segunda edición de aquel trabajo, nos permitió, no sólo agregar nuevos elementos de juicio, sino también fijar con mucho mayor exactitud los detalles técnicos del procedimiento, incorporando al ensayo anterior la labor que en los últimos años se había realizado en materia de acciones de mera declaración <sup>(32)</sup>.

La circunstancia de haberse publicado ese trabajo en la Argentina, permitió que el Prof. Alberto G. Spota en un extenso y documentado estudio <sup>(33)</sup> abordara el problema desde el punto de vista del derecho civil y constitucional de ese país hermano, concluyendo en la tesis de que un tipo de acciones de esta índole era perfectamente aplicable dentro del derecho argentino.

La Cámara Civil Primera, muy poco tiempo después, se pronunció en análogo sentido <sup>(34)</sup>, sosteniendo no sólo que

<sup>(32)</sup> *La acción declarativa de la prescripción*, publ. en *La Ley*, t. 1, sec. doctr., p. 62.

<sup>(33)</sup> *La sentencia declarativa de la prescripción adquisitiva en el derecho argentino. Su procedencia. Sus efectos "erga omnes"*, que se publica a continuación del presente estudio. De este trabajo, así como del anterior, se ha publicado una edición aparte, agotada, que motivó numerosas reseñas bibliográficas en revistas extranjeras. Muchas de las ideas que aquí se desenvuelven suponen aclarar — y a veces rectificar — conceptos que dieron motivo a observaciones.

<sup>(34)</sup> *J. A.*, t. 57, p. 79, con nota de SPOTA, *La acción declarativa de la prescripción*. La Cámara era en ese fallo, consecuente con su propia doctrina expuesta en el caso publ. en *J. A.*, t. 52, p. 411, con nuestra nota *Las sentencias mere-declaratorias en materia de prescripción*.



una sentencia declarativa de la prescripción era procedente en el derecho argentino, sino también, que no podía hablarse de títulos perfectos en materia de propiedad adquirida por usucapión, si no se acudía a un método de justificación judicial contradictoria que culminara en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Contemporáneamente, la Comisión Redactora del Proyecto de Código Civil argentino de 1936, establecía en los artículos 1541, 1543, 1544, 1551 y 1553, un sistema semejante, con abundantes previsiones de derecho civil y procesal<sup>(36)</sup>. Al Congreso de Ciencias Procesales realizado en Córdoba en 1939, fué presentado un Proyecto análogo<sup>(36)</sup>. Algún tiempo después, en nuestro país, el Decreto-ley 12 de febrero de 1943, articulando en un cuerpo de disposiciones orgánicas, el Registro de la Propiedad Raíz, establecía en el art. 3º, inc. 3º la obligación de inscribir "las sentencias de prescripción", dando así a la construcción meramente jurisprudencial y doctrinaria un apoyo legislativo del que antes carecía<sup>(37)</sup>.

(35) La Comisión aceptó, parcialmente, el sistema propuesto por BIBILONI, apartándose de él en elementos de detalle y mejorando la técnica de las disposiciones. BIBILONI, *Anteproyecto*, arts. 3444 y sigtes. sigue muy de cerca el sistema alemán y suizo al que más adelante nos referiremos. La nota del art. 3463 y sigtes., plantea el problema con absoluta lucidez y aboga por un sistema del tipo consagrado en el BGB al que incorpora la experiencia de la Comisión francesa de Catastro y el informe de MASSIGLI sobre el Proyecto definitivo. Las citadas disposiciones de la Comisión superan, a nuestro entender, la técnica del Anteproyecto.

(36) Recordamos un amplísimo Proyecto del delegado Dr. LUQUI que, por razones que no podemos explicarnos, no aparece en las *Actas* de dicho Congreso, publ. en 1942.

(37) Véase su texto y comentario de PRUNELL, en *Rev. D. J. A.*, t. 41, p. 185, 217, 246, 281, 314.

10. *La ley 10.793, de 25 de setiembre de 1946.*

El proceso de consolidación en la doctrina y en la jurisprudencia que venimos refiriendo, culminaron con el texto del art. 3, inc. 3 de la ley 10.793, de 25 de setiembre de 1946.

A estar a este texto, debe inscribirse en el Registro de Traslaciones de Dominio, "la sentencia de prescripción obtenida en juicio contradictorio, cuando recaiga sobre bienes inmuebles" <sup>(38)</sup>.

La disposición, no obstante la deficiencia técnica de su léxico, es suficiente como para hacer indiscutible la procedencia de las demandas de esta índole. Pero no brinda más posibilidad que esa. Los problemas procesales de un juicio dirigido a tal fin no han sido objeto de previsión, ni en el texto de la ley, ni en el de sus disposiciones reglamentarias <sup>(39)</sup>.

11. *Disposiciones del Proyecto de 1945.*

En el Proyecto de Código de Procedimiento Civil, al que reiteradamente nos venimos refiriendo en este libro, no hemos incluido, por considerarlo innecesario, disposiciones especiales dirigidas a regular el trámite o los efectos del proceso de declaración judicial de la prescripción adquisitiva.

Tal circunstancia deriva de las siguientes ideas. Por lo

<sup>(38)</sup> El comentario del régimen de Registros instituido en esta ley, ha sido objeto de un escrupuloso comentario reciente de QUAGLIATA, *Registros*, Montevideo, 1948.

<sup>(39)</sup> El Decreto Reglamentario de la ley es de fecha 30 de diciembre de 1946. La única previsión respecto a la sentencia que declara la prescripción adquisitiva, es la relativa a los impuestos que gravan la inscripción. Cfr. QUAGLIATA, *Registros*, cit., p. 116.

pronto, consideramos que no es necesario texto expreso para que procedan las sentencias y procesos de mera declaración (40). Consideramos, asimismo, que estando implantado el Proyecto sobre la base de la supresión de los procesos especiales y la reducción de las formas de juicio a unos pocos procesos-tipo (41), no era procedente instaurar un juicio particular en el estilo de la legislación alemana o del proceso edictal brasileño. Consideramos suficiente la vía del proceso ordinario de conocimiento.

Pero aun así, hemos considerado indispensable insertar en las disposiciones de carácter general, ciertas previsiones especialmente idóneas para que los efectos de la sentencia declarativa de prescripción se vean asegurados.

Las soluciones diversas han sido encuadradas dentro de las siguientes líneas de la estructura general del Proyecto:

a) El emplazamiento por 90 días a estar a derecho y a deducir oposición al proceso, se formula no sólo al anterior propietario, sino a todos los que se consideren con derecho a los bienes; este emplazamiento se realiza bajo apercibimiento de que se nombrará a los que no comparezcan, defensor de oficio con quien se seguirán los procedimientos; la participación del defensor de oficio no excluye la intervención necesaria de los representantes del Ministerio Público y Fiscal. Esta fórmula es la actualmente vigente en nuestro país y el proyecto nada innova al respecto.

b) La sentencia dictada en ese proceso provocatorio dirigido a todos los que se consideren con derecho a los bienes, pasa en autoridad de cosa juzgada *erga omnes*. Ni el anterior propietario ni los derechohabientes que pudieron

(40) *Infra*, 15.

(41) *Exposición de motivos*, p. 25.

haber concurrido al emplazamiento, tienen derecho a considerarse ajenos a la cosa juzgada. La sentencia pone el derecho del poseedor a cubierto de cualesquiera pretensión de aquellos que pudiendo haber comparecido, no lo hicieron. También esta solución existe en el derecho vigente; sólo se ha establecido en el texto una fórmula expresa que determine con precisión el alcance de la cosa juzgada.

c) En previsión de los actos de dolo, fraude o colusión, cabe de parte de los damnificados una demanda revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta. El proceso puede ser anulado en esos casos. Pero la revocación de la sentencia, no perjudica nunca los derechos que han adquirido los terceros de buena fe. Una solución de esta índole no tiene consagración expresa en el derecho vigente; pero creemos que ella existe en forma implícita en todo ordenamiento jurídico.

Dentro de estas simples líneas (emplazamiento genérico, cosa juzgada *erga omnes*, revocación para el caso de fraude) queda encerrada en el proyecto la solución de este problema. Tal como lo hemos expresado, creemos que, con relación a nuestro país, en nada se ha innovado respecto de la existente. Sólo se han dado fórmulas más técnicas y precisas.

Pero estas fórmulas reclaman algunas aclaraciones que se formulan en el momento oportuno de este estudio.

## CAPÍTULO IV

LAS SENTENCIAS DE MERA DECLARACIÓN Y LA  
PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA12. *Posesión y usucapión.*

La manera más directa de estudiar la técnica de este tipo especial de procesos, consiste, como debe ocurrir siempre, en aproximarse a los hechos.

Estos se producen, normalmente, así:

El poseedor que detenta un predio durante treinta años, sin justo título ni buena fe, pero en forma continua, no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y en concepto de propietario (art. 1196, C. C.), se transforma en dueño, de acuerdo con la norma contenida en el art. 1211, C. C. Transformado en propietario por virtud del hecho posesorio, se halla en condiciones de repeler todo intento de reivindicación por parte del ex-dueño o de cualquier otro que se considere con derecho. Su situación jurídica es inequívoca. Ha adquirido por virtud de un *modo* que la ley reconoce (art. 705, C. C.) y su dominio es oponible a terceros. La prescripción, en su faz extintiva, es la excepción legal de que dispone.

Pero hay un contraste entre la firmeza de su condición para repeler en juicio las agresiones de terceros, y la situación en que se halla para demostrar, pacíficamente, en el comercio jurídico, su condición de dueño.

Dada la naturaleza de su *modo* de adquisición del do-

minio, el poseedor carece habitualmente de *título* que acredite su condición <sup>(42)</sup>.

Nunca habrá certeza respecto de la propiedad por él adquirida, porque nunca se sabrá si existe alguien con mejor derecho que el suyo. Y, en consecuencia, la propiedad así obtenida, se halla en un régimen de implícita sospecha que disminuye su valor económico. La incertidumbre apareja un abatimiento de su valor venal.

Si los hechos son así, si el derecho está válidamente adquirido de tal manera, sólo basta encontrar el método que permita hacer que ese derecho revele su eficacia.

El orden jurídico no puede tolerar que quien es legítimamente propietario, se halle en la vida tal como si no lo fuera; o por lo menos, sin poder gozar de todos sus atributos. A diferencia de otros regímenes, no existió en nuestras leyes, hasta la 10.793 ya citada, un conjunto de normas especiales que sirvieran para poner fin al estado de cosas en que se encuentra el poseedor sin título.

En sus términos más simples, el problema quedó, pues, planteado de la siguiente manera:

¿Es posible, acudiendo a los principios generales de derecho, salvar la omisión del legislador?

Y si es posible, ¿cuál es el medio idóneo para obtener los fines buscados?

(42) Entre las observaciones que formulaba R. RAMELA DE CASTRO a la primera edición de este estudio, anotaba, acertadamente, que existen otros "modos de adquirir" que se hallan en estas condiciones, tales, por ejemplo, el aluvión, la avulsión, las islas que se forman y la accesión por desviación de ríos y arroyos (arts. 752, 753, 755 y 757 del Código Civil). En esas mismas observaciones, RAMELA hace referencia a la titulación de sobras, tema cuyo interés e importancia obstan a que sea tratado en estas páginas. Véase, especialmente sobre el tema, DURAÑONA VIDAL, *La titulación de las sobras*, en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, 1933, pág. 164.

Siempre hemos pensado que las dos cuestiones propuestas se resuelven de la siguiente manera:

Es posible, acudiendo a los principios generales del derecho procesal, obtener una sentencia que, acreditando la existencia del hecho posesorio, suministre un título al propietario, facilitando la prueba de su dominio frente a terceros.

Pero esa sentencia no puede ser la que se dicte en un procedimiento unilateral de información. Esa resolución no obliga a quienes no se han podido defender contra ella.

Sólo, pues, un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada, obligatorio para todos los que pudieran tener un derecho respecto del inmueble que ha sido objeto de la posesión, puede cumplir los fines que se procuran <sup>(43)</sup>.

Ese fallo a que se ha aludido se obtiene, en el estado actual de la doctrina y de la jurisprudencia, mediante una demanda de usucapión.

### 13. *Carácter declarativo del proceso y de la sentencia.*

De acuerdo con las ideas que se expondrán a continuación, la acción que promueve el poseedor es declarativa, o mejor aún, *mere-declarativa*, como se ha llamado últimamente <sup>(44)</sup> a las acciones de esta índole.

<sup>(43)</sup> Confróntese los ya citados estudios de ACUÑA ANZORENA y de COLOMBO, que resumen prolijamente el estado actual de la doctrina sobre el particular.

<sup>(44)</sup> En *Riv. D. P. C.*, 1933, I, p. 3 y sigtes. Sobre este tema puede consultarse CHIOVENDA, *Azione e sentenze di mero accertamento*, en el precitado número de la *Rivista*. BORCHARD, *The constitutionality of declaratory judgments*, en *Columbia Law Review*, abril 1931 y *Judicial relief for peril and insecurity*, en *Harvard Law Review*, 1932, XLV, p. 5; CAMMEO, *Le azione dichiarative nel diritto inglese e nord-americano*.

Esta acción da origen a un juicio contradictorio, de carácter jurisdiccional, que culmina en una sentencia declarativa.

En realidad toda sentencia contiene una declaración. Hasta las mismas sentencias de condena, contienen una declaración, o más, respecto de un hecho o de una cuestión de derecho, que son la base lógica de la decisión.

Esto surge hasta de las propias definiciones legales <sup>(45)</sup>.

Pero conviene no perder de vista que no todas las sentencias son declarativas de la misma manera. Ese rasgo común no sirve para individualizarlas, sin acudir a una nueva clasificación.

La sentencia que rechaza la demanda, por falta de fundamento legal o por falta de prueba, es una pura declaración. Sin embargo, entre ella y una sentencia que declara la filiación u otra que declara la procedencia de la indemnización de perjuicios, hay diferencias fundamentales.

Otro tanto, y en el mismo sentido, se puede decir de las que declaran el divorcio o la nulidad de un acto o contrato, o la existencia o inexistencia de una servidumbre, o la incapacidad, o la ausencia, etc.

En verdad, de *sentencia declarativa*, en términos tan amplios, sólo se habla en oposición a *sentencia constitutiva* <sup>(46)</sup>. En el estado actual de nuestros estudios, hemos

no, publ. en *Studi in onore di Chiovenda*, p. 175 y sigtes.; KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, trad. esp., p. 178 y sigtes.; PRIETO CASTRO, *La acción declarativa*, Madrid, 1932; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, t. II, p. 3 y sigtes.; ROCCO, *La sentenza civil*, trad. esp., p. 165 y sigtes.

<sup>(45)</sup> Art. 462; C. P. C. urug. concordante, literalmente, con el 216 del C. P. Cap. Federal.

<sup>(46)</sup> Véase el estudio de LORETO, *La sentencia constitutiva*, en *Gaceta Jurídica*, de Mérida, Venezuela, t. I, p. 17 y sigtes., donde pueden hallarse agudos conceptos de distinción sobre el particular.



llegado a advertir la insuficiencia de la división tradicional de las sentencias en declarativas, constitutivas y de condena. De la misma manera que hemos admitido que toda sentencia es en cierto modo declarativa, también hemos ido adquiriendo, con el andar del tiempo, la persuasión de que toda sentencia es en cierto modo constitutiva. Pero ese tema nos alejaría del plan que nos hemos trazado.

De entre esa masa heterogénea de sentencias de declaración, extraemos, para fijar sus caracteres, las llamadas de *mera declaración*.

Se denominan así "aquellas que se limitan a declarar la existencia o inexistencia de un derecho" (47).

Respecto de esta clase de fallos, estableció el Congreso de Derecho Comparado de La Haya (1932), que "representan una forma de procedimiento que no contradice el carácter esencial y el fin del Poder Judicial, porque declarando la existencia o inexistencia de un derecho, sobre cuestiones concretas, obliga para el futuro a las partes, mediante la cosa juzgada".

"Este procedimiento es, por el contrario, una de las formas más elevadas y delicadas del Poder Judicial, y debe ser considerada como muy útil a los litigantes y a la vida social, pues asegura el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, previene los actos ilegítimos en lugar de sancionarlos con pesadas responsabilidades y da a las partes una norma para su conducta futura".

"Este procedimiento debe ser contenido, naturalmente,

(47) CHIOVENDA, *Azione e sentenze*... etc., p. 3. CAMMEO, *op. cit.*, define: "aquellas que no tienden a conseguir ni la condena ni la producción de efectos jurídicos nuevos, distintos de los de la cosa juzgada", p. 177.

por la prudencia discrecional del juez, dentro de los límites determinados por un interés real y serio en la declaración actual del derecho" (48).

#### 14. *Legislaciones especiales.*

Son pocas las legislaciones que han previsto y reglamentado las sentencias de mera declaración.

Se acostumbra a señalar al respecto tres grupos.

A) *Legislaciones de origen germánico.* — La actual Ordenanza alemana establece: "se puede promover una acción para la declaración de existencia o inexistencia de una relación jurídica, para el reconocimiento de una escritura o para la declaración de la falsedad de la misma, cuando el actor tiene un interés jurídico en que la relación jurídica o la autenticidad o la falsedad de la escritura, sea declarada de inmediato por declaración judicial".

En términos semejantes, están concebidas las legislaciones austriaca y húngara.

B) *Derecho anglo americano.* — La sentencia declarativa y su acción tienen origen en las formas más remotas del derecho escocés (49).

(48) El Congreso consideró como tema: *Les jugements déclaratoires*, habiéndose presentado nueve comunicaciones. La relación general y el voto aprobado por el Congreso pertenecen a CHIOVENDA y pueden consultarse en el ya citado estudio de la Rivista.

(49) MILLAR, *Civil pleading in Scotland*, en *Michigan Law Review*, Feb. and March, 1932, p. 551 y sigtes. Reimpreso en edición separada, p. 4. En el mismo sentido CAMMEO, *op. cit.*, p. 190. Sobre los orígenes romanos de los *prejudicia*, CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 5 y PRIETO CASTRO, *op. cit.*, p. 9, que, en sentido contrario, afirma que el derecho romano sólo conoció la sentencia de condena, no existiendo la acción declarativa como forma autónoma de la actividad judicial.

En la práctica de las Cortes inglesas se ha venido admitiendo esta clase de juicios; su reglamentación se halla, a partir de 1883, en términos más generales, en las *Rules of the Supreme Court* de Londres. Hoy es sumamente frecuente el ejercicio de los mismos.

En Estados Unidos, algunos Estatutos (Michigan, Kansas, California, Virginia y Kentucky) autorizan a sus jueces a emitir tales *declaratory judgments* siguiendo las normas del Reglamento de la Suprema Corte de Londres.

Sin embargo, la Suprema Corte Federal luego de haber sostenido con intransigencia que siendo función constitucional de la justicia federal la resolución de *cases* y *controversies*, tales declaraciones abstractas le están vedadas, ha ido en los últimos tiempos, variando su orientación <sup>(50)</sup>.

No obstante tal situación respecto del derecho federal, la experiencia forense de los Estados es fecunda y de considerable importancia.

### 15. *Legislación de los países latinos.*

Los Códigos de este grupo no contienen textos especiales en materia de mera declaración, pero son frecuentes los principios tendientes a la declaración de nulidad de las obligaciones, verificación de escrituras, etc.

Pero en ellas tanto la doctrina como la jurisprudencia, han subsanado la omisión de normas legislativas creando un verdadero sistema jurídico.

La razón es simple, dice Cammeo <sup>(51)</sup>: "el concepto de

<sup>(50)</sup> El tema de las acciones declarativas en el derecho anglo-americano, ha sido cubierto totalmente por la obra exhaustiva de BORCHARD, *Declaratory judgments*, 2ª edición, Cleveland, 1941.

<sup>(51)</sup> *Op. cit.*, p. 184.

acción, de jurisdicción, de interés para accionar y, en general, nuestros principios generales, son comunes a todos los derechos afines al nuestro, a todos los derechos de civilización europea, especialmente a los más elaborados. El estudio del derecho comparado, conducido prudentemente, es decir, teniendo en cuenta eventuales particularidades de cada legislación y estando atento a las analogías y diferencias es, entre tanto, un subsidio válido para la solución de los diversos puntos”.

En realidad sólo puede haber obstado en ciertos países al desenvolvimiento de esta idea, el prejuicio de que la acción civil sólo nace frente a la violación de un derecho y tiene por objeto una condena que, mandando dar, hacer o no hacer cosa alguna, restablezca el derecho dentro de sus anteriores límites, restituyéndolo a la normalidad.

Pero esa concepción ha sido ya definitivamente superada en los estudios modernos.

Hoy basta pensar que los fines de la actividad jurisdiccional consisten en el mantenimiento del orden jurídico en su integridad.

Desde ese punto de vista, es suficiente una fundada incertidumbre dentro del sistema del derecho, para percibir que allí hay algo que no funciona bien, y que es lógico que la autoridad de los jueces sea puesta al servicio de quienes requieran, con fundadas razones, una declaración oportuna que ponga fin a esa inquietud <sup>(52)</sup>.

Lo que no se permite, al amparo de este principio, es el planteo de cuestiones académicas, o declaraciones que no

<sup>(52)</sup> Hace ya un cuarto de siglo lo apuntaba CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, t. II, p. 6, cuando advertía que debe admitirse “un alargamiento del concepto de lesión jurídica que llegue hasta comprender la simple incertidumbre de la relación”.

tengan un fin útil, o interpretaciones abstractas, o cuestiones cuyo alcance práctico no se perciba fácilmente.

Para que pueda prosperar la acción declarativa, se requiere:

a) Que haya incertidumbre respecto de las relaciones de derecho;

b) que tal incertidumbre apareje daño actual al actor, en el comercio jurídico;

c) que la sentencia de declaración baste, además de eliminar la incertidumbre, para prevenir el daño <sup>(53)</sup>.

Cumplidas esas condiciones, puede reputarse que la aspiración del actor se halla amparada por la ley.

No es necesario para esto un precepto expreso, advierte Chiovenda. "Dada una organización judicial y procesal, dice <sup>(54)</sup>, con esto mismo se autoriza toda demanda judicial que tienda a evitar el daño que se verificaría si la ley no actuase, a no ser que la ley contenga expresas limitaciones". "La existencia o inexistencia de toda relación jurídica no tiene una importancia limitada a un solo sujeto pasivo, sino que tiene un interés social".

<sup>(53)</sup> CAMMEO, *op. cit.*, p. 183. Según KISCH, *op. cit.*, p. 179, para que proceda la acción mere declarativa se requiere: a) que la duda o controversia sea suficientemente fundada; b) que sea de tal naturaleza que para solucionarla, la decisión judicial sea adecuada y necesaria; c) que el actor no disponga más que de esa forma especial para la obtención de sus fines.

<sup>(54)</sup> *Principios de derecho procesal civil*, trad. esp. I, p. 199.

16. *Carácter probatorio de la sentencia que declara la prescripción adquisitiva.*

La sentencia de prescripción adquisitiva es de mera declaración.

El actor tiene un derecho evidente e inequívoco. Pero por la forma excepcional en que ese derecho ha sido adquirido, carece *de una prueba* perentoria que acredite su condición respecto de terceros. Esa imposibilidad de probar su condición, le apareja incertidumbre y perjuicio, en el doble sentido que ya ha sido indicado: que nunca puede tener la seguridad de que no exista un tercero con mejor derecho que el suyo, y que los terceros no reconocerán su condición ni asignarán al objeto de su dominio el valor que realmente tiene, precisamente por la implícita incertidumbre en que se halla <sup>(55)</sup>.

Mediante el proceso, el poseedor procura hacer cesar la incertidumbre. Nada más.

No se pide al juez que mande dar, hacer o no hacer alguna cosa. Se pide, simplemente, una declaración. Frente a la prueba plena del hecho posesorio, no habiendo objeciones fundadas del representante de los posibles derechohabientes; frente a un procedimiento regularmente seguido, el juez declara que se ha poseído en condiciones aptas para adquirir el dominio.

No se reconoce el dominio, ni se condena a nadie a "perpetuo silencio" frente a ese dominio.

El dominio no necesita reconocimiento, porque se ha adquirido de pleno derecho por la posesión treintañal há-

<sup>(55)</sup> Este carácter preventivo ha sido debidamente apuntado, con relación a la doctrina francesa, por GIGNOUX, *Les actions préventives*, París, 1935, p. 141 y sigtes.

bil. La ley no reclama fórmulas solemnes para consolidarlo.

Es evidente que si el poseedor pudiera obtener la declaración de que ha adquirido la propiedad por prescripción, de parte del anterior propietario indiscutido, la acción y su sentencia serían innecesarias <sup>(56)</sup>.

Pero la experiencia dice que no es frecuente, ni mucho menos, esa situación.

Puede darse el caso, y se ha dado, de que el dueño anterior que ha perdido el dominio por el abandono de la posesión, extienda en favor del poseedor una escritura de declaración que confirme ese hecho. Esa escritura de declaración tiene, jurídicamente, el mismo valor que la sentencia declarativa, siempre que no existan otros titulares de derechos de mayor mérito que el dueño anterior; pero con esas situaciones no se puede contar. Lo normal es que el poseedor no pueda contar con la buena voluntad de su antecesor para obtener la escritura de declaratoria.

En esas condiciones, a falta de declaración espontánea, la situación sólo se soluciona con la cosa juzgada.

<sup>(56)</sup> Cfr. concluyentemente sobre el reconocimiento negocial o negocio declarativo *inter partes*, VON THUR, *Teoría general del derecho civil alemán*, trad. esp., B. Aires, 1948, t. 5, 284.

## CAPÍTULO V

PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA  
PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA17. *Competencia para conocer en el proceso.*

Para determinar la competencia de los jueces llamados a intervenir en el proceso declarativo de prescripción, debe analizarse previamente la naturaleza de la acción.

Si ésta es de carácter real, es juez competente el del lugar del inmueble que ha sido objeto de posesión (art. 20, C. O. T.), según el valor que tenga para el aforo de la contribución inmobiliaria (art. 43, C. O. T.) y con las diversas variantes previstas por la ley (arts. 21, 22, 23, C. O. T.).

Si, por el contrario, es de carácter personal, es juez competente el juez del domicilio del demandado (art. 27: C. O. T.), teniéndose en cuenta la importancia del asunto según los documentos que acompañe el actor (art. 43: C. O. T.) o la apreciación que él mismo hiciera, a falta de documentos (art. 44: C. O. T.).

18. *Carácter personal de la demanda.*

Dentro de las ideas de este estudio, la demanda declarativa de prescripción es personal.

Si bien es cierto que en alguna oportunidad se ha confundido la naturaleza de la misma asimilándola a la reivin-



dicación o acción de dominio <sup>(87)</sup>, lo cierto es que dicha confusión o asimilación es imposible.

La demanda reivindicatoria es real y persigue la cosa.

La demanda de prescripción es declarativa y persigue un pronunciamiento de contenido probatorio que versa sobre un hecho. No es necesaria la adjudicación del dominio, porque éste se ha adquirido por el hecho de la posesión treintañal.

Es inadmisibile, en consecuencia, la equiparación de ambas pretensiones. El conflicto de intereses, en este problema, no se plantea solamente entre el propietario y el poseedor, como en la reivindicación. Se suscita entre el poseedor propietario (que es uno mismo por haberse consolidado la propiedad y la posesión) y la sociedad entera. El orden jurídico reclama una prueba perentoria del hecho del dominio, y solamente convocando *a todos* los que se consideren con derecho, puede obtenerse una comprobación hábil de la propiedad. Es ese el único conflicto que la acción tiende a dilucidar: un conflicto de prueba y no un conflicto de derecho material.

(87) En el fallo del Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno, de 22 de febrero de 1919, publ. en *Jur. A. S.*, t. X, p. 76. Sólo por coincidencia, las conclusiones de un fallo de la Alta Corte, de 24 de diciembre de 1914 (publ. en *Jur. A. S.*, Caso 1632) pueden haber sido iguales a las del derecho romano clásico. La Corte sostiene que la acción de prescripción es real, por argumentos extraídos de los arts. 3 y 241: C. P. C. y 472 y 1215: C. C. Sin embargo, las ideas que en 1869 y 1878 inspiraron a nuestros legisladores, han sido modificadas por investigaciones posteriores a la promulgación de los referidos Códigos. Según estas investigaciones, se puede afirmar que en el derecho romano "también se llamaban *in rem* las acciones que se referían a la simple afirmación de un hecho o de un estado jurídico". Véase PEROZZI, *Le obbligazione romane*, p. 14, cit. por CHIOVENDA, *Principios*, trad. esp. t. I, p. 50, en nota.

Así aclaradas las cosas y admitida la naturaleza personal de la pretensión, el principio de la competencia se rige por las normas establecidas para los juicios de esta índole.

En consecuencia, si el domicilio del anterior propietario es conocido, el juicio se seguirá ante el juez de ese domicilio. Pero como para que la sentencia sea plenamente eficaz es menester emplazar a todos los que se consideren con derecho al bien, es forzoso, por lo tanto, aplicar el principio del art. 30: C. O. T.

Como en este caso uno de los demandados es conocido y tiene domicilio cierto, debe acudirse forzosamente ante el juez de su domicilio, quedando ligados a la competencia así fijada los otros posibles demandados.

Si se ignorase el domicilio actual del o de los demandados, se daría un caso no previsto especialmente en nuestra legislación acerca de la competencia de acción personal seguida contra un demandado de domicilio desconocido.

Utilizado el criterio de la analogía, entendemos que corresponde dar entrada al criterio dado por la ley para el caso más semejante, o sea el del art. 29: C. O. T., que dice: "Si el demandado tuviese su domicilio en dos o más lugares, podrá el demandante entablar su acción ante el tribunal de cualquiera de ellos; pero si se trata de cosas que dicen relación especial a uno de dichos lugares, exclusivamente, sólo ese lugar será para este caso el domicilio del demandado".

En resumen: de acuerdo con el criterio que se acaba de exponer, es juez competente, en primer término, el del domicilio del demandado; y siendo este domicilio desconocido, o siendo desconocido el demandado, será juez competente el del lugar del inmueble. En todo caso teniendo en cuenta la importancia económica del asunto.

19. *Determinación de la parte demandada.*

En el juicio común, la parte demandada está constituida por uno, dos o más sujetos de derecho, normalmente conocidos y de existencia cierta.

Nuestras leyes autorizan, sin embargo, el emplazamiento a persona desconocida <sup>(58)</sup>.

Por tal debe entenderse, según nuestro modo de ver, no sólo aquel cuyo nombre y domicilio desconoce el actor, sino también los sujetos cuya existencia fué cierta un día pero que hoy es incierta (así, p. ej., el anterior poseedor); los sujetos de existencia cierta pero identidad incierta (así, p. ej., los herederos del anterior poseedor); y los sujetos de identidad incierta y de existencia incierta (así, p. ej., los que pudieran considerarse con derecho a los bienes).

En el juicio tendiente a declarar la propiedad por prescripción adquisitiva, la parte demandada *siempre* se halla compuesta por personas desconocidas en su identidad y en su existencia. La demanda puede y debe dirigirse contra el anterior propietario emplazándolo en su persona y domicilio si fueren conocidos. Pero para que ella surta efectos *erga omnes* <sup>(59)</sup> es menester que también sea dirigida contra todos los que se consideren con derecho a los bienes. Sin este requisito, la sentencia surtirá efectos contra el anterior propietario declarando extinguido su dominio; pero nunca llegará a los terceros que pudieran haber deducido oposición. Para ellos será siempre *res inter alios iudicata*. Su emplazamiento es la condición indispensable para la eficacia de la sentencia a su respecto.

<sup>(58)</sup> Uruguay, CPC: 307. Con relación al derecho argentino en sus diversos Códigos, FERNÁNDEZ, nota en *J. A.*, t. 52, p. 128 y ALSINA, *Tratado*, t. 2, p. 78.

<sup>(59)</sup> *Infra*, 32 y sigtes.

## 20. *El emplazamiento a la parte demandada.*

Fué sobre el frágil punto de apoyo del emplazamiento a persona desconocida, que De María elevó su construcción.

Él pensó que a la luz de esas dos palabras insertas en el art. 307, podía examinarse todo un panorama procesal en el que la parte demandada estuviera constituida por aquellos que se consideran asistidos de algún derecho, para que la sentencia los abarcara en sus efectos.

La jurisprudencia no halló reparo en esa manera de examinar las cosas y fué admitiendo, cada día con más consistencia, el emplazamiento "a todos los que se consideren con derecho". Hoy éste es normalmente aceptado, a condición de que el actor determine con toda la precisión que le sea posible los demandados susceptibles de ser identificados y citados personalmente <sup>(60)</sup>.

El proyecto de Código de Procedimiento Civil no ha tenido, en este sentido, otra cosa que hacer que consolidar un orden de cosas creado a lo largo de una extensa experiencia anterior.

Para tal fin dispone en su art. 107: "En las demandas dirigidas contra persona desconocida, podrá verificarse el emplazamiento a todos los que se consideren habilitados a deducir oposición, bajo apercibimiento de nombrárseles defensor de oficio, con quien se seguirá el proceso".

En este texto, la primera parte señala el alcance del concepto "persona desconocida". En la segunda, fija un apercibimiento que constituye la característica esencial de nuestro sistema jurisprudencial y para el que se hacen indispensables ciertas precisiones especiales.

<sup>(60)</sup> PACHECO y PÉREZ MONTEBRUNO, *La prescripción treintaenaria adquisitiva*, en *Rev. D. P. P.*, t. 9, p. 390.

## 21. *Emplazamiento múltiple.*

La idea de De María de que los demandados desconocidos e inciertos deberían ser representados por defensor de oficio fué el complemento necesario de su tesis.

Tal cosa sucede en la siguiente forma: por una parte, si los demandados conocidos y emplazados personalmente en sus domicilios conocidos, no comparecen, se hace efectivo contra ellos el apercibimiento normal de la rebeldía; pero contra los que no han sido emplazados personalmente, sino en el edicto y contra los demás que se consideran con derecho, no puede hacerse efectivo ese apercibimiento por prohibición expresa de la ley <sup>(61)</sup>; se les designa, entonces, defensor de oficio, con quien se sigue el procedimiento.

En este punto se hace bien visible la diferencia de nuestro sistema respecto del procedimiento de información, de los sistemas alemán, suizo y brasileño.

En los procedimientos de jurisdicción voluntaria, no existen, virtualmente, demandados. Si ellos aparecieran deduciendo oposición, la jurisdicción voluntaria se transformaría en contenciosa; pero entre tanto tal cosa no suceda, el procedimiento voluntario sólo depara una *presumptio hominis* a la que el transcurso del tiempo y la posesión pacífica van consolidando. Pero la información, por las razones ya apuntadas, no podrá nunca dar una seguridad absoluta.

## 22. *Diferencias con el sistema alemán.*

El sistema alemán difiere del expuesto en algunas características sustanciales y procesales.

(61) CPC: 308.

En el orden del derecho sustancial, cabe recordar que este régimen se halla inseparablemente ligado a su sistema de Registros. El art. 927: BGB permite la exclusión del propietario o derechohabiente de un bien inmueble, siempre que el Registro arroje un resultado inexacto o el verdadero propietario haya desaparecido; una interpelación *contra tabulas* no es nunca admitida. La finalidad de esta solución es, visiblemente, la de mantener la fidelidad del Registro con respecto a la situación real; el propietario que ha adquirido por usucapión, tiene derecho a modificar el Registro inscribiendo la sentencia dictada en su favor, pero para ello es menester que excluya a todo otro derechohabiente, mediante un procedimiento provocatorio, de los cuales el antiguo derecho germánico conoció significativos precedentes <sup>(62)</sup>.

Una vez excluidos por sentencia los posibles derechohabientes, se inscribe la sentencia y el Registro arroja la situación real <sup>(63)</sup>.

La ley procesal desenvuelve este régimen, dando los detalles formales, dentro del llamado procedimiento por edictos (*Aufgebotsverfahren*) legislado en los arts. 977 y sigtes.: ZPO.

Como acertadamente observa Goldschmidt <sup>(64)</sup>, este sistema aparentemente contencioso, no es sino una modalidad de la jurisdicción voluntaria, ya que el contralor de la pro-

<sup>(62)</sup> *Supra*, 3, en nota.

<sup>(63)</sup> Sobre todo este sistema, puede consultarse WOLFF, *Derecho de cosas*, en ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, trad. esp. Barcelona, 1936, t. III, 1º, p. 361.

<sup>(64)</sup> *Derecho procesal civil*, trad. esp., p. 492. Sobre este procedimiento, también ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, n. 171, y SCHÖNKE, *Zivilprozessrechts*, n. 68, p. 361 y sigtes.

cedencia de la demanda no se realiza por el método contradictorio, sino que se halla confiado tan sólo al celo del Tribunal. Sólo los métodos de impugnación ulterior, podrían transformar este régimen en contencioso <sup>(65)</sup>. Pero en tanto esa impugnación no se produzca, es indispensable considerar como de jurisdicción voluntaria, el procedimiento edictal.

Estas simples referencias sirven, no obstante, para mostrar la distinción que existe entre el régimen alemán y el nuestro. En tanto el carácter voluntario del sistema alemán se mantiene hasta la inscripción de la sentencia en el Registro, en el nuestro el carácter contencioso (jurisdiccional, propiamente dicho) fundado en el contradictorio, se advierte desde el primer instante. Si los emplazados no comparecen, es el defensor de oficio quien tiene a su cargo la contradicción. Esta es, en numerosos casos, efectiva y se produce desde el primer instante del proceso. Y por virtud de la solución implícita de que ese defensor de oficio no sólo *defiende*, sino que también *representa* <sup>(66)</sup> a los ausentes, la sentencia surte desde el momento en que causa ejecutoria, todos los efectos de la cosa juzgada para las partes así representadas.

La fórmula del derecho alemán ha sido recogida, con variantes poco sensibles, en el derecho suizo, en el austríaco y en la ley hipotecaria española. Estas legislaciones, cuya vinculación con el derecho alemán en materia de titulación

<sup>(65)</sup> SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 367.

<sup>(66)</sup> En el primer ensayo sobre esta materia (*supra*, 9) sostuvimos que el defensor de oficio *defiende* y no *representa* al emplazado incierto; en el segundo estudio rectificamos esta tesis, admitiendo que le incumben la defensa y la representación (*op. cit.*, núm. 37, en nota).

de la propiedad inmueble es notoria <sup>(87)</sup> adoptan el sistema del Registro como base de todo régimen inmobiliario. Sus soluciones no han sido, tampoco, indiferentes, al Proyecto de Bibiloni ni al de la Comisión que analizó dicho Proyecto <sup>(88)</sup>.

De este sistema deriva el derecho brasileño. Pero en él la ley procesal, siguiendo también el sistema alemán, ha creado un sistema que consideramos más completo.

### 23. *Diferencias con el sistema brasileño.*

En el sistema brasileño, la disposición de derecho material se halla consignada en el art. 550 del Código Civil, que dispone: "aquel que por treinta años, sin interrupción ni oposición, poseyera como suyo un inmueble, lo adquirirá en dominio independientemente de título y buena fe, que, en tal caso se presumen; pudiendo requerir al juez que así lo declare por sentencia, la cual le servirá de título para la transcripción en el Registro de inmuebles" <sup>(89)</sup>.

La ley procesal desenvuelve la segunda parte del principio disponiendo que para obtener la sentencia a que se refiere el art. 550: CC., es menester justificar la posesión y citar a todos los interesados, ciertos o inciertos, así como a los linderos del inmueble, para contestar la petición; los in-

<sup>(87)</sup> Cfr. MUSTAPICH, *El principio de la autenticidad en el derecho inmobiliario. Función del Escribano*, en *Revista del Notariado*, octubre de 1944, Buenos Aires, p. 1239, donde este paralelismo se pone claramente de relieve.

<sup>(88)</sup> LAFALLE, *op. cit.*, p. 611.

<sup>(89)</sup> La bibliografía del derecho brasileño en esta materia es copiosa. Una amplia exposición, en el libro de CÁMARA LEAL, *Comentário ao Código do Processo Civil*, Río de Janeiro, 1940, t. 5, de la edición de *Revista Forense*, p. 452.



teresados ciertos se citan personalmente y los inciertos por edictos; es preceptiva la citación de aquel a cuyo nombre se halle el inmueble en el Registro. Si ninguno de los citados comparece, el juez, si considera justificada la posesión, declara el dominio y manda inscribir la sentencia; si comparece alguno de los citados y deduce oposición, se sigue con él el proceso contradictorio <sup>(70)</sup>.

El sistema brasileño, como dicen sus comentaristas, participa del sistema alemán y del sistema uruguayo <sup>(71)</sup>. De aquél tiene las formas provocatorias que constituyen una verdadera *provocatio ad agendum*. De éste tiene el carácter específicamente declaratorio.

Se sostiene que la fórmula uruguaya se liberó de las formas autónomas del proceso provocatorio y logró incluir este proceso dentro de los de tipo común; pero se añade que incorporó el elemento "exclusión" de todos los derechohabientes, que no se halla en la solución brasileña <sup>(72)</sup>.

Las observaciones son exactas, pero requieren algunas aclaraciones.

La primera es la de que no puede considerarse al sistema elaborado por nuestra jurisprudencia, como un verdadero régimen de declaración de la usucapión. Ni una sola disposición legal, alude a esta forma de documentar la adquisición del dominio, en lo que a formas procesales se refiere. No existen para él más disposiciones que las del juicio ordinario de mayor cuantía. Tal solución cabe en cualquier ré-

<sup>(70)</sup> Muy precisa exposición en BUZARD, *A ação declaratória no direito brasileiro*, São Paulo, 1943, p. 127. Asimismo CÁMARA LEAL, *op. cit.*, p. 467 y sigtes. y PLÁCIDO E. SILVA, *Comentários ao Código do processo civil*, 2ª edic. Curitiba, 1941, t. 1, p. 419.

<sup>(71)</sup> BUZARD, *op. cit.*, p. 137.

<sup>(72)</sup> BUZARD, *op. cit.*, ps. 132 y 137.

gimen procesal de la índole del que rige en nuestro país, y que en nada difiere del de los otros de formación colonial hispano americana.

La otra aclaración consiste en acentuar que el elemento *exclusión* resulta connatural con un sistema de sentencia que pase en cosa juzgada. Un fallo que declare la usucapción *erga omnes* y que implícitamente no excluya a todos los otros derechohabientes, no tiene justificación; resulta una contradicción consigo mismo.

De cuanto se ha expuesto, fluye que la nota diferencial del régimen que aquí se expone, en cuanto se refiere a este primer punto, consiste en el tipo de apercibimiento escogido.

En tanto en los procedimientos voluntarios y en la solución germano-brasileña, la falta de comparecencia de los citados no tiene consecuencia sobre el método procesal a desenvolverse después del emplazamiento, la de nuestro país apareja una doble solución: *a)* para los citados en sus personas, procede la rebeldía con su natural consecuencia de tomar el proceso como se le encuentre el día de la comparecencia; *b)* para los derechohabientes inciertos, el nombramiento de defensor de oficio, con quien se sigue todo el proceso.

Además, mientras en los dos sistemas mencionados, la ausencia de los citados hace que el juez dicte sentencia con la simple justificación unilateral de la posesión, en el nuestro deben seguirse todos los trámites del juicio ordinario: el defensor de oficio contesta la demanda, produce contra prueba, se expide en conclusiones con su alegato de bien probado y puede recurrir de la sentencia definitiva.

En este último procedimiento, el método contradictorio se desenvuelve plenamente, sin una sola limitación. Ni si-

quiera el defensor de oficio puede allanarse a la demanda aunque le conste la verdad de la posesión.

#### 24. *La contestación de la demanda.*

La parte emplazada puede comparecer personalmente o no hacerlo.

Frente a la inminencia de la contestación de la demanda, la parte emplazada que ha comparecido puede asumir, además, las siguientes actitudes:

a) Reconocer, confesando, la verdad de los hechos articulados por el actor;

b) Negar los hechos relatados en la demanda;

c) Asumir una actitud de expectativa. Esta actitud es frecuente en el defensor de oficio que, por ignorar los hechos de la demanda, se reserva todo pronunciamiento para después que se haya producido la prueba <sup>(73)</sup>.

Es indispensable analizar el alcance de cada una de estas actitudes.

#### 25. *El allanamiento a la demanda.*

Cuando la parte es convocada al juicio y comparece, por sí o por apoderado, puede confesar lisa y llanamente la exactitud de la demanda.

En este caso, basta la presencia de ese hecho en el proceso, para que éste quede decidido, debiendo pronunciarse sentencia de inmediato (art. 322, C. P. C.).

Esta tesis fué sostenida por De María en unas breves notas manuscritas hechas al dorso de unos papeles que puso

<sup>(73)</sup> Es evidente que esta enunciación no excluye la posibilidad de oponer excepciones dilatorias, reconvenir, citar de evicción, etc.

poco antes de morir en nuestras manos; tiene su fundamento en el principio dispositivo del proceso. No sólo nos parece indiscutible, sino que es indudable su eficacia.

Pero el reconocimiento hecho por el propietario, sólo obliga a éste y el título no queda al amparo de las pretensiones de los terceros.

Ahora bien: cuando el poseedor promueve la acción de prescripción contra todos los que se consideren con derecho, la tutela de los intereses de éstos se halla confiada al defensor. Se plantea la duda: ¿puede el defensor confesar la demanda y sin necesidad de prueba consentir que se dicte sentencia en favor del actor? ¿Bastará la responsabilidad del defensor para garantizar a los terceros lesionados por esta supresión de garantías?

Nos inclinamos hacia la tesis negativa.

Por las dos siguientes razones. En primer término, porque la confesión es un acto de disposición del derecho; y el representante, sin facultad expresa que lo autorice, no puede realizar en el juicio actos de disposición <sup>(74)</sup>. En segundo término, porque existe un verdadero interés social en juego, consistente en que el juicio de prescripción se siga con las máximas garantías; y es evidente que, tratándose de materias en las cuales existe un interés social comprometido, la ley reclama la prueba, sin que sea suficiente la confesión de la parte <sup>(75)</sup>.

<sup>(74)</sup> Art. 160: C. P. C.

<sup>(75)</sup> Tal como ocurre, por ejemplo, en materia de estado civil (divorcio, investigación de la paternidad, posesión notoria), etc.

16. *La oposición a la demanda.*

Puede darse el caso de que la parte demandada (sea el anterior propietario, sea el defensor de oficio) niegue el relato formulado por el actor, aduciendo ser inexactos los hechos referidos por éste y que le permiten solicitar la declaración judicial.

Así, por ejemplo, si aduce que no ha poseído los treinta años que establece la ley, o que su permanencia en el inmueble no ha sido en calidad de poseedor, tal como si hubiera tenido la posesión a nombre de otro, como arrendatario, como condómino <sup>(76)</sup>, equívoca <sup>(77)</sup>, etc.

En estas condiciones, el juicio queda trabado de acuerdo con los principios del derecho común. La prueba debe versar sobre las respectivas afirmaciones de las partes y también sobre ellas debe recaer la sentencia.

27. *La actitud de expectativa.*

Puede el defensor asumir una actitud de expectativa, reservándose todo pronunciamiento para después de la prueba porque no le constan los hechos; su intervención es la de un verdadero funcionario con un cometido de fiscalización y contralor <sup>(78)</sup>.

No reconociendo ni negando los hechos, no tiene sobre sí la carga de la prueba, la que debe ser producida íntegra-

<sup>(76)</sup> Así, al fallo del Tribunal de Apelaciones de 1er. turno en *Rev. D. J. A.*, t. 42, p. 150.

<sup>(77)</sup> Así, *Rev. D. J. A.*, t. 41, p. 210, con excelente fundamentación en su primera instancia.

<sup>(78)</sup> Esta solución es pacífica: GALLINAL, *Estudios*, 382; ACEVEDO, *Proyecto*, art. 2296.

mente por el actor sobre todos los extremos de la demanda, sin excepción alguna.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha permitido siempre que el defensor solicite diligencias de prueba tendientes a fiscalizar por su parte los hechos esenciales de la posesión. Algunos defensores de oficio solicitan informes de la Dirección de Impuestos Directos acerca de si ha sido pagada la Contribución Inmobiliaria y por quién (si este hecho llegara a constarle a la Dirección); de las oficinas Municipales, acerca de si se ha edificado, cerrado, plantado, etc. y por parte de quién; de la Policía sobre el conocimiento que pueda tener de los poseedores, etc.

A primera vista, esta prueba sería inadmisibile de acuerdo con las normas de los arts. 329 y 330: C. P. C. que impiden producir prueba sobre hechos que no se han articulado. Pero la jurisprudencia ha permitido sistemáticamente que el litigante produzca la contraprueba de los hechos afirmados por su adversario, aunque no los hubiese desconocido expresamente <sup>(79)</sup>.

En este caso, la posición especial del defensor de oficio hace más justificable y lícita dicha prueba. Su celo, la atención que ponga en el desempeño del cargo y la fiscalización que haga de las actitudes del actor, son la garantía esencial de este pronunciamiento.

## 28. *Tramitación de la instancia.*

Dentro de la construcción jurisprudencial que venimos analizando, surge como indudable la noción de que el pro-

<sup>(79)</sup> Ampliamente y en numerosos aspectos, puede verse DONÁ, *Il silenzio nella teoria delle prove giudiziali*, Torino, 1929, Cap. II, IV, V y IX.

cedimiento para esta acción es el señalado por la ley para el juicio ordinario.

Algunas legislaciones como la alemana y la brasileña ya aludidas <sup>(80)</sup> establecen procedimientos sumarios con trámites propios. Ante las Cortes inglesas los *declaratory judgments*, se hacen en vía sumaria cuando hay acuerdo de partes. En el procedimiento clásico existieron siempre formas particulares para esta clase de procesos <sup>(81)</sup>.

Pero a falta de procedimiento especial fijado en la ley, corresponde seguir en todas sus partes la vía del juicio ordinario. La circunstancia de que este principio no se halle legislado expresamente en nuestro derecho no quiere decir que no sea de estricta procedencia <sup>(82)</sup>.

Sentado el principio, sus aplicaciones no plantean problema alguno. La prueba, los alegatos, la sentencia, los recursos, serán los del juicio ordinario.

Sólo debe destacarse que es preceptiva la ingerencia del Ministerio Público, dado el interés de los ausentes en este procedimiento, y del Ministerio Fiscal, por los derechos que puedan corresponder al Estado en los bienes objeto de posesión.

## 29. *La sentencia definitiva.*

Analizada la naturaleza jurídica de la sentencia en que culmina esta acción, corresponde fijar algunos detalles fundamentales de su técnica.

<sup>(80)</sup> *Supra*, 22.

<sup>(81)</sup> Cfr., con notable documentación, BORCHARD, *Declaratory judgments*, cit., esp. cap. III, p. 87, bajo el rubro *History and comparative law*.

<sup>(82)</sup> DE MARÍA, en *Rev. D. J. A.*, t. 11, p. 212.

Expondremos, como cuestiones esenciales, las relativas a su parte dispositiva, a la condenación, y a su eficacia desde el punto de vista de la cosa juzgada.

### 30. *Parte dispositiva de la sentencia.*

De acuerdo con las ideas expuestas a lo largo de este estudio, la parte dispositiva de la sentencia debe contener una pura declaración: "Fallo: declarando que don N. N. ha probado haber poseído durante treinta años, en forma continua, no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y en concepto de propietario, el inmueble deslindado en los considerandos de esta sentencia; y que, en consecuencia, ha adquirido el dominio por virtud del modo adquisitivo establecido en el art. 1211 del Código Civil".

Bien se percibe que hasta esta misma parte final puede ser innecesaria. La adquisición del dominio es la consecuencia jurídica del hecho anterior. Establecida esa consecuencia por la ley, no es indispensable que sea declarada por los jueces.

Sin embargo, como la sentencia será el único documento de que dispone el propietario y de acuerdo con nuestra ley el fallo se dictará "declarando el derecho de los litigantes" (art. 466 C. P. C.), existe conveniencia en que de ella surja con la mayor claridad posible la situación de derecho que se ha tendido a documentar.

### 31. *El pago de los gastos.*

En cuanto a la condena en los gastos judiciales, es cosa que plantea en esta materia una situación insoluble dentro de los términos del derecho legislado.

La situación es la siguiente: por principio general de de-



recho, los gastos del juicio son de cargo de *quien ha litigado sin razón* <sup>(83)</sup>; el que litiga asistido de derecho no tiene que ver disminuído su patrimonio con erogaciones que carecerían de justificativo legítimo.

La jurisprudencia se ha hallado, en esta materia, con que la aplicación de tales principios legales le llevaría a conclusiones injustas.

Aplicando esos principios, resultaría que los gastos quedarían a cargo de un demandado que en nada obstaculiza el derecho del actor, o a cargo de un demandado hipotético que no pagará nunca tales gastos.

Esa circunstancia ha llevado sistemáticamente a los jueces a disponer que todos los gastos judiciales, es decir, costas y costos de esta gestión (entre los cuales se reputan comprendidos los honorarios del defensor de oficio) deben ser de cargo de los actores porque ella fué realizada en *exclusivo beneficio de los mismos* <sup>(84)</sup>.

Se percibe sin esfuerzo que se trata de una conclusión pretoriana.

La ley no establece que deben imponerse las costas y costos del juicio al actor por la circunstancia de que el procedimiento se siga en su beneficio. Esta tesis es aplicable en materia de jurisdicción voluntaria, pero no en los actos jurisdiccionales, que se rigen por los principios de los artículos 446: C. P. C. y 688: C. C. <sup>(85)</sup>.

<sup>(83)</sup> Art. 466: C. P. C. y 688: C. C. Sobre la teoría de la responsabilidad por la conducta en el juicio, CHIOVENDA, *La condena en costas*, trad. esp. p. 209 y sigtes.

<sup>(84)</sup> Fallo de la Corte, en *Jur. A. S.*, caso 2630.

<sup>(85)</sup> Rectificamos en este aspecto las ideas expuestas en la primera edición. Nuestro razonamiento en aquella publicación motivó algunas justas observaciones que atacaban, no ya la equidad o justicia del mismo, sino el problema de su legalidad.

Lo que ocurre es que, en el conflicto entre la equidad y la ley, los jueces se han decidido por la equidad.

Desde el punto de vista dogmático, la jurisprudencia está equivocada. Desde el punto de vista práctico, su orientación es eficaz y, sin duda alguna, se seguirá aplicando hasta que algún día la reforma de la legislación consagre el principio que sistemáticamente han venido implantando los jueces <sup>(86)</sup>.

### 32. *Carácter declarativo de la sentencia.*

En nuestro primer ensayo sobre este tema, escrito hace ya quince años, apuntamos el carácter declarativo de la sentencia en que culmina el proceso tendiente a obtener la prueba del dominio adquirido por usucapión.

En aquel entonces no habían adquirido la difusión que hoy tienen los trabajos de la doctrina moderna en torno a la sentencia declarativa. Baste decir que nuestro trabajo fué contemporáneo con el Congreso de La Haya que, por primera vez en el campo de la doctrina procesal, propuso la inquietud de este tema. Los trabajos particulares de Borchard y, por supuesto, su monumental obra general, nos eran desconocidos.

El tiempo transcurrido durante esos tres lustros, ha ido fortaleciendo en nuestro espíritu, el convencimiento del carácter declarativo de la sentencia. Algunos reparos u objeciones que se nos hicieron al respecto <sup>(87)</sup>, no llegaron a

<sup>(86)</sup> En *La condena en costas al vencedor*, estudio que aparece en el t. III de esta obra, abordamos con carácter general el examen de este tema.

<sup>(87)</sup> Cfr. p. ej., ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944, con algunas

persuadirnos ni a conducirnos hacia una solución diferente.

El carácter declarativo de la sentencia, no se hallaba consignado en los doctores ya citados de De María ni en las sentencias que se pronunciaron sobre la cuestión. Pero si hay algún caso en el cual la esencia declarativa de la sentencia se hace bien perceptible, es éste en el cual el juez no quita ni pone, sino que comprueba la existencia de un estado de hecho y los efectos de ese estado en el mundo jurídico <sup>(88)</sup>.

Debe descartarse todo carácter de condena en esta sentencia. Como es sabido, durante mucho tiempo la acción de jactancia fué considerada una "condena a perpetuo silencio", verdadera desnaturalización de la esencia declarativa del procedimiento. Los antiguos procedimientos de *provocatio* fueron derivando en otros que tanto en los derechos de filiación latina como en los anglosajones, tendían al reconocimiento, clarificación y determinación de derechos. Borchard los unifica en una categoría a la que con una feliz metáfora denomina *removal of clouds*. Si a algo, efectivamente, se dirigen los procedimientos declarativos es a apartar las nubes que oscurecen el derecho <sup>(89)</sup>.

objeciones acerca del carácter jurisdiccional (no voluntario) de nuestra tesis, aun admitiendo el carácter declarativo (p. 647). Este último fué cuestionado por XIRAU, en *Bulletin de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Lyon*. Lamentablemente, no hemos podido conservar estas páginas, que sólo fugazmente pasaron por nuestras manos.

<sup>(88)</sup> BORCHARD, *Declaratory judgments*, cit., p. 277 y sigtes. CHIOVENDA, *Azione e sentenze di mero accertamento*, en *Riv. D.P.C.*, 1933, I. p. 2 y en *Nuovo Digesto Italiano*, t. 2, p. 126. Últimamente, en la literatura argentina, con excelente información, MALAVER, *Acción de jactancia y acción declarativa*, Buenos Aires, 1944, p. 69 y sigtes.

<sup>(89)</sup> BORCHARD, *Declaratory judgments*, cit., p. 91 y esp. 98. Véase, asimismo, *J. A.*, t. 50, p. 411 y nota al fallo.

En el caso de la usucapión, no puede decirse que la sentencia condene al anterior propietario a la pérdida de la propiedad, porque esa pérdida ya se ha producido por obra de la ley, y no es la sentencia, sino el Código Civil, el que ha desinvertido de su dominio al dueño remiso.

Tampoco puede pensarse en el carácter constitutivo de esta sentencia. Acaso en las legislaciones alemana y brasileña, en las cuales el sistema del Registro influye poderosamente sobre la condición de los bienes, pueda pensarse en una sentencia constitutiva, desde que ellas (por lo menos en la solución alemana la situación se hace muy clara), es recién a partir de la inscripción en el Registro que puede hablarse de una efectiva propiedad.

Dentro de nuestro derecho, no obstante la inscripción preceptiva de la sentencia en el Registro, luego de la ley N° 10.793, el carácter declarativo no puede ser cuestionado. La sentencia declara el derecho, el Registro le da publicidad. La sentencia no tiene, por sí sola, publicidad suficiente dentro del sistema general de nuestras leyes procesales; el Registro contribuye a que su contenido declarativo sea conocido de todos <sup>(90)</sup>.

No tiene nuestro sistema legal, procedimientos de oposición al Registro, de la índole del derecho alemán; la extensión de los efectos de la sentencia a terceros se obtiene, entre nosotros, por virtud de mecanismos diferentes, que serán examinados en el capítulo siguiente. No es posible asimilar la función de la sentencia a la del Registro. La diferencia entre declaración del derecho y publicidad del mismo, es lo suficientemente clara en el sistema jurídico, para que

<sup>(90)</sup> Ampliamente MORITTO, *La trascrizione dei contratti traslativi della proprietà immobiliare*, Milán, 1936.

sea necesario insistir sobre ella <sup>(81)</sup>. Apuntemos, tan sólo, que en ningún derecho, salvo algunos anteriores al Código civil alemán, como los de Sajonia, Hamburgo, Mecklemburgo, pudo hablarse de *inscripción constitutiva*. En esos regímenes, el derecho nacía *por y desde* la inscripción. En el derecho moderno, el derecho nace por la voluntad jurídica y operan sus efectos plenamente desde la inscripción <sup>(82)</sup>. En el sistema uruguayo que venimos examinando, el derecho nace al consumarse la posesión por el término hábil para adquirir el dominio; se declara por la sentencia judicial, con efecto *erga omnes*; y se publica mediante el Registro. Es bien probable que si la ley de Registro tuviera procedimientos especiales de impugnación, las conclusiones acerca del carácter de la sentencia debieran ser modificadas. Pero dentro del derecho civil, procesal y registral uruguayo del momento en que escribimos estas páginas, las conclusiones no parecen ser otras que las que acababan de anotarse.

Nuestra construcción no tiene, pues, más valor que el puramente local, pues se apoya en textos legales vigentes *hoy y aquí*. En modo alguno consideramos que esta construcción pueda ser extendida a otros sistemas legislativos. El derecho registral es decisivo en este orden de cosas; nuestra labor tiene en cuenta, exclusivamente, el que más arriba se ha mencionado.

<sup>(81)</sup> Cfr. ASCARELLI, *Registrazione e dichiarazione*, en *Riv. D. P. C.*, 1931, I, 342 y sigtes. Asimismo, MUSTAPICH, *El principio de la autenticidad en el derecho inmobiliario*, Buenos Aires, 1944.

<sup>(82)</sup> NÚÑEZ LAGOS, *Realidad y registro*, Madrid, 1945, p. 9, en nota.

## CAPÍTULO VI

## EFICACIA DE LA SENTENCIA

33. *Eficacia "erga omnes" del fallo.*

Todo cuanto hemos consignado relativo al emplazamiento al demandado (o, con mayor precisión, a los demandados) se dirige a obtener que la sentencia haga cosa juzgada "para todos".

Sobre este punto de sostén, De María apoyó su construcción; y es sobre ella, luego de la vasta experiencia posterior en nuestro país, que nosotros consideramos que debe seguir sosteniéndose. No dudamos que si ese punto de apoyo fuera retirado, tal como ocurriría, por ejemplo, si se sostuviera que la interpretación del art. 307: CPC es errónea o que el art. 107 del Proyecto de Código no tiene el sentido que hemos querido asignarle, toda esta construcción se desmoronaría instantáneamente.

Bastaría que hubiera un tercero que no se considerara válidamente alcanzado por la sentencia, para que la eficacia de ésta se esfumara.

La doctrina ha sostenido más de una vez que las sentencias constitutivas surten efecto *erga omnes* <sup>(83)</sup>. Pero no sabemos que se haya sostenido nunca esa misma trascendencia respecto de las sentencias declarativas. Es necesario,

(83) Tesis hoy ampliamente superada: LORETO, *La sentencia constitutiva*, en *Rev. D. J. A.*, t. 41, p. 296. Asimismo, LIEBMAN, *La cosa juzgada en las cuestiones del estado*, en *La Ley*, t. 16, p. 49 y en *Eficacia y autoridad de la sentencia*, trad. esp., B. Aires, 1946, p. 227.

en consecuencia, analizar por virtud de qué razonamiento es posible dar a una sentencia de declaración efectos jurídicos universales.

Partamos de la base de que el proceso declaratorio de la prescripción treintañal, tiene, en sí mismo, un propósito instrumental o documental. La propiedad existe; lo que falta es su prueba. El proceso no tiende a crear la propiedad, sino a demostrarla. Y esa demostración debe ser, por esencia, de carácter universal. Donde la sentencia no surta efectos respecto de terceros, vale decir, donde no instituya un estado de cosas que deba ser creído y aceptado por todos, ha fallado en sus fines.

Si la sentencia fuera constitutiva, su eficacia para todos podría, para algunos escritores, ser connatural a su esencia. Pero sostenido que no lo es, resulta indispensable crear el instrumento jurídico apto para darle eficacia universal.

Ese instrumento es el emplazamiento genérico mencionado en el capítulo anterior.

El emplazamiento determina, en términos generales, los límites subjetivos de la cosa juzgada. Por regla general de derecho, ésta obliga a quienes han sido parte en el juicio y a sus sucesores<sup>(94)</sup>. Pero es evidente que si el poseedor acciona contra el anterior propietario o contra sus herederos exclusivamente, la sentencia dictada sólo surtirá efectos respecto de ellos. Los demás, vale decir, aquellos que no han sido comprendidos en el emplazamiento pero que, eventualmente, estén asistidos de algún derecho, podrán decir, como enfáticamente proclamaba Demolombe: "¡Pero cómo!, si yo no he sido ni llamado ni representado, el juicio no me puede alcanzar porque en lo que a mí se refiere, es

(94) *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 261.

*res inter alios iudicata* <sup>(85)</sup>. Y es sabido que este aforismo corre paralelo con el homólogo de los contratos *res inter alios acta tertiis necque nocet necque prodest* <sup>(90)</sup>. Es necesario, en consecuencia, que en los límites subjetivos de la cosa juzgada, no quede ningún resquicio por el cual un derechohabiente se pueda escurrir. Al asegurar la eficacia universal de la sentencia, es necesario que nadie pueda proclamarse ajeno a ella.

Entre el emplazamiento genérico y la eficacia universal de la sentencia, media un paralelismo absoluto. La doctrina española llama "requisito de congruencia" al ajuste que debe existir entre las personas y cosas que son objeto de la relación procesal, y el contenido eficiente de la sentencia. En el presente caso, sólo un emplazamiento a los derechohabientes ciertos y conocidos, pero también extensivo a todos los que se consideren con derecho, puede tener la virtud de que ningún interesado pueda proclamarse ajeno a la sentencia. Ningún titular de derecho podrá decir que el fallo es para él *res inter alios iudicata* ya que si tenía algún derecho, él se hallaba comprendido en el emplazamiento y debió haber comparecido a defenderlo. No habiéndolo hecho, carga con las consecuencias de su actitud. No siendo consentida su pasividad, lo menos que debe admitirse es que si no compareció a defenderse es porque nada tenía que defender.

El sistema pone a cargo del defensor de oficio la representación y vigilancia de sus intereses. Si él no se hallara conforme con la manera como ha sido ejercida la defensa,

<sup>(85)</sup> *Contrats*, t. 7, p. 76. En análogo sentido, para el derecho alemán, VON THUR, *Derecho civil*, cit., t. 5, p. 296.

<sup>(90)</sup> MORITTU, *La trascrizione dei contratti...*, cit., p. 29.



lo menos que puede decirse es que tenía la facultad de haberla ejercido por sí mismo.

Y si dijera que el emplazamiento no llegó a su conocimiento, entonces sería menester responderle con las ideas que más adelante se mencionarán.

El proyecto de Código de Procedimiento Civil, en su art. 205, refrenda esta solución estableciendo: "La sentencia dictada contra persona desconocida, de acuerdo con el artículo 107, surte efectos contra todos los que han sido comprendidos en el emplazamiento".

Tampoco esta disposición innova con respecto al derecho anterior. El precepto es, en cierto modo, obvio, de acuerdo con la teoría general, porque en último término no es sino un desenvolvimiento del precepto según el cual la sentencia obliga a todos los que han sido partes en la relación procesal. Pero su propósito no es creativo, sino determinativo. No da una solución fuera de lo normal, sino que fija el alcance de la solución normal en el caso especial del emplazamiento genérico.

#### 34. *La prevención del fraude.*

La experiencia de nuestro país dice que no se comete, normalmente, fraude procesal para obtener un título idóneo en favor del poseedor treintañal.

Pero no será nada difícil que, en ésta, como en tantas otras cosas, a quien no conozca los pormenores del sistema, se le aparezca el fantasma del fraude. Más de una vez hemos oído decir que este procedimiento, en ciertos medios de cultura jurídica no muy evolucionada, puede convertirse en una especie de legitimación del despojo, para adquirir la propiedad a espaldas del verdadero dueño.

Como esta objeción, aunque inconsistente, puede poner en peligro la estabilidad misma del régimen, hemos creído del caso, en el Proyecto del Código, prever una especie de válvula de seguridad, a fin de que no pueda convertirse este tipo especial de proceso en manto protector del dolo o de la colusión.

El texto proyectado es el siguiente:

“Podrá pedirse, aun después de terminado el proceso, la anulación de los actos realizados mediante dolo, fraude o colusión.

“Esta anulación podrá requerirse sólo por aquellos a quienes el dolo, fraude o colusión han causado perjuicio, y de acuerdo con los principios mencionados en los artículos anteriores. Los terceros pueden también solicitar esta anulación.

“Si los actos fueren anulados, se repondrán las cosas en el estado anterior a los mismos. Pero en ningún caso la anulación podrá perjudicar a terceros de buena fe ni anular los actos y contratos celebrados con el dueño aparente de los bienes”.

Es menester señalar el alcance de este texto.

En primer término, cabe destacar que el principio aquí mencionado, es de carácter universal y en todas las legislaciones ha tenido un principio de consagración. Conoció esta fórmula el derecho romano y el derecho intermedio<sup>(97)</sup>; aparece en la legislación de Partidas<sup>(98)</sup> y en el derecho

(97) Una exposición, realmente notable, de las acciones rescisorias es la de HAHNEMANN GUIMARÃES, *Ação rescisória para anular sentença proferida em concurso de credores*, en *Revista de crítica judiciária*, Río de Janeiro, 1934, t. 20, p. 35. La doctrina brasileña tiene abundante literatura sobre el particular, que puede verse referida en dicho trabajo.

(98) Part. III, l. 13, tít. 22.

moderno <sup>(99)</sup>. No sólo la *tierce opposition* sino también las acciones rescisorias de muchos Códigos contemporáneos, prevén en forma expresa la invalidación de los actos procesales fraudulentos. En la Argentina, tanto Bibiloni <sup>(100)</sup> como la Comisión Revisora de 1936 consagraron una disposición expresa a asegurar la invalidación de los actos procesales fraudulentos <sup>(101)</sup>.

Por nuestra parte, hemos sostenido que ni siquiera es indispensable un texto expreso en este orden de cosas. La máxima *fraus omnia corrumpit* es un principio general de derecho <sup>(102)</sup>. El fraude es antijurídico por excelencia y no puede concebirse un sistema de derecho que lo acepte, salvo los términos naturales de toda prescripción.

Un procedimiento de invalidación para los casos de fraude es, pues, indispensable.

### 35. *Fraude y cosa juzgada.*

En segundo término, es necesario determinar cómo se concilia este principio con la cosa juzgada.

Dejándose llevar por la apariencia de las cosas podría razonarse así: ¿Cómo se concibe que estando dirigido el proceso declarativo hacia la obtención de una cosa juzgada de eficacia universal, pueda admitirse un procedimiento de impugnación que dejará siempre abierta la puerta a las reclamaciones que pretenden apoyarse en el dolo, en el fraude

<sup>(99)</sup> Cfr. Como amplísima exposición, TISSIER, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, París, 1890; posteriormente, LIPARI, *L'opposizione di terzo revocatoria*, en *Riv. D. P. C.*, 1927, I, p. 89.

<sup>(100)</sup> *Proyecto*, art. 474.

<sup>(101)</sup> *Proyecto*, art. 302.

<sup>(102)</sup> *La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta*, en el t. III de estos *Estudios*.

o en la colusión? ¿No es eso la antítesis de la estabilidad específica de la cosa juzgada? ¿Quién osará admitir el bien que ha sido objeto de usucapión, no obstante la sentencia, si ésta siempre puede ser impugnada mediante una acusación de fraude?

Pero la contradicción sólo existe en las apariencias.

Para demostrarlo basta con dividir, cartesianamente el problema descomponiéndolo en sus dos partes visiblemente diferentes. Por un lado es necesario analizar el problema con relación a los autores del fraude y por otra parte es menester analizarlo con relación a los terceros de buena fe.

Hecha esta división, los términos del asunto quedan claramente definidos.

En lo que se refiere a los autores del fraude, el procedimiento revocatorio surte efectos plenos.

Así, por ejemplo, obtenida una sentencia declarativa de usucapión, el propietario anterior se entera de ella cuando ya no le quedan términos hábiles de apelación ni de defensa en juicio. Sin embargo, dicha sentencia ha sido obtenida mediante un emplazamiento fraudulento, porque v. gr. la notificación personal hecha a él mismo ha sido falseada y el juicio se ha seguido a sus espaldas.

Este propietario a quien se habría despojado de sus bienes en caso de que la usucapión no hubiera llegado a consumarse en beneficio del poseedor, tendrá derecho a provocar la revocación de la cosa juzgada fraudulenta.

Si comparece a impugnar los actos dentro de los términos que el derecho uruguayo fija a la pretensión de audiencia del rebelde ningún inconveniente existirá a su respecto <sup>(103)</sup>. Pero los términos de seis meses o de un año dados

<sup>(103)</sup> BAETHGEN, *Del juicio de rebeldía y de la pretensión de audiencia*, Montevideo, s/f. (1920 ¿?).

para la pretensión de audiencia al rebelde son una *contradictio in adiecto*. Lo menos que puede decirse al legislador que fija un plazo de seis meses para que comparezca el rebelde que ha sido mal notificado, es que ese término sólo puede empezar a contarse a partir del día en que el rebelde se entere del proceso. Y esto supone transformar ese plazo en una cosa virtualmente indefinida. Nuestras leyes que consagran esa solución, así como las extranjeras que fijan para la oposición del tercero un plazo que se comienza a contar a partir del conocimiento del fraude no pueden desconocer el precepto de lógica jurídica de que al impedido con justa causa no le corre término <sup>(104)</sup>. Y nadie más justamente impedido que aquel que ignora los hechos que se están consumando a sus espaldas.

La ley no debe, pues, fijar al rebelde un plazo para comparecer. Lo que debe dársele es el derecho de revocación de los actos procesales fraudulentos, el que puede hacer valer en cualquier instante contra aquel que ha realizado el fraude en su perjuicio.

Esto, nos permitimos insistir, salvo los plazos naturales de la prescripción. La nulidad de los actos procesales no debe tener un término de convalidación más largo que el establecido para la pérdida del derecho que en ellos se discute <sup>(105)</sup>.

<sup>(104)</sup> Últimamente MOSCHELLA, *Opposizione di terzo*, en *Nuovo Digesto Italiano*, t. 9, p. 167.

<sup>(105)</sup> Así, *Prescripción de las nulidades procesales*, en *Rev. D. J. A.*, t. 41, p. 350.

36. *Protección de los terceros de buena fe.*

Pero ¿cuál será la condición de los terceros de buena fe que han adquirido el inmueble al amparo de la sentencia declarativa de prescripción o de los que sobre él han adquirido derechos reales?

Aquí el problema de las acciones revocatorias desemboca en otro tema del derecho. El de la protección de la buena fe.

Si para conjurar un mal, tal como es el fraude del proceso, se proyectara la anulación de los actos jurídicos hacia los terceros de buena fe, los que habiendo contratado con el dueño aparente, vieran por virtud de la anulación, perder el precio y la cosa, se habría consagrado una solución mucho más inicua de la que se ha querido evitar. Al fin y al cabo el propietario que no defendió en juicio su propiedad puede ser tachado de negligente, ya que al no advertir los hechos de posesión por parte de otro ha actuado sin el celo que la ley exige al verdadero dueño. Que él sufra las consecuencias de su negligencia, es algo natural y lógico. Pero que el mal lo sufra un tercero de buena fe, que creyó en la validez de la sentencia en virtud de la suposición natural de que los actos jurídicos se presumen válidos hasta su prueba en contrario, sería consagrar algo tan irritante que malograría todas las buenas intenciones que inspiran las acciones revocatorias.

El derecho debe, en consecuencia, apartarse de su senda estrictamente procesal, para dar primacía a la norma sustancial de la llamada fuerza convalidatoria de la buena fe <sup>(106)</sup>. Es por eso que la parte final del inc. 3º del Proyecto

<sup>(106)</sup> ALSINA ATIENZA, *Efectos jurídicos de la buena fe*, p. 25 y sigtes. SILVEIRA, *A boa fe no direito civil*, S. Paulo, 1941, p. 78. GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, Paris, 1928, p. 43 y sigtes.

dispone que en ningún caso la anulación podrá perjudicar a terceros de buena fe, ni anular los actos y contratos celebrados con el dueño aparente de los bienes.

La medida exacta de esa solución no está dada, decíamos, por el derecho procesal, sino por el derecho civil.

El problema cae, por gravitación propia, en la teoría de la apariencia.

Las vacilaciones que durante largo tiempo tuvieron nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia en materia de enajenaciones hechas por el heredero aparente o por el dueño aparente <sup>(107)</sup> ya no tienen razón de ser. Aún sin necesidad de cambiar los textos legales, el derecho civil ha acudido en auxilio de la buena fe. Es éste un fenómeno más psicológico que técnico. Pero es un hecho que como tal debe ser considerado.

El propietario que ha sido víctima del fraude, tendrá, pues, acción real contra el poseedor que ha obtenido la sentencia a su favor.

Es evidente que en la demanda de revocación sólo puede discutirse el fraude, dolo o colusión. Si ellos fueren declarados, los actos procesales dependientes de los actos fraudulentos quedarán invalidados y podrá, entonces, el propietario, promover la acción reivindicatoria de que se crea asistido contra el poseedor. Si esta pretensión fuere fundada, la sentencia que decida la acción reivindicatoria

<sup>(107)</sup> Con relación a nuestro derecho, GUILLOT, A. y RAMÍREZ, J. P., *De los efectos de las acciones de dominio y de nulidad tratándose de bienes comprados al heredero aparente*, en *Rev. D. J. A.*, t. 6, p. 266 y 276; HERRERA Y OBES, *¿Las enajenaciones hechas por el heredero aparente son válidas?*, en *Rev. D. J. A.*, t. 9, p. 305 y sigtes. PAYSEE, E.; DE MARÍA, P.; VÁZQUEZ ACEVEDO, A., *Validez o nulidad de las ventas hechas por el heredero aparente a terceros de buena fe*, en *Rev. D. J. A.*, t. 12, p. 33 y 49.

reintegrará el bien al patrimonio de su dueño. No podrá nunca aducirse para detener la demanda reivindicatoria, la excepción de cosa juzgada, porque es, justamente, la validez de la cosa juzgada lo que se halla en tela de discusión.

Pero nos permitimos insistir, dada la importancia del punto, en que la demanda reivindicatoria no podrá nunca ser dirigida contra terceros de buena fe, que han adquirido del dueño aparente. El propietario despojado conserva las acciones personales (civiles y penales) que le competen contra el despojante. Pero nada puede pretender del tercero de buena fe.

Se dirá que esta solución es injusta porque consume el despojo. En realidad este reproche debe ser endosado por el legislador procesal al legislador civil que antes inventó la prescripción.

Pero todavía se puede añadir que, con su negligencia, el propietario se ha buscado su suerte. Lo menos que se puede contestar a quien quiera la protección del dueño negligente contra el tercero de buena fe, es que la pérdida de la propiedad será el precio de su abandono.

Y además, como decía agudamente Levi Carneiro, que toda vez que en el derecho se halle una solución injusta, es porque la solución contraria resulta mucho más injusta todavía.



LA SENTENCIA DECLARATORIA DE LA  
PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EN EL DERECHO  
ARGENTINO. SU PROCEDENCIA. SUS EFECTOS  
"ERGA OMNES" (ADICIÓN AL ESTUDIO PRECE-  
DENTE POR EL PROF. ALBERTO G. SPOTA) (\*)

1. Tenemos el propósito de analizar brevemente si en nuestro derecho proceden las sentencias meramente declaratorias y, en el caso especial de la prescripción para adquirir el dominio, cuál es su autoridad de *res iudicata* con respecto a todos, *erga omnes*.

a) *Procedencia de las acciones meramente declarativas.*

2. Sostiene el doctor Couture que toda sentencia es declarativa. En cierto sentido, ello es innegable. Entre nuestros autores, Jofré (1), recordando a Rocco (2), nos dice,

(\*) La presente "Adición" fué publicada como complemento del estudio aparecido en 1936 a que se hace referencia en el texto. Cabe advertir que entre el texto de 1936 y el actual existen muy sensibles diferencias, provocadas en buena parte por leyes posteriores o por cambios de opinión requeridos por ulteriores reflexiones. El trabajo del prof. SPOTA se publica de acuerdo con su texto original.

(1) JOFRÉ, TOMÁS, *Manual de procedimiento*, Bs. As., 1926, 4ª ed., t. 3, p. 257.

(2) ROCCO, ALFREDO, *La sentenza civile*, p. 32. V. la trad. de MARIANO OVEJERO, Madrid, p. 46, N° 14.

en efecto, que “la sentencia es el acto por el cual el Estado, por medio del poder judicial, aplica la ley, declarando la protección que la misma acuerda a un determinado derecho”. El art. 216 del cód. proced. civil cap., no hace sino confirmar esto ya que establece: “La sentencia debe contener decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo a las acciones deducidas en el juicio, *declarando* el derecho de los litigantes. . .” (3).

3. ¿Pero la sentencia meramente declaratoria, o sea, la que no se traduce en una condena ni en otro efecto jurídico que la constatación de la existencia o inexistencia de un derecho (4), procede en nuestro derecho procesal? Debemos reconocer que no existe un texto expreso que la admita. Jofré mismo, al tratar la clasificación de las decisiones judiciales expresaba: “No falta quien haya clasificado las sentencias en condenatorias, declarativas y de reconocimiento”. Y explicando esa distinción entre sentencias, discriminación a la que parecía no prestarle mayor atención (5), agregaba: “Las primeras son las que imponen el cumplimiento de una prestación (pago de una cantidad de dinero, etc.); las segundas las que se limitan a establecer un estado de cosas anterior, sin que haya que ejecutarse nada después de ellas (rechazo de la demanda, aceptación de la prescripción, etc.); y las últimas son aquellas que hacen surgir un nuevo estado de cosas (declaración de divorcio en las legislaciones que lo admiten con disolución del vínculo, etc.)” (6).

(3) V. N° 20, n. 26, del estudio del prof. COUTURE.

(4) V. CHIOVENDA y CAMMEO, cit. en el n° 21, n. 29, est. cit.

(5) Este autor citaba las obras de ROCCO, CHIOVENDA, WEIS-MANN, etc. relacionadas con las sentencias declarativas.

(6) JOFRÉ, *op. cit.*, t. 3, p. 263, n. 5.

4. Por otra parte ¿no implicaría una declaración abstracta toda sentencia de índole meramente declaratoria? Couture (7) nos recuerda la jurisprudencia de la Suprema corte federal de Estados Unidos, la cual ha establecido que no le corresponde formular dichas declaraciones (8). Nuestra Corte también ha adherido a esta doctrina del más alto tribunal norteamericano, estableciendo que la jurisdicción nacional sólo se ejerce en los casos contenciosos, no pudiendo resolver cuestiones en abstracto, ya que el art. 100 de la Constitución nacional determina que "corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación..." (9).

Pero, en realidad, esta doctrina no tiene el alcance que a primera vista podría aparecer. En este sentido sólo se ha

(7) N° 22, B).

(8) V. GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Derecho constitucional argentino*, Bs. As., 1923, t. 3, p. 428.

(9) V. fallos cit. por GONZÁLEZ CALDERÓN, loc. cit. y los siguientes: Sup. corte nac., oct. 2|919, J. A., t. 3, p. 923; idem, junio 6|921, rev. cit., t. 6, p. 562; id., agosto 12|921, rev. cit., t. 7, p. 80; id., dic. 2|925, rev. cit., t. 18, p. 791. La cám. civil 1ª cap., resolvió en igual sentido, que "los jueces carecen de facultad para establecer la interpretación de un texto legal, si no existe controversia ni cuestión alguna a resolver" (fallo de oct. 17|928, rev. cit., t. 28, p. 593). Del mismo modo, v. Cám. civ. 2ª cap., abril 22|925, rev. cit. t. 15, p. 584. V. también, cám. fed. capital, oct. 6|920, rev. cit. t. 5 p. 478; id., junio 30|921, rev. cit., t. 6, p. 690; nov. 15|918, rev. cit., t. 2, p. 834; etc. En fin la cám. com. cap., feb. 10|920, rev. cit. t. 4, p. 49, por el voto del doctor Casares, al cual adhirió el doctor Cranwell, sentó la doctrina de que las declaraciones efectuadas en la sentencia dejando a salvo acciones futuras que se perseguían por la parte, eran "improcedentes", puesto que "la sentencia sólo resuelve sobre los conflictos concretos que se someten a decisión judicial".

querido evitar la simple declaración sin efectos jurídicos sobre un caso concreto: v. gr. la inconstitucionalidad de una ley sin presentar a la decisión del tribunal el caso contencioso, las explicaciones sobre teorías que se sustenten, etcétera <sup>(10)</sup>. Por lo demás, aun en aquellos juicios tendientes a obtener una acción declarativa de la prescripción, la Suprema corte nacional, si se ha negado a entender ha sido por meras razones de competencia, ya que ordenó que conociera la justicia ordinaria por considerar al fuero federal como de excepción. En este sentido, es interesante traer a colación lo decidido por el alto tribunal con motivo de la contienda de competencia, motivada por el ofrecimiento de una información tendiente a que se declarara que por el transcurso del plazo legal respectivo se había adquirido por prescripción la propiedad de un pontón. La Corte resuelve que los tribunales ordinarios de la capital son los competentes para entender en la acción intentada, expresando como fundamento de su decisión lo siguiente: "Que no se trata de una causa propiamente dicha en el sentido del art. 100 de la Constitución sino de una de los juicios de jurisdicción voluntaria en los que como se ha observado no hay cosa juzgada ni litigio o contienda que divida a las partes y que la autoridad judicial deba decidir sino un procedimiento que tiene por objeto el ejercicio de un poder tutelar o la conservación de un derecho (Jofré, *Manual de procedimiento*, 3ª edición, t. III, pág. 302; de la Colina, *Derecho y legislación procesal*, II, pág. 472) <sup>(11)</sup>.

No creemos que este fallo, así como todas aquellas sen-

<sup>(10)</sup> V. GONZÁLEZ CALDERÓN, loc. cit. y fallos allí citados.

<sup>(11)</sup> Sentencia de dic. 2|925, *J. A.*, t. 18, p. 791, suscrita por los doctores Bermejo, Figueroa Alcorta, Repetto y Laurencena, V. nota en *J. A.*, t. 18, p. 792, n. 2.

tencias en las que los tribunales se nieguen a resolver cuestiones abstractas importen la adopción de una doctrina contraria a la teoría que admite la sentencia de mere-declaración, ni desconozcan la autoridad de cosa juzgada que pueda tener dicha decisión, cuando en él intervengan todos los que pudieran tener interés en el juicio. Pero, si como sucedió en el caso fallado por la Corte, se trataba de una mera información tendiente a acreditar el hecho de la posesión sin darse la intervención respectiva a los que pudieron ser legítimos contradictores, desde luego que es exacta la conclusión a que se arriba en dicha sentencia <sup>(12)</sup>. Ello no importa sino atenerse al principio ya establecido en el *Digesto*: “res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit” <sup>(13)</sup>. En otras palabras: “La autoridad de la cosa juzgada supone la solución definitiva de un punto litigioso; sino nada hay juzgado y por lo tanto no hay autoridad de cosa juzgada” <sup>(14)</sup>. Si otorgamos a la palabra litigio un amplio significado y comprendemos en ella el supuesto del que alega por vía de acción la prescripción adquirida, dándose en el procedimiento interven-

<sup>(12)</sup> V. *infra*, N° 17 y sigtes., donde entendemos establecer las condiciones que deberían cumplirse en el procedimiento tendiente a obtener la declaración de la prescripción adquisitiva con fuerza de “res iudicata erga omnes”.

<sup>(13)</sup> Esta definición de MODESTINO, *Dig.*, lib. 42, tít. 1, ley 1. concluye afirmando que la sentencia pone fin a las controversias por condenación o por absolución, “quod vel condemnatione, vel absolute contingit”. Es decir, toda acción tiende a obtener una condena; y la sentencia acuerda o rechaza esa acción. Pero esta concepción, nos dice con todo acierto COUTURE “ha sido ya definitivamente superada en los estudios modernos” (V. n° 23, de su estudio).

<sup>(14)</sup> GARSONNET, E., y CÉZAR-BRU, CH., *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Paris, 1913, 3ª ed., t. 3, p. 428, n. 710, tex. y n. 3.

ción a aquel o aquellos que podrían tener interés en discutir tal alegación —la sociedad toda, como bien afirma Couture— no puede negarse que estamos en presencia de una controversia, de una cuestión litigiosa que debe ser resuelta por el juez <sup>(15)</sup>.

5. Es por todo ello que consideramos enteramente procedentes en nuestro derecho los trámites procesales tendientes a obtener sentencias de mere-declaración, sin necesidad de una norma que expresamente así lo establezca, tal como lo declara Chiovenda en sus *Principii* y lo recuerda Couture <sup>(16)</sup>. Aceptando la doctrina que admite las sentencias de mere-declaración se abre un amplio horizonte en el derecho tendiente a salvar dificultades que en el futuro pueden presentarse entre las partes evitando acciones de responsabilidad, o bien permite una acertada política jurídico-económica como acaece con las acciones declarativas de la prescripción <sup>(17)</sup>.

<sup>(15)</sup> Y ello aunque la parte interesada reconociera la posesión treintañal alegada, o bien, aunque el defensor no desconociera los hechos y adoptara una actitud de expectativa. Ha dicho, al respecto, la cám. civ. 2º cap., nov. 22|925, *J. A.*, t. 9, p. 765, que "el juez no está exento de la obligación de dictar sentencia, aunque el demandado esté conforme con lo que el actor pretende". V., en igual sentido, el fallo del mismo tribunal de fecha oct. 19|925, *rev. cit.*, t. 18, p. 205. Comp., sin embargo, la sentencia de dicha cámara del 18 set. 1925, *rev. cit.*, t. 19, p. 573.

<sup>(16)</sup> Nº 36. *tex.*

<sup>(17)</sup> V., COUTURE, Nº 1 (del texto publicado en *La Ley*, que no se ha reproducido).

b) *La autoridad de "res judicata" y sus efectos con respecto a terceros de la sentencia declaratoria de la prescripción.*

6. Nos referiremos ahora al procedimiento seguido en el fuero ordinario de la capital federal para acreditar la adquisición del dominio por la larga usucapión. Luego indicaremos cuál es el valor de *res judicata* que atribuye nuestra jurisprudencia a los títulos pertinentes. Por fin, estableceremos si la doctrina y el procedimiento a que el profesor Couture se refiere para el derecho uruguayo son de aplicación en el nuestro y cuáles serían las ventajas de su adopción.

7. I. *Procedimiento establecido por la jurisprudencia.* Determina el art. 4015, cód. civil, que se prescribe "la propiedad de cosas inmuebles y los demás derechos reales, por la posesión continua de treinta años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y de buena fe de parte del poseedor, y sin distinción entre presentes y ausentes. . .", y el art. 4016 agrega que al que posee con *animus domini* durante treinta años sin interrupción no se le puede oponer "ni la falta ni la nulidad del título, ni la mala fe en la posesión". En pocas palabras, el poseedor *animus domini* por el solo transcurso de un determinado número de años adquiere el dominio del inmueble, sin otro requisito. El tiempo posee aquí una "relevante influencia como factor de vida y de muerte" <sup>(18)</sup> de una institución jurídica: la propiedad. Dicho factor, conjuntamente con los actos posesorios <sup>(19)</sup>

<sup>(18)</sup> FADDA y BENSA, notas al *Diritto delle Pandette*, de WINSCHIED, BERNARDO, Turín, 1930, t. 4, p. 597 (n. n.).

<sup>(19,20)</sup> El sólo transcurso del tiempo no bastaría para que el titular del "jus domini", que no haga uso de tal derecho perdiera este "jus in rem" el dominio no se extingue por el no uso (art. 2510, cód. civil).

—y, por lo tanto, realizados *animo domini*— tiene por consecuencia la pérdida del derecho de propiedad por parte de su titular <sup>(20)</sup> y la adquisición correlativa del poseedor <sup>(21)</sup>.

8. Ahora bien, ¿cómo acredita el poseedor que ha adquirido el dominio?; ¿cuál es el procedimiento que han establecido nuestros tribunales del fuero ordinario de la capital para dar por probada la *usucapio* del dominio? Nues-

V. una interesante aplicación de este principio en la sentencia del trib. de Génova, mayo 6|1925, *Giurisprudenza italiana*, 1936, parte 1ª, sección 2ª p. 47, con motivo de la extracción de papel moneda —rupias— del estado de Hyderabad, que se hallaban en la nave hundida "Egypt". Declaróse que esas cosas consideradas perdidas e irreparables a consecuencia del naufragio, quedan en el dominio del propietario, si éste no manifestó la voluntad de abandonarlas. Es por ello que la "reivindicatio" que ejerza el dueño de un inmueble puede ponerse en movimiento aun después de haber transcurrido más de treinta años desde que lo abandonó. V., en este sentido, cárn., civil 1ª cap., nov. 7|933, *J. A.*, t. 45, p. 99. Pero si en el transcurso de esos treinta años otro poseedor adquiere por prescripción dicho bien, el titular del dominio lo pierde (art. 3947, cód. civil), aun cuando se sostenga que ese efecto se produce de un modo indirecto, tal como lo expresan COLMET DE SANTERRE y DEMANDE, *Cours analytique du code civil*, Paris, 1881-1889, 2ª ed., t. 2, p. 520. V., al respecto, nuestro *Examen de jurisprudencia. Derechos reales*, en *Revista crítica de jurisprudencia*, año 1935, t. 4, p. 365, nº 4. V., por último, BIBILONI, JUAN ANTONIO, *Anteproyecto de reformas al código civil argentino*, Bs. As., 1932, t. 7, p. 8-9, quien expresa, en concordancia, que el dominio no se pierde porque no se ejercite durante un tiempo determinado; "sólo, agrega, cuando un tercero se apodera del bien y lo posee durante el tiempo legal, si su posesión tiene los caracteres que permiten la usucapión, por ésta se puede adquirir y extinguir el dominio a favor del poseedor y en contra del dueño anterior".

(21) El art. 2524 enumera la "usucapio" como un modo de adquirir la propiedad y el art. 3948 es categórico al respecto ya que establece que "la prescripción para adquirir, es un derecho por el cual el poseedor de una cosa inmueble, adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley". V., SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos*



tros autores se refieren al sistema procesal adoptado por la jurisprudencia <sup>(22)</sup>. Tal como ellos lo han hecho notar, consiste en hacer declarar varios testigos "que manifiestan constarles el hecho de que determinada persona se encuentra desde hace treinta años en quieta, pacífica y no interrumpida posesión del inmueble". "En virtud de las manifestaciones concordantes —agrega Lafaille— de dos o tres individuos

*reales*, Bs. As., 1927-1934, t. 1, p. 465, n° 912 y p. 521, n° 1013. MACHADO, JOSÉ OLEGARIO, *Exposición y comentario del código civil argentino*, Bs. As., 1928, t. 11, p. 20, n. LAFAILLE, HÉCTOR, *Curso de derecho civil. Derechos reales*, Bs. As., 1929, 3ª ed., t. 1, p. 366, n. 525, tex. y n. 18. En el derecho francés, v. PLANIOL, M., RIPERT, G., PICARD, M., *Traité pratique de droit civil. Des biens*, París, 1926, t. 3, p. 700, n° 744 y los autores allí citados. Para el derecho italiano: DE RUGGIERO, ROBERTO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina-Milán, 1934, 7ª ed., t. 2, p. 454 y sigtes.; STOLFI, NICOLA, *Diritto civile*, Milán, 1926, t. 2, parte 1ª, p. 171, n. 237, quien afirma, a diferencia de lo sostenido entre nosotros (SALVAT, *op. cit.*, t. 1, v. 528, n. 528 n. 1024 y *Obligaciones en general*, Bs. As. 1935, 3ª ed. p. 958, n. 2286 el cual se basa en lo dispuesto por el art. 3964) y de lo admitido por la generalidad de la doctrina francesa (PLANIOL y RIPERT — PICARD, t. 3, p. 703|5, n° 749; BAUDRY-LACANTINERIE, G., y TISSIER, A., *Traité théorique et pratique de droit civil*, París, 1905, t. 28, p. 41-3, n. 41, tex. y n. 1, p. 43, y autores allí citados), que la prescripción opera "ipso jure" y no "ope exceptionis". En realidad, tal como lo enseña este autor, la regla del art. 3964 según la cual "el juez no puede suplir de oficio la prescripción" no implica establecer que el efecto de la prescripción únicamente pueda hacerse valer por vía de excepción. Dicho precepto sólo está fundado "en un principio de derecho probatorio, que priva al juez civil de cualquier iniciativa, y le impone juzgar "juxta alligata et probata". Este principio, de puro derecho procesal, tanto vale para la prescripción como para la compensación, perención, etc., sigue afirmando STOLFI pero ello no significa que la prescripción, como la misma compensación, no se hayan producido de pleno derecho una vez llenados los requisitos legales.

(22) LAFAILLE, t. 1, p. 389, núm. 55. SALVAT, t. 1, p. 523|5, N° 1016|8. ACUÑA ANZORENA, ARTURO, *Imperfección de los títulos de posesión treintañal y los derechos del comprador en el contrato de compra-venta*, en J. A., t. 48, p. 203-8.

se constituye el título informativo, habiéndose realizado los trámites con citación de la municipalidad en la capital federal" (23).

9. No escapa a nadie las inconveniencias que posee un procedimiento de tal especie (24). ¿Qué autoridad de cosa juzgada puede tener para los que poseen interés en discutir la falsedad de la información? En lo que sigue veremos que la *res judicata* sólo puede existir con respecto a la municipalidad. De ahí que el procedimiento deba ser reformado, y en el sentido del que rige en los tribunales uruguayos, ya

(23, 24) LAFAILLE, loc. cit. ACUÑA ANZORENA, loc. cit., pone de relieve la deficiencia del procedimiento seguido en las informaciones para acreditar la adquisición del dominio por prescripción: "No es un misterio para nadie, dice, la forma que en la práctica asumen estas informaciones. Con la cooperación de dos o tres testigos complacientes, el actor justifica haber estado en posesión continua, pública y tranquila durante treinta años del inmueble que dice haber prescrito, y sin más elemento de prueba que estas declaraciones, se dicta la sentencia". Este autor cita, además, el voto del doctor Colmo emitido en el fallo de la cám. civil 1ª, mayo 16, 1923, *J. A.*, t. 10, p. 163, quien expresaba que "un derecho tan eminente, en el concepto de nuestras leyes", como el de la propiedad, "no puede estar subordinado a lo contingente de unas declaraciones testimoniales". V., por último, la relación exacta de los gravísimos inconvenientes del sistema imperante en las provincias, de BIBILONI, t. 7, p. 79 y sigtes., art. 24, quien expresa que "es urgente defenderse contra las defraudaciones que con frecuencia alarmante se vienen produciendo en el país, por medio de las informaciones de testigos falsos. Se ha extendido la industria de la usurpación de inmuebles en las principales ciudades de la República, en número cada vez mayor". Debemos hacer notar que la jurisprudencia da intervención en estos procedimientos, a la municipalidad, en virtud de que le corresponden todas las tierras sin dueño, existentes en el municipio, según se desprende del art. 2342 inc. 3º, y 2344, cód. civil. V., SALVAT, t. 1, p. 524, núm. 1017, tex. p. n. 278 y 381, y jurisprudencia que así lo ha establecido, determinando que la municipalidad es parte y debe estar en condiciones de ejercer el control necesario citándosela, en consecuencia, con anterioridad a la producción de la prueba.

que nada se opone a su admisión entre nosotros, según lo pondremos de relieve. Al respecto, Bibiloni con su palabra clara, revela cuáles son los inconvenientes de un sistema procesal como el seguido por los códigos de las provincias o por la jurisprudencia de la capital. Refiriéndose a las informaciones que en esta y semejantes materias tienen lugar, nos dice con respecto a esas legislaciones provinciales: "Sus códigos de procedimientos autorizan informaciones para todo sin tomar garantías de ninguna clase. No se puede probar un matrimonio: información. O un nacimiento: información. O una muerte: información. O un título de propiedad: información. Basta un par de testigos falsos que declaren todo lo que se les pide. Y la información así obtenida justifica transmisiones hereditarias seculares y apoderamientos de bienes ajenos. Apenas se invierten capitales en los inmuebles abandonados, adquiridos con títulos suficientes según los notarios, aparecen los pretendientes con informaciones hereditarias que invocan mercedes de tiempo añejo, nunca seguidas de colonización efectiva. Y la colonización se paraliza por esas hostilidades curiales de los que nunca utilizaron los inmuebles, y que ahora impiden la explotación económica de los baldíos abandonados por los que se dicen dueños. El crédito real es imposible. Los bancos, las compañías, se abstienen de concederlo. Y los propietarios atropellados tienen que capitular, abonando sumas importantes a título de transacción, para concluir con la explotación que los persigue con su impunidad" (25).

Estos conceptos del ilustre autor son, desgraciadamente, ciertos en apreciable número de casos. La legislación adjetiva provincial no ha sabido establecer un procedimiento adecuado. Las informaciones se producen de acuerdo a pre-

(25) BIBILONI, t. 7, p. 75.

ceptos tales como el art. 781 del cód. proced. de Buenos Aires según el cual, ante la solicitud del interesado debe requerirse informe de la oficina de tierras públicas de la provincia y del departamento de ingenieros si se tratare de tierra cuyo dominio pueda corresponder al Estado; si el inmueble fuera de ejido deberá darse intervención a la municipalidad respectiva. En el caso de que no se presentara el informe dentro de veinte días, se dará por decaído el derecho a evacuarlo, si la parte interesada así lo solicita. En el supuesto de que no se trate de tierra pública o municipal, la información debe recibirse con citación fiscal y con su audiencia debe dictarse la decisión que sea pertinente, según lo dispone el art. 782 de dicho código (26).

Como vemos, si se descarta la intervención de estos poderes públicos, contra los cuales puede hacerse valer la autoridad de *res judicata* de la resolución recaída en el procedimiento informativo (27), nada se ha previsto con relación a la necesidad de citar al que tenga a su favor un título de propiedad y, en general, a la sociedad entera, a todos, como lo dice Couture. Tampoco se han establecido requisitos indispensables para asegurarse de que los testigos no sean de mera complacencia. Nada se nos dice sobre la autoridad de cosa juzgada que tiene la decisión, etc. (28). En

(26) V., ACUÑA ANZORENA, n. cit. J. A., t. 48, p. 206.

(27) V. *infra*, N° 14.

(28) SALVAT, t. 1, p. 523/4, n. 1016, afirma que "la mayoría de los códigos de procedimientos en lo civil de las provincias han reglamentado cuidadosamente estas informaciones de posesión". Sin embargo, los inconvenientes y las fallas de estas leyes son tan graves, por sus omisiones con respecto a la seriedad de las pruebas, al valor de "res judicata" de la decisión, a la intervención de todos los interesados en el proceso, que puede decirse que perjudica tanto a quien poseyó el bien "animo domini" durante el lapso que la ley fija, como a quien

realidad, todo ello debe ser motivo de una legislación nacional y como complemento al sistema de registro de la propiedad inmueble, lo cual exigirá la reforma del sistema vigente de transmisión de la propiedad. Tal es lo que propone con acierto sumo nuestro autor del *Anteproyecto de reformas al código civil* y esperemos que esa reforma sea una pronta realidad <sup>(29)</sup>. Mientras tanto, tal como lo veremos, aun en el derecho actual puede el procedimiento ser reformado, con una elaboración jurisprudencial adecuada, a fin de que los titulares del bien adquirido por la *usucapio* posean el título comprobativo, que tendrá el mismo valor legal, que cualquier otro acto jurídico que acredite una transmisión de dominio <sup>(30)</sup>.

aparece como titular informativo no puede invocar los requisitos legales para que se produzca la usucapión larga. Si bien el tiempo es una grande medicina, tal como la califica el sentimiento popular, según FADDA y BENZA, notas a WINDSCHEID, t. 4, p. 599, también debe contemplarse el supuesto de que se trate de comprobar la prescripción cuando tales requisitos no tuvieron lugar. La idea germánica del silencio (*Verschweigung*) sólo puede tener su efecto cuando se base en presupuestos verdaderos: actos de posesión "animo domini" durante el plazo legal. De lo contrario "la patrona protectora del género humano" podría constituirse también en la de los ladrones, según lo dijo BONJEAN, lo repiten los autores franceses y lo recuerda BIBILONI, t. 7, p. 73. Es por ello que el procedimiento informativo debe garantizar los dos intereses en juego: 1º necesidad del que puede alegar la prescripción treintaañal de obtener un título de dominio perfecto; 2º protección del titular del dominio contra las informaciones falsas, producidas sin su intervención y sin las garantías que surgen de todo juicio que tienda a resolver un caso contencioso.

<sup>(29)</sup> BIBILONI, t. 7, p. 72 y sigtes., art. 19-26.

<sup>(30)</sup> V. *infra*. Ya entre nosotros la tesis de DE MARÍA, expuesta con singular brillo por COUTURE, tiende a prevalecer en nuestra jurisprudencia. Por lo menos ello es lo que se desprende del interesante voto del doctor Barraquero, al cual adhirieron los doctores Coronado y Tolbal, en el fallo de la cám. civil 1ª cap., nov. 7/1935, J. A., t. 52, p.

10. II. *La autoridad de "res judicata" de las sentencias declaratorias de la prescripción.*—Determinar si la sentencia que declara la adquisición del dominio por prescripción puede oponerse a los terceros implica, en verdad, resolver la cuestión esencial, crucial, de esta materia. En otras palabras, si la autoridad de cosa juzgada que pueda tener esa sentencia declarativa es absoluta con respecto a los terceros, a la sociedad toda, el título que acredita la *usucapio* efectuada será perfecto. De lo contrario adolecerá de un manifiesto defecto: se tratará de un título fundado en un procedimiento sin garantía alguna de haber primado en él la verdad. Y como la *res judicata* con respecto a las sentencias declaratorias de la *usucapio* que se dictan entre nosotros, tiene efectos muy distintos a la que correspondería con las sentencias dictadas a consecuencia de un procedimiento semejante al que describe Couture, lógico es que distingamos en este estudio, de alcances limitados por la índole del mismo, los efectos de la cosa juzgada en uno y otro caso.

11. 1º) *En el procedimiento actualmente seguido.*—Hemos dicho que las sentencias declaratorias de la prescrip-

411. En efecto, en dicha sentencia, acéptase que pueda hacerse valer la prescripción extintiva o liberatoria por vía de acción y no sólo como excepción; es decir, produce su efecto "ipso jure" y no sólo "ope exceptionis" (STOLFI, loc. cit.). En este sentido, se aceptan y transcriben estos conceptos de COUTURE: "el que pide que se le declare liberado por prescripción, pide que se declare que su contraparte ha perdido el derecho creditorio que tenía, No pide que se condene a dar, hacer o no hacer alguna cosa; pide simplemente que, en virtud de un legítimo interés, se haga en juicio una declaración arreglada a su derecho, y, por consiguiente, lo que promueve es una verdadera acción".

Cierto es que estos conceptos del tribunal se relacionan con la prescripción extintiva, ¿pero qué motivos habrían para no extenderlos a la prescripción adquisitiva? La acción declarativa de la "usucapio", entonces, procedería por vía de acción y no sólo como una excepción a oponer, v. gr. en una acción de "reivindicatio".

ción que entre nosotros se dictan lo son a consecuencia de un procedimiento meramente voluntario: el interesado en hacer declarar la larga prescripción prosigue los trámites sin que se dé otra intervención que a los representantes de los intereses fiscales de la Nación de las provincias o de la municipalidad, según las respectivas jurisdicciones territoriales. En este supuesto, ¿qué autoridad de cosa juzgada puede existir con respecto a los que no han intervenido en el procedimiento? Bien se podría aplicar la máxima del derecho romano: "res inter alios iudicatis aliis non prejudicare" (31), agregando Paulo: "*nec inter alios iudicata alii prodesse, aut nocere solet*" (32). Y también, en cierto sentido, lo establece nuestro art. 1195 cuando en esencia, determina que los actos jurídicos "no pueden perjudicar a los terceros" (33). El requisito de la identidad de las partes, en otro juicio que se intentara por reivindicación contra el poseedor con título informativo, no quedaría cumplido: podría decirse que entre ambas acciones *in rem* no habría la identidad de personas que en la doctrina de los glosadores constituía uno de los elementos de la trilogía clásica ("*eadem res, eadem causa petendi et eadem personae*") (34). Así lo ha entendido, en general, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia.

(31) Macer, *Dig.*, lib. 42, tit. 1, ley 63 ("la cosa juzgada respecto a unos no les perjudica a otros"; GARCÍA DEL CORRAL, ILDEFONSO, *Cuerpo del derecho civil romano de Kriegel, Hermann y Ossebrüggen*, Barcelona, 1889, t. 3, p. 372).

(32) PAULO, *Dig.* lib. 20 tit. 4, ley 16 ("ni la cosa juzgada entre unos suele aprovechar o perjudicar a otros"; GARCÍA DEL CORRAL, t. 2, p. 25).

(33) V., SALVAT, *Parte general*, Buenos Aires, 1922, 2ª ed., p. 697, núm. 1832. V. art. 1165, cód. Napoleón y GARSONNET y CÉZAR-BRU, t. 3, p. 413, tex. y n. 1.

(34) V., JOFRÉ, t. 3, p. 313.

dencia. Refiriéndose, en efecto, Salvat <sup>(35)</sup>, al valor del título informativo de posesión treintañal, niega que él tenga un valor absoluto. Y, remitiéndose a la doctrina acorde, predominante en nuestra jurisprudencia, entiende que esa solución adoptada por los tribunales <sup>(36)</sup> es "más justa y exacta" que aquella sostenida en varias oportunidades <sup>(37)</sup>, en la que se le da a la sentencia declaratoria, y al título que es su consecuencia, un verdadero valor absoluto, un efecto de *res judicata erga omnes*. "Las informaciones de posesión treintañal, en efecto, nos dice el profesor de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, se reciben sin que los terceros interesados sean llamados a tomar intervención en ellas; si los terceros tienen noticia accidentalmente y se presentan al juicio, se les da intervención, pero si ellos ignoran que la información se ha producido, el juicio sigue adelante sin intervención alguna de su parte. Es por esta causa que las informaciones se aprueban únicamente, en cuanto hubiera

(35) SALVAT, *Derechos reales*, t. 1, p. 525, n. 1019.

(36) Citan SALVAT, loc. cit., y ACUÑA ANZORENA, loc. cit. los siguientes fallos: cám. civ., agosto 29 de 1903, t. 156, p. 173; idem, 11 junio 1907, t. 187, p. 340. Cám. civ. 1ª, 3 dic. 1910, *Jurisp. trib. nac.*, p. 2109; idem, julio 17/1915, *Rev. leg. y jur.*, t. 6, p. 298; id., sept. 27/1920, *J. A.*, t. 5, p. 249 (*G. del F.*, t. 28, p. 201). Cám. civ. 2ª, 22 dic. 1910, *Jur. trib. nac.*, p. 2276; idem, nov. 4/1916, *G. del F.*, t. 5, p. 65; agosto 4/1922, *J. A.*, t. 9, p. 254 (*G. del F.*, t. 39, p. 318); id., nov. 5/1924, rev. cit., t. 14, p. 797 (*G. del F.*, t. 53, p. 113); id., agosto 25/1930, rev. cit., t. 33, p. 1113; id., octubre 24 de 1934, *J. A.*, t. 48, p. 203.

(37) V. los fallos siguientes: cám. civ., junio 30/1885, t. 7, p. 110; id., oct. 11, 1887, t. 11, p. 249; id. octubre 18, 1902, t. 150, p. 204. Cám. civ. 1ª, dic. 16, 1932, *J. A.*, t. 40, p. 438. Cám. civ. 2ª, nov. 19, 1923, rev. cit., t. 12, p. 169; id., mayo 9, 1924, rev. cit., t. 12, p. 765; id., abril 21, 1926, rev. cit., t. 19, p. 852 (v. voto doctor Loza); id., agosto 21, 1927, rev. cit., t. 25, p. 1041 (con la disidencia de los doctores Salvat y Lagos).



lugar por derecho, es decir, sin perjuicio del derecho de propiedad que los terceros pueden alegar sobre el inmueble objeto de la misma. No es posible, en estas condiciones, admitir que el título informativo de posesión treintañal tenga un valor absoluto, ni que producida la reivindicación por el verdadero propietario, sea éste el llamado a probar que la información era falsa o contraria a la verdad; es el poseedor que invoca la prescripción quien debe acreditar de nuevo, en el juicio contradictorio, la posesión durante el término de treinta años, revestida de todos los caracteres que la ley exige; si esta prueba no se produce y el reivindicante presenta títulos que justifiquen su derecho de propiedad, la reivindicación debe prosperar” (38).

12. No ha dejado de sostenerse, como lo terminamos de hacer notar, la tesis contraria a la que ha enunciado con tanta claridad, el autor cuyas opiniones hemos transcrito. En este sentido, el doctor Loza a cuyo voto adhirió la mayoría (39), después de citar la opinión de Zachariae (40), men-

(38) Comp. LAFAILLE, t. 1, p. 389-390, n. 555. V., ACUÑA ANZORENA, est. cit., J. A., t. 48, p. 205, quien refiriéndose a la sentencia de la cám. civ. de agosto 29/1903, t. 156, p. 173, por la cual se estableció que “una cosa es adquirir el dominio por prescripción y otra la prueba de la adquisición por ese medio”, de tal modo que lo cuestionado sólo consiste en el valor del medio probatorio utilizado, expresa: “Desde este punto de vista, el acierto de la jurisprudencia que tal criterio consagra no puede discutirse”. Y continúa: “Del hecho que la posesión continua de treinta años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y de buena fe, haga adquirir al poseedor su propiedad, no debe seguirse que a los fines de justificar esa posesión y obtener un reconocimiento judicial del derecho así adquirido, basta una simple información de testigos, llevada a cabo en juicio voluntario”.

(39) Voto de los doctores Gigena y Senillosa. Comp. voto del doctor Lagos. V. voto del doctor Salvat.

(40) ZACHARIAE, t. 5, párr. 853, p. 316.

cionado por el codificador <sup>(41)</sup>, expresa que todo título informativo inscrito en el registro público inmobiliario "merece toda la fe que debe investir, por tratarse de un acto judicial en el que se ha juzgado haberse comprobado los extremos que la ley exige para que quede acreditado el dominio". Agrega que tal título "tiene la eficacia necesaria para primar en sus efectos sobre cualquier otro que se apoye en un origen distinto" y "destruye virtualmente cualquier otro que se le oponga". Además, ¿qué derechos podría ejercer quién adquirió el dominio por prescripción treintenaria, si "en cada acto de ejercicio de sus atribuciones como tal y ante cualquier oposición de tercero, hubiera de estar precisado a renovar, digamos así, su título ya adquirido, para volver a demostrar, tantas cuantas veces se le obligara, que existió y existe?". Y como conclusión, entendía que la autoridad de cosa juzgada de la sentencia declaratoria de prescripción con respecto a terceros era absoluta. No otra cosa significa la siguiente manifestación: "la comprobación realizada con las formalidades y elementos que la instruyen, y hasta con la intervención y contralor del ministerio público y de la autoridad municipal, reviste en sus efectos el carácter *erga omnes*; porque, únicamente así puede llenar una de las características esenciales que la ley atribuye al dominio: la perpetuidad y también el libre y expedito ejercicio de las facultades que entraña" <sup>(42)</sup>. No otros conceptos ya

<sup>(41)</sup> V. notas arts. 4015 y 4016. VÉLEZ expresa en la nota al 2º artículo: "Que el que quiere prescribir por treinta años no tiene que alegar título alguno y con más razón no tiene que temer las excepciones que se alegaren contra los vicios de su título, con excepción del vicio de precario".

<sup>(42)</sup> Argumentaba el doctor Loza, además, con determinados preceptos de la ley de organización de los tribunales de la capital, la cual, en el art. 226, inc. 4º, establece que se inscribirán en el registro de la

se habían vertido en nuestra jurisprudencia. Así Acuña Anzorena <sup>(48)</sup> transcribe el fallo del doctor Romero, quien se ocupó de considerar la validez del procedimiento voluntario, informativo, tal como, en la actualidad, se sigue practicando. Entendía que la prescripción se operaba sin necesidad de que ella sea opuesta en juicio contradictorio, bastando que fuera acreditada ante el juez. Y agregaba, con respecto a la autoridad de cosa juzgada de la sentencia declaratoria dictada a raíz de tal procedimiento: "si bien es exacto que en dicho juicio de información no interviene el propietario y que, por consiguiente, contra éste no se podría oponer la cosa juzgada, sin embargo, esto no significa

propiedad, las sentencias que por prescripción reconocieran la adquisición del dominio sobre inmuebles; así como el art. 239, según el cual, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley civil sobre las hipotecas, los actos y contratos a que se refiere la ley sólo tendrán efecto contra terceros desde la fecha de su inscripción en el registro. De ahí que un título informativo inscrito puede oponerse a terceros. Sin embargo, entendemos que esta ley no puede haber modificado los principios procesales, que exigen la intervención de los posibles interesados para que una sentencia pueda oponerse "erga omnes". Por lo demás, dicha ley no podría alterar ningún principio de derecho civil, porque estaría en tal caso, afectada de inconstitucionalidad. BIBILONI, t. 7, p. 77, ha dicho, al respecto, que "es el código civil el que determina cómo se fundan y cómo se pierden" los derechos reales, y, en especial, la propiedad. "No son las provincias —o la Nación como legislatura local, agregamos— las que dicen cómo deben hacerse y probarse los contratos constitutivos y de qué manera pueden ser contradichos por otras pruebas. No son las provincias las que fijan las condiciones de forma y el valor demostrativo de los instrumentos ni de los testamentos. Las provincias no hacen el derecho: lo dicen solamente ("juris-dictio", art. 67, inc. 11, constitución nacional). Lo aplican. No es función de ellas, decir, cómo se prueba la usucapión, y con qué demostraciones se cancelan las inscripciones que acreditan el dominio opuesto. No son ellas las que determinan qué pruebas se admiten para suplir las omisiones del registro civil y cuáles para acreditar el derecho hereditario".

(48) ACUÑA ANZORENA, est. cit., J. A., t. 48, p. 205, tex. y n. 5.

sino que tanto el propietario como cualquiera pueda atacarla probando la falsedad o inexactitud que ella contenga, y, por consiguiente, destruir la pretendida prescripción, acción que indudablemente no podría ejercer si hubiese intervenido" (44).

13. En la doctrina y jurisprudencia francesas predomina una teoría que se acerca en mucho a la de los fallos últimamente considerados.

Garsonnet y Cézar-Bru, expresan, en efecto, que si bien las sentencias que contienen la declaración de que una persona es propietaria, "no tienen autoridad de cosa juzgada con respecto a los terceros, y quien no ha sido parte está facultado para probar que se ha declarado propietario a quien no lo es; sin embargo, hacen fe de su existencia misma "erga omnes", y aquellos que la obtienen pueden prevalerse aun con relación a quienes no han sido partes, a menos que éstos no prueben la falsedad . . . o invoquen una posesión suficiente para conducir a la prescripción" (45). Pero esta teoría se basa en la fe debida a los actos públicos, nos dicen estos autores. Sin embargo, la jurisprudencia francesa llega a igual conclusión pero basando sus decisiones en argumentos que nos recuerdan los que emitía el doctor Loza: "Considerando —decía al respecto la Corte de Casación— que el derecho de propiedad sería perpetuamente violado si los contratos destinados a establecerlo no tuvieran más valor que con respecto a las personas que han sido parte del mismo, ya que, ante la imposibilidad de hacer concurrir a terceros en contratos que no le interesan, resultaría que no se podrían obtener títulos que protejan la propiedad contra

(44) Cám. civ., dic. 22, 1905, t. 182, p. 246.

(45) GARSONNET y CÉZAR-BRU, t. 3, p. 414, n. 705, n. 2.

los terceros" (46). Laurent, criticando esta decisión, indicaba que no son los inconvenientes del sistema contrario los que debían esgrimirse para resolver la cuestión, sino que bastaba referirse al principio que exige que todo documento auténtico puede oponerse con autoridad probatoria a los terceros ya que no se trata de los efectos relativos de las convenciones (47). Y con relación a las sentencias que declaran que una persona es propietaria, agrega el autor de los *Principes* que si bien no tiene autoridad de cosa juzgada con respecto a los terceros quienes las pueden atacar con la prueba contraria, sin embargo, "ellos no pueden negar la fuerza probatoria de los hechos que han sido constatados" (48).

(46) Cám. civ., junio 22, 1864, *Dalloz P.*, 64, 1. 412.

(47) LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, Bruselas-París, 1878, 3ª ed., t. 6, p. 221, n. 163.

(48) LAURENT, t. 6, p. 222-3, n. 163. BONNIER, EDUARDO, *Treatado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, trad. de J. DE VICENTE y CARAVANTES, Madrid, 1914, 4ª ed., t. 2, p. 508, bis, nos dice que con referencia al establecimiento de la propiedad efectuada en las actas, "si el demandante se limita a justificar, por medio de un título en regla, la transmisión de la propiedad a su favor, el demandado no puede ser admitido para recusar de plano la autoridad de dicho título; sólo puede combatirlo oponiéndole, bien otro título, bien la prescripción". LARNAUDE, anotador de BONNIER (*op. cit.*, t. 2, N° 508 bis, p. 96-99), afirma en este sentido que el art. 1165 del Código francés (corresp. art. 1195, cód. civil arg.) no tiene aplicación en materia de derechos reales "ya que este derecho es absoluto por su naturaleza y se puede oponer a todo el mundo". Comp. DEMOLOMBE, t. 29, p. 256, núm. 286, quien también entiende que el art. 1165, cód. Napoleón sólo debe regir en materia de derechos personales, pero que otra cosa sucede en lo que respecta a derechos reales. Es de hacer notar que se refiere al acto auténtico de donde surge el derecho de propiedad que legalmente prueba contra uno y que, por lo tanto, debe probar contra todos por el carácter absoluto del derecho de propiedad. Sin embargo, más adelante, al tratar de las condiciones requeridas para que haya cosa juzgada, nos afirma que, en lo referente

14. Dentro del procedimiento seguido hasta ahora en las informaciones, ¿cuál es la autoridad de cosa juzgada de la sentencia meramente declaratoria de la prescripción? Ante todo, interviniendo el representante del fisco o de la municipalidad la sentencia mere-declarativa tiene la autoridad de la cosa juzgada en contra del Estado o del municipio. La doctrina y la jurisprudencia están acordes al respecto <sup>(40)</sup>. "El juicio informativo se convierte así, bajo ciertos aspectos, según Lafaille, en contencioso".

Y bien, esta doctrina que se abre camino en nuestra jurisprudencia es fecunda en consecuencias de las más importantes. Porque, en efecto, si la intervención de uno de los posibles interesados, como lo constituye el representante del fisco o de la municipalidad tiene por virtud, con respecto a

a las sentencias declaratorias de la propiedad ("établissement" de la propriété), ellas producen su efecto, "prima facie", en relación y contra todos.

<sup>(40)</sup> SALVAT, t. 1, p. 526, n. 1020, tex. y n. 386. LAFAILLE, t. 1, p. 390, n. 555. ACUÑA ANZORENA, est. cit., J. A., t. 48, p. 206, tex. y n. 13. Cám. civ., junio 4, 1914, *Jur. trib. nac.*, p. 166. Cám. fed. La Plata, marzo 27, 1926, J. A., t. 19, p. 1111; Corte sup. nac., mayo 23, 1928, rev. cit., t. 27, p. 1292. Por este último fallo, el alto tribunal declaró que "si bien los efectos de la información posesionaria no pueden oponerse a terceros que pretenden derechos de dominio sobre el inmueble objeto de aquélla, puede hacerse valer cuando el representante legal del antecesor (la prov. de Buenos Aires) del reivindicante (la Nación), reconoció de un modo expreso la existencia de la posesión trientenaria invocada por el antecesor del poseedor". La corte dijo en este sentido: "cualquiera sea el valor de las informaciones de este género (información posesoria judicialmente aprobada con dictamen favorable del señor agente fiscal de la prov. de Buenos Aires) y aún en la hipótesis de que en general sus efectos no pudieran contraponerse a terceros que pretendieran derechos de dominio sobre el inmueble objeto de ella, en razón de no haber tenido intervención en el juicio, tal no sucedería respecto de la prov. Buenos Aires, quien no ha reconocido de un modo expreso la existencia de la invocada posesión de treinta años".

ellos, transformar el procedimiento voluntario en contencioso, basta ampliar este punto de vista, a fin de que intervengan todos los posibles interesados y, en general, la sociedad toda, para que el juicio se transforme en contencioso *erga omnes*. Admitido un efecto del principio, como lo constituye la autoridad de *res judicata* de la sentencia declaratoria contra los representantes de las mencionadas personas del derecho público, basta para que el principio en sí sea adoptado y se lleve hasta sus últimas consecuencias. Anotamos esta consideración, pues ella tendrá valor de argumento importante a fin de demostrar cómo en esta materia toda discusión queda eliminada con un procedimiento semejante a aquél de que nos da noticias Couture, antes de que llegemos a la integral y ventajosísima reforma que Biblioni nos propone y que abarca tanto el régimen de la prescripción como el sistema de los registros de la propiedad inmueble.<sup>(50)</sup>

15. ¿Pero tendrá la sentencia declaratoria de la prescripción efecto de *res judicata* con relación a los terceros? ¿El título meramente informativo tendrá un valor absoluto? Hemos visto cómo no existe uniformidad ni en nuestra doctrina, ni en nuestra jurisprudencia y ello ocasiona gravísimos inconvenientes a los efectos de los negocios jurídicos cuando el *tradens* garantiza al *accipiens* "títulos perfectos", o cuando quiere dar en garantía hipotecaria su bien, etc.<sup>(51)</sup>. Las resoluciones adoptadas por aquellos

(50) BIBLIONI, t. 7, p. 67 y sigtes. V. *supra*, nota 30.

(51) A los fines de corregir los "defectos" de estos títulos informativos, aquella jurisprudencia que no le acuerda un valor absoluto propone expedientes diversos. Así, algunos entienden que si transcurre el plazo que el art. 3999 fija para la "usucapio" breve (10 años entre presentes y veinte entre ausentes), el título puede considerarse perfecto: Cám. civ. 2ª, agosto 4, 1922, *J. A.*, t. 9, p. 254 (*G. del F.*, t. 39, p.

que consideran imperfectos estos títulos informativos conducen a algo completamente inadmisibles. La ley ha establecido por el art. 4015 que se prescribe el dominio por la posesión con *animus domini* durante treinta años, y este sistema agrega el plazo máximo de la prescripción decenal: es decir veinte años más; en total, cincuenta años. ¿Es ello legal? ¿En qué texto se basa? Puede convenirse en que las informaciones sumarias, tal como hoy se realizan, sin la presencia de contradictor alguno, sólo sirven para justificar el calificativo de Bonjean <sup>(52)</sup> según el cual la prescripción no

318); idem, agosto 4, 1924, rev. cit., t. 13, p. 750 (*G. del F.*, t. 52, p. 8); id., oct. 24, 1934, rev. cit., t. 48, p. 203. En este sentido, SALVAT, t. 1, p. 527, n. 1022 tex. y n. 392, expresa: "El factor tiempo debe tener una importancia capital y es por eso que en numerosas relaciones se ha considerado perfecto el título informativo, cuando después de la aprobación de la información han transcurrido ya los veinte años que la ley exige para la prescripción decenal entre ausentes, en tanto que se ha considerado imperfecto cuando este plazo no había transcurrido". Otros, como el citado autor y las sentencias enumeradas en la n. 393, p. 257, t. 1, de la obra de este autor, entienden que el factor tiempo no es decisivo: pueden, según el autor del *Tratado de derecho civil argentino*, concurrir otros "elementos o antecedentes" que acrediten la "longa possessio". El sistema es, como lo reconocen LAFAILLE, t. 1, p. 390, n. 555 y COUTURE, est. cit., *J. A.*, t. 48, p. 207, defectuoso. Agregar una segunda prescripción a la primera, creemos nosotros con dichos autores, no sólo es defectuoso sino insuficiente para los fines deseados" ya que el curso de la prescripción aun pudo estar suspendido durante un plazo tal que el término legal de treinta años no se cumple. Con mucho acierto LAFAILLE ha podido, entonces, afirmar que: "No hay duda que la inseguridad para el cálculo del tiempo debilita la fuerza de estos títulos (los provenientes del procedimiento informativo), pero como las causales de suspensión y de interrupción son oponibles aunque el dominio se funde en otros antecedentes, trátase de una falla que reviste carácter general, que afectará a toda la propiedad en el país, mientras tal régimen no sea reformado".

(52) Cit. BIBILONI, t. 7, p. 73 y p. 81, n. 1, donde manifiesta este autor que la expresión "ladrones de inmuebles" úsase como cosa



sólo es la patrona del género humano sino también la de los ladrones. Pero cuando los actos de posesión son verdaderos, cuando ellos han tenido lugar durante treinta años en forma continua, entonces, el poseedor adquiere el dominio. Y la ley debe darle el medio para que esa *usucapio* pueda hacerla valer en la vida jurídica con título respectivo. "El problema —dice Couture— se resuelve buscando un medio que tenga la virtud de demostrar la realidad de las cosas". Ese medio no lo da el procedimiento jurisprudencial que rige en la capital de la República o en el trámite impreso a las acciones declarativas que determinan las legislaciones provinciales. Por ello es que la autoridad de *res judicata* de un juicio de tal especie quede tan maltrecha, porque aun hoy en día puede sostenerse, dentro de ciertos límites, lo que Aubry y Rau expresaba: "L'autorité de la chose jugée n'est attachée qu'aux jugements en matière de juridiction contentieuse" (68). Por ello es cierto lo que dice Bibiloni cuando pone de manifiesto el pésimo sistema procesal adoptado por nuestras leyes provinciales y seguido por nuestra jurisprudencia que ha hecho obra de "praetor" en esta materia pero que, por ello mismo, debía haber impuesto un trámite de juicio contencioso a la materia. "Las leyes pro-

corriente en el lenguaje jurídico francés, citando, al respecto, a MASSIGLI, *Actas de la comisión de catastro*, t. 5, p. 480.

(68) AUBRY, C., y RAU, C., *Cours de Code Napoléon d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae*, París, 1858, 3ª ed., t. 6, par. 769, p. 479, tex. y n. 5. La jurisprudencia italiana ha declarado que las decisiones dictadas con motivo de procedimientos seguidos en jurisdicciones voluntarias jamás adquieren la autoridad de cosa juzgada. V. *Giurisprudenza sul codice civile*, de FADDA, PORRO, RAIMONDI y VENDANI, Milán, 1929, t. 7, p. 410 y sigtes., art. 1351. En cuanto a los juicios sobre posesión treintenaria, v. n. 1013 y 1254. Respecto al requisito de la "eadem personae" para que haya "res judicata", v. ns. 2279 y sigtes. (v. especialmente, ns. 2328, 2336 y 2337).

vinciales son la causa de ella, exclama el autor del Anteproyecto”, por la facilidad que conceden a la fabricación de títulos informativos. La mayor parte la permiten por la simple declaración de testigos desprovistos de responsabilidad que declaran lo que quieren, en “juicios de jurisdicción voluntaria sin citación de parte adversa” y sin contralor documental administrativo. Es un crimen despojar de su propiedad a los que han inscrito títulos, sin llamarlos a defensa, y por la deposición de aventureros criminales. En esta ciudad, en la provincia de Buenos Aires, en Santa Fe, los propietarios se encuentran con sus bienes inscritos a nombre de supuestos poseedores de treinta años, cuando sus títulos de adquisición, muchas veces obtenidos en remate judicial, establecen que se les dió posesión tres o cuatro años antes, por la autoridad de los magistrados”. Y después de formular reparos constitucionales a esas legislaciones, cuestión que aquí no nos corresponde examinar, agrega con respecto al carácter meramente voluntario de la información y con relación a las leyes provinciales, causa de que la sentencia mere-declarativa carezca de la autoridad de cosa juzgada de su oponibilidad *erga omnes*: “Son claramente contradictorias con la Constitución Nacional —arts. 17 y 18—, en cuanto autorizan despojos de bienes ajenos sin oír a los dueños inscritos y a los propietarios inciertos sin citarlos a juicio para oír sus defensas. Y lo son en cuanto autorizan inscripciones fundadas en testimonios prestados fuera de juicio contencioso, no vigilado por el que ni siquiera ha sido demandado” (54).

16. En conclusión, entendemos que el título informativo de prescripción tal como hoy se otorga, es decir, como

(54) BIBILONI, t. 7, p. 80.

consecuencia de un procedimiento meramente voluntario, nunca puede tener la autoridad de cosa juzgada para todos, *erga omnes*. La sentencia declaratoria de la prescripción no tiene un valor absoluto. ¿Cómo puede darse por probado que una persona ha perdido el dominio de su bien y otro lo ha adquirido sin que la primera haya sido puesta en condición de defender sus derechos? Existe un principio de carácter general en esta materia y es que "nadie debe perder un derecho, cualquiera que sea su naturaleza, sin antes habersele admitido que lo haga valer" (55). Es por ello que la regla "*res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodest*", es decir, aquella que sanciona el principio de la relatividad del efecto de la cosa juzgada en cuanto a las partes, merece aplicación "sin restricciones ni modificaciones a las sentencias declarativas o atributivas de una cualidad a una de las partes" (56).

17. 2º) *La "res judicata" en el procedimiento que corresponde*.—Hemos puesto de relieve los inconvenientes que acarrea el sistema procesal que ha creado nuestra jurisprudencia en materia de informaciones para acreditar la prescripción larga (57). Por una parte permite abusos que Babiloni ha descrito de un modo, por desgracia, bien real. Por el otro, perjudica al que ha poseído con *animo domini* un inmueble durante el plazo legal: para obtener un título

(55, 56) PLANIOL y RIPERT, ESMEIN y otros, *Obligations*, t. 7, p. 897, n. 1558, tex. y n. 2, quienes citan a AUDINET, EUGÈNE, nota en *Sirey*, 1927, 1.99. Comp. sólo en relación al efecto relativo de la cosa juzgada de acuerdo al art. 1351, cód. civ. francés: JOSSERAND, LOUIS, *Cours de droit civil*, París, 2ª ed., t. 1, n. 222; y especialmente en las cuestiones de estado a BONNECASE, JULIEN, *Supplément al Traité*, de BAUDRY-LACANTINERIE, t. 6, p. 136, ns. 94 y sigtes., París, 1935.

(57) V., además, ACUÑA ANZORENA, est. cit., J. A., t. 48, p. 205 y sigtes.

que nuestros tribunales consideren *perfecto* necesitará acumular a la *usucapio* larga la prescripción corta, es decir, la de veinte años entre ausentes, a menos de que otros antecedentes tengan por efecto hacer surgir la convicción de que no puede existir el peligro de una "reivindicatio". ¿Es esto lo que la ley quiere? Evidentemente, no. "El hecho —afirman Fadda y Bensa— está frecuentemente obligado a bajar las armas frente al derecho demostrado; pero cuando su duración ha tejido y estrechamente ligado la relación de hecho a la complicada red de los intereses de la vida, y por otra parte se ha roto gradualmente la relación de derecho, llega un momento en que el querer sacrificar el hecho, lleno de vida y de energía, en homenaje a un derecho antiguo y que se está extinguiendo ofendería importantísimos intereses, acarrearía complicaciones peligrosas". Es por ello, agregan estos sabios anotadores de las *Pandekten* de Windscheid, que la orientación de las legislaciones más adelantadas tiende a poner el derecho en armonía con los fenómenos de la vida por medio de la prescripción <sup>(58)</sup>. Y ello es tan cierto que los proyectos de reforma propician la abreviación de los plazos de prescripción <sup>(59)</sup>, es decir, de aquella institución del derecho civil "la plus nécessaire a l'ordre social", tal como se lee en la exposición de motivos del título de la *usucapio* del código civil francés <sup>(60)</sup>.

18. ¿Cómo hallar una solución a tal estado de cosas? La respuesta no es difícil: que nuestra jurisprudencia se decida

<sup>(58)</sup> FADDA y BENSA, notas a las *Pandette* de WINDSCHEID, *op. cit.*, t. 4, p. 598.

<sup>(59)</sup> V., DE RUGGIERO, t. 2, p. 459, n. 1 y SCIALOJA, *Per l'abbreviazione dei termini della prescrizione*, en *Rivista di diritto civile*, I, 1909, p. 3 y sigues.

<sup>(60)</sup> STOLFI, t. 2, parte 1ª, p. 153, n. 210, n. 1.

a imprimir al procedimiento informativo el trámite de un juicio ordinario. A tal efecto la técnica procesal descrita por Couture, en la cual se da la intervención debida a esa especie de *contradictor legítimo* que es el anterior dueño y cuyos principios procesales serán distintos según se trate o no de propietario desconocido, es perfectamente adaptable a nuestro derecho. Acuña Anzorena <sup>(61)</sup> ha demostrado la posibilidad de que nuestros jueces, así como han desempeñado funciones propias de un *praetor* al fijar los principios que rigen el procedimiento informativo, así también podrían transformar ese procedimiento voluntario en un verdadero juicio contencioso en los que pueden y deben intervenir "los que se consideren con derecho al bien cuya posesión se trata de acreditar". Para ello nos basta el art. 80 del cód. proced. civil cap. y el correlativo del código correspondiente del Estado bonaerense, el cual fija el procedimiento a seguir cuando el juicio debe tramitarse contra personas inciertas <sup>(62)</sup>. La intervención del defensor de ausentes en el caso de que no comparezca esa persona será suficiente para que lo contencioso del juicio surja, y, entonces, el título será el correspondiente a la sentencia que declara la prescripción adquirida <sup>(63)</sup>.

19. ¿Tendría esa sentencia meramente declaratoria la autoridad de cosa juzgada *erga omnes*? Creemos que sí.

<sup>(61)</sup> ACUÑA ANZORENA, est. cit., *J. A.*, t. 48, p. 208.

<sup>(62)</sup> V. el procedimiento jurisprudencial establecido para que corresponda la citación por edictos en lo referente a personas inciertas, RAYMUNDO L. FERNÁNDEZ, nota en *J. A.*, t. 52, p. 128, de la cual da cuenta COUITURE en su documentado estudio (*supra*, nota 42).

<sup>(63)</sup> Todo ello mientras no se llegue a una reforma integral como la propuesta por BIBILONI, p. 78 y sigtes., art. 22 al 26, lo que requiere una nueva organización del registro de la propiedad y una reforma de nuestra ley.

Ello no es indudable si la persona interesada —el propietario inscrito, por ejemplo— concurre. Pero ello también sucede en el caso de que no haya sido citado en persona por ser esta misma incierta o por desconocerse su domicilio. El procedimiento seguido importa una demanda “a la sociedad toda”. He ahí su eficacia, como tan de relieve lo pone Couture. Entonces sí que la *res judicata* llenará más que nunca su misión: del mismo modo que la teoría de la cosa juzgada nació para dar término a los litigios —como piedra sepulcral del procedimiento probatorio, al decir de un autor<sup>(64)</sup>—, así, también, el título emergente de tal procedimiento sería tan perfecto como el proveniente de cualquier otro acto jurídico por el cual se adquiere un derecho de dominio<sup>(65)</sup>.

(64) GIORGI, GIORGIO, *Teoria delle obbligazioni*, Milán, 7ª ed., t. 1, p. 577, no. 24: «Aquellas viejas palabras, “res judicata pro veritate habetur: facit de albo nigrum, de quadro rotundum”, significan, que los litigios deben tener fin una vez, porque sería lo mismo el no tener una justicia humana, o tener una, que hiciere perpetuos los litigios. “Hic unus inter humanas procella portus, quem si homines praeterierint, in undosis semper jurgis errabunt” ».

(65) BIBILONI, t. 7, p. 82, art. 25, proyecta: “cuando el propietario inscrito o no, no ha sido citado en persona para intervenir en el juicio provocado por el que se dice poseedor, la sentencia no produce cosa juzgada contra él”. Sin embargo, agrega en el artículo siguiente, que la acción de nulidad que se intente contra esa sentencia no puede deducirse: “pasados diez años de ejecutoriada la sentencia que ordenó la inscripción del título concedido al poseedor”. La norma proyectada por BIBILONI, según la cual no tiene autoridad de cosa juzgada la sentencia declarativa cuando el propietario no ha sido citado “personalmente”, nos recuerdan aquellas enseñanzas de PAULO, *Dig.*, lib. 42, tít. 1, ley 54, pr., de “re judicata”, cuando expresaba: “Contra pupillum indefensum, eum quae qui reipublicae causa abest, vel minorens viginti annis propositum perentorium nihil momenti habet” (“Contra un pupilo indefenso, o contra el que está ausente por causa de la república, o contra el menor de veinticinco años, no tiene valor alguno el edicto perentorio publicado, GARCÍA DEL CORRAL, t. 3, p. 371).

Puede la prescripción haber sido interrumpida, haber sido suspendida, y, de ello no haber quedado constancia por el fraude del que alegaba la prescripción: es un peligro cuya existencia no puede negarse. Pero ese peligro, ese defecto, no es propio del título obtenido a raíz de una sentencia meramente declarativa: es "una falla que reviste carácter general, que afectará a toda la propiedad en el país mientras tal régimen no sea reformado" (66).

20. En sustancia, en el procedimiento *de jure condendo*, entendemos que la sentencia declaratoria tendrá una autoridad de cosa juzgada absoluta, *erga omnes* (67). Ante la alternativa (68): o la autoridad absoluta o la autoridad relativa de la cosa juzgada, consideramos que, por las características de juicio contencioso que tendría aquel en que se alega (69) la prescripción, debe predominar la

(66) LAFAILLE, t. 1, p. 390, n. 555. El problema que plantea COUTURE (n. 53, text. y n. 62 y 63) sobre el conflicto entre el dueño del inmueble, despojado por quien obtuvo fraudulentamente una sentencia declaratoria de prescripción, y el adquirente de buena fe y a título oneroso debe resolverse, entre nosotros, de acuerdo con los principios generales (arts. 1051, 277 y 3277; SALVAT, t. 2, p. 317, ns. 2081 y sigtes.).

(67) Para el examen de la teoría que combate la doctrina de los límites subjetivos de la cosa juzgada, que los autores, en general, hacen derivar de los arts. 1351, cód. civ. italiano y art. 1351 cód. civil francés, v. ALLORIO, ENRICO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milán, 1935, p. 43 y sigtes. Este autor combate dicha teoría, la cual puede así concretarse: "La limitación subjetiva de la cosa juzgada, la regla; la sujeción de los terceros a lo juzgado, la excepción". Comp., *op. cit.*, p. 55, no. 23.

(68) V., BONNECASE, *Supplément*, al *Traité*, de BAUDRY, t. 6, p. 152, n. 103 (cuestiones de "estado").

(69) V. en derecho español, la prescripción alegada como acción en ALAS, BUEN y RAMOS, *De la usucapión*, p. 244; DE BUEN, DEMÓFILO, *Derecho civil español común*, Madrid, 1930, 2ª ed., t. 1, p. 201, text. y n. 1.

doctrina que le acuerda a la sentencia declaratoria, un valor absoluto. Sólo así se tendrá un título de incontestable valor en los negocios jurídicos <sup>(70)</sup>, <sup>(71)</sup>.

(70) ¿La acción para obtener una sentencia declaratoria de la prescripción es real o personal? Creemos con COUTURE (ns. 30 y sigtes) que la acción, si bien está fundada en el dominio adquirido por usucapión, es decir, en un derecho real, es de carácter meramente personal ya que sólo se persigue "un pronunciamiento de contenido probatorio que versa sobre un hecho". BIBILONI proyecta una regla contraria: "Es juez competente para conocer en la instancia de inscripción el del lugar de la situación del inmueble" (*op. cit.*, t. 7, p. 78, art. 22). Así lo establecen, el párr. 927, Cód. civ. alemán y art. 662, Cód. civ. suizo. Comp.: JOFRÉ, t. 1, p. 306 y t. 4, p. 123; RODRÍGUEZ, ALBERTO M., *Comentarios al código de procedimientos en materia civil y comercial*, 2ª edic., Barcelona, 1914, t. 1, p. 30.

(71) ¿Debe inscribirse la sentencia declaratoria? Entendemos que sí: lo determina para la capital el inc. 4º del art. 226 de la ley de org. de los trib., y el art. 239 nos dice que los actos que deben inscribirse en el registro, "sólo tendrán efecto contra terceros desde la fecha de su inscripción en el registro". V. voto del doctor Loza en el fallo de la cám. civil 2ª, abril 21, 1926, *J. A.*, t. 19, p. 852.



## 12. LA PRUEBA DE LA FILIACIÓN NATURAL. EL PRECEPTO "NOMEN, TRACTATUS, FAMA".

**SUMARIO:** 1. Una evolución de la jurisprudencia. -- 2. El texto legal. — 3. Fuentes del texto. -- 4. Diferencia de las fuentes. — 5. Origen del precepto. — 6. Significación del apartamiento del Código francés. -- 7. Importancia de estos antecedentes. -- 8. Discusión de la ley de 1913.

## LA PRUEBA DE LA FILIACIÓN NATURAL. EL PRECEPTO "NOMEN, TRACTATUS, FAMA".

### 1. *Una evolución de la jurisprudencia.*

Durante mucho tiempo, los tribunales sostuvieron la tesis de que el hijo natural, que pretendiera la declaración judicial de su filiación, debía probar que tenía, respecto de su presunto padre, el nombre, el trato y la fama <sup>(1)</sup>.

En los últimos tiempos, la jurisprudencia ha evolucionado, apartándose de tal exigencia, y, en especial, en cuanto al requerimiento de que el hijo natural lleve el mismo apellido de su padre.

No obstante existir un tímido antecedente de esta última tesis en un fallo del Tribunal de 1er. Turno <sup>(2)</sup>, al que

(1) La exposición, completísima, de la doctrina y de la jurisprudencia ha sido hecha por CANON, *El nombre en la posesión notoria de hijo natural*, en *Rev. D. P. P.*, t. 5, p. 164; CESTAU, *Reseña de jurisprudencia publicada en el año 1940 en materia de derecho civil*, en *Rev. D. J. A.*, t. 39, p. 203; ARIAS BARBE, *Reconocimiento tácito del hijo natural*, en *L. J. U.*, t. 5, 2, p. 1 y sigtes. Como en esos trabajos la información es exhaustiva, consideramos innecesaria la repetición y a ellos nos remitimos.

(2) Este fallo aparece publicado en el volumen de SAYAGUÉS LASSO, *Vistas fiscales*, p. 974.

no se prestó la debida atención durante largos años, puede decirse que el comienzo de esta orientación data de un fallo del Tribunal de Apelaciones de 3er. Turno, confirmando otro del Dr. Carlos M. Larghero (3). A partir de este último, la jurisprudencia ha venido adquiriendo, con el apoyo de la doctrina, la necesaria consistencia y estabilidad.

El Tribunal de 3er. Turno tuvo a la vista, con ocasión de su fallo, dos estudios sobre el mismo tema (4), habiendo preferido el primero de ellos.

Las páginas que siguen son, en cierto modo, una continuación de ese trabajo y un esfuerzo para llevar la investigación hacia el examen de sus verdaderas fuentes. Se trata, como se comprende, de un estudio sobre el objeto de la prueba. Los problemas de filiación constituyen, en último término, problemas de derecho probatorio. La ley no reclama una demostración *biológica* de la paternidad. Es bien probable que el día en que la ciencia pueda dar a este respecto una contestación afirmativa en lugar de la puramente negativa que da hasta ahora (5), el proceso de filiación se limite a requerir esa prueba en vida del padre y del hijo; pero hasta tanto esa prueba científica no llegue a nuestro alcance, el proceso de filiación es un proceso *de prueba*; de prueba de los extremos requeridos por la ley.

(3) *Rev. D. J. A.*, t. 36, p. 171.

(4) COUTURE, *El nombre en la posesión de estado del hijo natural*, en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, 1937, p. 57; FIGURINA, *La posesión notoria del estado civil de hijo natural*, en la misma *Revista*, p. 163 y 212. Debemos dejar aquí constancia de que el motivo de preocupación que dió oportunidad a nuestro trabajo, fué el fallo del Dr. Larghero arriba citado y que más tarde el Tribunal habría de confirmar.

(5) Sobre este tema, CARNELLI, *Los caracteres grupales, el derecho y la ley*, B. Aires, a cuyas conclusiones nos remitimos.

Trataremos de determinar, pues, ese objeto de prueba (6), con arreglo a las fuentes de nuestro Código Civil.

## 2. *El texto legal.*

Hay un punto de partida que ya no es objeto de discusión dentro del tema.

Conviene iniciar desde él, el recorrido de la reflexión.

Nadie duda de que la ley 25 de noviembre de 1913 no representa, en nuestro derecho, otra cosa que la aplicación al hijo natural, del régimen de la posesión notoria del estado civil consignado en los arts. 44, 46, 47 y 48: C.C. (7).

El legislador ha encarado la posesión notoria como un modo de probar el reconocimiento tácito por parte del padre y no como un medio de investigar la paternidad. No se averigua la procreación, sino que se debe probar el conjunto de actos de voluntad emanados del padre que suponen el reconocimiento.

La prueba de esos actos de voluntad requiere, en consecuencia, "un conjunto de testimonios fidedignos que establezcan el hecho de un modo irrefragable" a estar a las claras palabras del art. 48: C.C.

Siendo así, el problema queda planteado en estos términos: ese conjunto de testimonios irrefragables ¿debe recaer necesariamente sobre los tres elementos "nombre, trato y fama"? o, en otro sentido; ¿será suficiente la prueba de uno solo o de dos de ellos siempre que tengan intensidad bastante como para convencer al juez?; ¿el elemento *nombre* es necesario en la filiación natural con arreglo a nuestro derecho?

(6) En el sentido que le damos en *Fundamentos*, p. 102.

(7) SAYAGUÉS LASO, *Vistas fiscales*, p. 938; FIGURINA, *op. cit.*, p. 165.

### 3. *Fuentes del texto.*

El artículo 46 tiene como fuente el Código chileno y concuerda en términos generales con el Código francés, con el italiano, y con los Proyectos de García Goyena y Acevedo.

Los artículos 47 y 48 tienen también como fuente el Código chileno.

Busquemos los elementos esenciales de esas fuentes para sacar consecuencias.

a) Los arts. 311 y 312 del Código Civil chileno coinciden, hasta en la puntuación, con nuestros arts. 46 y 47. La copia de Narvaja ha sido perfecta.

b) el art. 278 del Proyecto Acevedo considera que uno de los principales hechos que indican la filiación es "que el individuo haya usado siempre del apellido del sujeto de quien pretende descender".

c) el art. 321 del Código Napoleón requiere como *hecho principal* "que el hijo haya llevado siempre el nombre del padre al cual pretende pertenecer".

d) el art. 110 del proyecto de García Goyena, establece que "la posesión de estado de hijo legítimo se acredita por una reunión de circunstancias que concurren a probarla, tales como el uso constante del apellido del padre, con la anuencia de éste, y el trato que como tal hijo ha recibido de su padre, de su familia y del público".

El análisis de estos cuatro textos, que el legislador tuvo ante sus ojos, da la seguridad absoluta de que Narvaja eligió la fórmula señalada con la letra a), esto es, la correspondiente al Código Civil chileno, apartándose deliberadamente de la enunciación del nombre, trato y fama, formulado de maneras más o menos vagas en el Código Napoleón, en el Proyecto Acevedo y en el Proyecto de García Goyena.

#### 4. *Diferencia de las fuentes.*

Por virtud de las circunstancias señaladas y las que se expresarán más adelante, se advierte que si alguna legislación se apoya en la máxima *nomen, tractatus, fama* no ha de ser, precisamente, el Código Civil chileno, que la ha rechazado expresamente como enseña en forma inequívoca Chacón <sup>(8)</sup>.

El precepto parece hallarse, a primera vista, en el Código francés, en el que se inspiraron Acevedo y García Goyena.

Pero cuando el investigador se entrega a buscar en la historia del Código francés la génesis del precepto *nomen, tractatus, fama*, cree ser objeto de una especie de juego de prestidigitación de parte de los comentaristas.

Los autores modernos como Planiol-Ripert-Rouast <sup>(9)</sup>, dicen, al referirse a la máxima, que corresponde a "la expresión de los antiguos comentadores".

Si acudimos a los antiguos comentadores nos hallamos con que Demolombe <sup>(10)</sup>, dice que mediante ese aforismo "la doctrina ha designado desde hace largo tiempo, el conjunto de hechos constitutivos de la posesión de estado".

Laurent <sup>(11)</sup> le llama *el lenguaje de la escuela*.

Aubry y Rau <sup>(12)</sup>, por su parte, dicen que la máxima *nomen, tractatus, fama* corresponde *al lenguaje de la ciencia*.

Y así puede seguirse la búsqueda sin hallar en la doctrina francesa el verdadero origen de la máxima en estudio.

<sup>(8)</sup> *Exposición razonada*, t. 1, p. 248.

<sup>(9)</sup> *Traité pratique*, t. 2, p. 629.

<sup>(10)</sup> *Cours*, t. 5. *De la paternité et de la filiation*, p. 217.

<sup>(11)</sup> *Principes*, t. 3, p. 505.

<sup>(12)</sup> *Cours*, t. 6, p. 11.

Como Planiol enseña que la fórmula del art. 321 del Código de Napoleón no es otra cosa que una paráfrasis del aforismo *nomen, tractatus, fama*, éste debe suponerse anterior al Código, y resulta entonces indispensable investigar en la elaboración del mismo el punto de saber de dónde tomó el codificador ese precepto.

Pero entonces se encuentra que no obstante la abundancia de referencias latinas en la larga elaboración del Código, parece que el aforismo, tal como ha llegado hasta nosotros, no era familiar a los autores del art. 321.

Los distintos momentos de elaboración del Código Napoleón están representados por tres circunstancias esenciales: la *Exposición de Motivos* de Bigot-Prémeneu: el *Informe* del girondino Lahary ante el Tribunado y el *Discurso* de Duveyrier.

Y es interesante advertir que, no obstante la amplitud y erudición de esos tres documentos, ninguno de ellos vincula el texto del art. 321 a la máxima *nomen, tractatus, fama*.

Quiere decir, en consecuencia, que si la noción era familiar al codificador francés, no lo era, precisamente, a través de la fórmula que ha llegado hasta nosotros.

##### 5. *Origen del precepto.*

La interpretación más convincente acerca del origen de la máxima, la hemos hallado en la tesis del Dr. Ernesto Quesada que aparece consignada en su estudio *La enmienda de 1882 en la doctrina de la filiación natural*. En ese estudio, el Dr. Quesada llega a la conclusión de que no es en el derecho francés moderno, ni en el derecho intermedio, ni aun en el derecho romano clásico, donde debe buscarse el

origen del precepto *nomen, tractatus, fama*, sino en la jurisprudencia sentada por los fallos de la Rota Romana.

Este Tribunal, como se sabe, es un órgano de apelación, compuesto de 12 ministros llamados auditores, en el cual se deciden en orden de alzada las causas eclesiásticas de todo el mundo.

Es de ese Tribunal, que hace sólo aplicación de derecho canónico y no del derecho civil, de donde ha surgido la máxima en estudio <sup>(13)</sup>.

Es conveniente, pues, no perder de vista en esta investigación, una circunstancia que resulta decisiva y es la ya expresada de que la concurrencia de los tres requisitos no emana de las fuentes habituales de nuestra codificación, sino de otra que muy escasos puntos de contacto tiene con la misma.

#### 6. *Significación del apartamiento del Código francés.*

Admitido que nuestro codificador ha seguido un sistema más liberal que el del Código Napoleón, puede observarse que ni aun dentro del sistema de éste corresponde asignar a la máxima *nomen, tractatus, fama*, el sentido de un precepto estricto que debe ser observado necesariamente frente a la constatación de la paternidad.

Los mismos autores franceses ya referidos, dados a indicar la extensión del art. 321 del Código Napoleón, exponen que a estar a sus términos, no es exigible preceptivamente que el hijo lleve el apellido del padre.

Tomando de la palabra de dichos autores del Código lo estrictamente indispensable, podemos comprobar que:

<sup>(13)</sup> HALPERÍN, *La posesión de estado y la filiación natural*, en *Rev. C. de J.*, Buenos Aires, t. I, p. 238.



a) La *Exposición* de Bigot - Préameneu advierte que "la ley no exige que todos los hechos del nombre, trato y fama, concurren; el objeto es que el hijo haya sido reconocido y tratado como legítimo; no importa que la prueba resulte de hechos más o menos numerosos; lo suficiente es que ella sea cierta" (14).

b) En el *Informe* de Lahary, se insiste también sobre la misma idea: "Ahora bien, Tribunos: el artículo cuyos términos os he referido, no deja nada que decir en este sentido, pues contiene la enumeración de los *hechos principales* (subrayado en el original) que pueden servir para probar la filiación. No son, pues, los únicos, ni aún la entera reunión de los hechos indicados por la ley es la que establecerá la posesión de estado: ella podrá igualmente ser establecida por hechos semejantes, por hechos de la misma naturaleza, en una palabra, por hechos que, sin ser exactamente los mismos precisados en el artículo, sean por lo menos suficientemente numerosos y suficientemente graves para que de ellos resulte una verdadera posesión de estado. Si la ley hubiera querido que estos hechos fueran unánimemente o que comprendiesen el conjunto de los que deben constatar la prueba de filiación, ella no hubiera dicho que son los principales: pero desde que fueron calificados así, es evidente que son más bien *ejemplos* que ella propone y no un *límite* que haya entendido poner" (15).

c) El *Discurso* de Duveyrier insiste: "Indicando estos principios, la ley no quiere decir que para demostrar la posesión su reunión sea indispensable, de manera que la falta de uno solo diga que todos los otros sean rechazados. No,

(14) LOCÉ, *La législation civile* . . . etc., t. 6, p. 201.

(15) LOCÉ, *Op. cit.*, t. 6, p. 256.

ella ha querido solamente por estos ejemplos, mostrar el carácter y la naturaleza de relaciones de las que se debe sacar la consecuencia exacta y la prueba de la posesión de estado. Es demasiado evidente que entre los hechos propuestos como ejemplo, hay algunos que si son continuos y manifiestos pueden por sí solos completar la demostración sin el auxilio de ningún otro" (16).

Frente a esos antecedentes de la elaboración del Código Napoleón, los comentaristas no han podido sino interpretar fielmente el concepto del debate ante el Tribunado.

Puede decirse que no hay una sola opinión de doctrina que se haya apartado del concepto que expusieron Bigot-Prémeneu, Lahary y Duveyrier.

Teniendo en cuenta esta circunstancia de que la doctrina francesa es unánime, queda despejado el problema de interpretación con relación a nuestro Derecho.

Aun los partidarios más autorizados de la tesis de que se requiere la concurrencia de los tres elementos, reconocen que la legislación francesa no la exige preceptivamente (17).

### 7. *Importancia de estos antecedentes.*

Con el aporte del material logrado hasta este momento podemos, pues, convenir en las circunstancias inequívocas ya admitidas; esto es: *a*) que la posesión de estado del hijo natural se rige por los principios de la posesión de estado civil en general; *b*) que la posesión de estado civil, en general, se rige, entre nosotros, por una fórmula que ha sido tomada del Código Civil chileno, donde el codificador, clara e inequívocamente, ha omitido toda alusión al *nombre*,

(16) LOCRÉ, *Op. cit.*, t. 6, p. 306.

(17) FIGURINA, *Op. cit.*, p. 221 .

según así surge de su propio texto y según lo reconocen sus más autorizados comentaristas; y, c) finalmente, que ni aun cuando el Código de Narvaja hubiera seguido al art. 321 del Código Civil Francés, hubiera sido menester la concurrencia preceptiva de los tres requisitos, nombre, trato y fama.

Para demostrar la filiación de nuestro Código, hemos acudido a las *Fuentes, notas y concordancias* publicadas por el hijo del codificador, Dr. Ricardo Narvaja, en las que se dice en forma indudable que, "a diferencia de Derecho romano y francés, nuestro Código exige para establecer la posesión de estado, la prueba de tres hechos, a saber: "el tratamiento, la notoriedad o fama y su goce continuado por 10 años" (18).

Se nos ha recordado que esas notas carecen de autenticidad y "no la abona quien ha sido capaz de detractar la memoria del gran jurisconsulto Dr. Pablo de María" (19).

Es evidente que en el caso en estudio la falta de autenticidad de las notas del codificador no puede aparejar ninguna perplejidad al intérprete.

A la misma conclusión consignada en la nota de Narvaja, se llega comparando las fuentes.

El origen chileno aparece también anotado en la excelente edición del Dr. Nin y Silva (20).

Por tal razón en este mismo estudio nos hemos preocupado de interpretar los materiales que pudieron haber sido

(18) Este argumento, que fué tomado de la sentencia del doctor Larghero, en oportunidad de nuestro anterior estudio, apareció luego recogido por el Tribunal confiriéndole la autoridad que merece. Véase sobre el particular, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, p. 64.

(19) FIGURINA, *Op. cit.*, p. 224.

(20) Edición Maximino García, p. 46.

tenidos en cuenta en la preparación de nuestro Código Civil, para llegar sin esfuerzo a la conclusión de que el codificador optó por la formulada en el Código chileno.

Para tal fin no es menester acudir a las *Notas*, pues basta con proceder a la simple confrontación de los diversos textos legales.

#### 8. *Discusión de la ley de 1913.*

Cuando se discutió en el Senado la que después fuera ley 25 de noviembre de 1913, se dijeron con relación a la máxima *nomen, tractatus, fama*, cosas de todo volumen.

Así, por ejemplo, el senador Areco, que creía que el aforismo por su redacción latina, pertenecía a los juriscultos romanos, decía a voz en cuello que su adversario "estaba diciendo una monstruosidad" cuando éste decía, con sobrado fundamento, que el legislador uruguayo había prescindido del requisito del nombre <sup>(21)</sup>.

Por su lado, el Dr. Tiscornia, refiriéndose a la tesis de los Dres. Areco y Arena, decía en términos igualmente severos "que eso es un error, que no se ha sostenido nunca, que son simples afirmaciones, que todos, absolutamente todos, los tratadistas concluyen por decir que no es necesario que concurren esas tres circunstancias" <sup>(22)</sup>.

De esa discusión del Senado surgió todo menos la luz.

Sayagués Laso, con la vehemencia y la pasión que ponía en sus dictámenes, interpretó la discusión en el sentido de que, efectivamente, era una monstruosidad lo de la supresión del nombre.

<sup>(21)</sup> Sesiones del Senado, t. 99, p. 358.

<sup>(22)</sup> Sesiones del Senado, t. 99, p. 416.

Y haciendo chanza de un episodio realmente significativo, pintó al Dr. Otero, que realmente tenía razón, como reconociendo que no la tenía y entregándose en los brazos triunfantes de sus adversarios los Dres. Areco y Arena <sup>(23)</sup>.

En cuanto a la tesis del Dr. Tiscornia, imaginó un equívoco *quid pro quo*, para hacerle decir lo contrario de lo que en realidad dijo <sup>(24)</sup>.

### 9. Conclusiones.

La tesis de Sayagués Laso tuvo más fortuna de la que merecía.

Es cierto que a continuación de su dictamen, en la edición oficial del Ministerio de Instrucción Pública, aparece publicado el fallo que le niega razón en cuanto al asunto del nombre se refiere.

Pero no resulta menos cierto, que la jurisprudencia posterior se dejó deslumbrar por un acopio de antecedentes absolutamente erróneo y por un debate legislativo en el que tirios y troyanos tenían consigo una parte de razón, pero que no la tenían totalmente.

La posesión de estado no es una solemnidad que pueda resumirse en un conjunto necesario de elementos. Es la vida misma, es la prueba de todos los días, o como se recuerda en la nota de Vélez Sársfield "la prueba de carne y hueso".

Si el padre trató en la vida a su hijo como tal, aunque no le haya dado su nombre, los jueces pueden, porque ninguna ley se lo prohíbe, declarar esa paternidad.

<sup>(23)</sup> *Vistas Fiscales*, p. 945.

<sup>(24)</sup> *Vistas Fiscales*, p. 948.

### 13. PROPIEDAD DE DOCUMENTOS PROBATORIOS. PRODUCCIÓN DE PRUEBAS PENALES EN JUICIO CIVIL

SUMARIO: 1. El problema. — 2. Prueba de oficio y prueba de partes. — 3. Publicidad del proceso penal. — 4 Disponibilidad de documentos en la instancia presumarial. — 5. Conclusión.

## PROPIEDAD DE DOCUMENTOS PROBATORIOS. PRODUCCIÓN DE PRUEBAS PENALES EN JUICIO CIVIL

### 1. *El problema.*

Siempre ha existido una zona de sombra en el estudio de las relaciones de la prueba civil y la prueba penal. No se trata, propiamente, de las características de una y otra prueba, punto éste sobre el cual la doctrina ha hecho ya largos recorridos <sup>(1)</sup>; sino de determinar, con toda la precisión que requiere el derecho positivo, la eficacia de una prueba penal en juicio civil y la eficacia de una prueba civil en juicio penal.

Y dentro de ese problema, un punto que requiere especial atención es el de *la disponibilidad* de las pruebas.

¿Qué sucede cuando en el proceso civil es indispensable disponer de pruebas, especialmente documentales, que obran en un proceso penal? Y más, especialmente todavía, ¿qué sucede cuando el proceso penal se halla aun en sus etapas

<sup>(1)</sup> Cfr. especialmente, FLORIAN, *Prove penali*, Milán, 1924; CARNELUTTI, *Prove civile e prove penali*, en *Riv. D. P. C.*, 1925, I, p. 3; FLORIAN, *Le due prove*, en *Riv. D. P. C.*, 1926, I, p. 221; DI SEREGO, *Le prove penali nel giudizio civile*, en *Riv. D. P. C.*, 1930, II, p. 163; DE MARÍA, en *Rev. D. J. A.*, t. 34, p. 40.

preliminares, esas que en los *ussus fori* de nuestro país, se denomina presumario?

Una decisión relativamente reciente <sup>(2)</sup> ha resuelto este punto en el sentido que consideramos correcto. El juez de primera instancia había negado al requirente la disponibilidad de ciertos documentos de su propiedad, que se hallaban en un presumario penal, aduciendo, entre otros argumentos, el carácter reservado de estas últimas actuaciones. El Tribunal revoca.

Pero la dificultad no se halla tanto en las soluciones, como en la fundamentación. En el problema coliden el derecho de propiedad de los documentos (fenómeno de derecho civil), con la disponibilidad o indisponibilidad relativa que supone su incorporación a un proceso penal, cuyo carácter reservado se ha venido transmitiendo en nuestro país, como un mito, de generación en generación.

## 2. *Prueba de oficio y prueba de partes.*

Conviene comenzar anotando que pueden existir en el presumario criminal dos clases de actuaciones. Por un lado, se hallan las actuaciones propias de la justicia de instrucción, realizadas en cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo. Pero por otro lado, pueden hallarse en el mismo presumario documentos que han sido entregados por las partes denunciante o denunciada.

Cabe reconocer, en consecuencia, que estos últimos documentos no dejan de ser de *propiedad particular* por el hecho de presentarse en juicio. El carácter documental de dichas piezas escritas no les priva de ser objeto de propiedad privada; son bienes muebles, y, en consecuencia, al igual

(2) *Rev. D. J. A.*, t. 44, p. 51.



que las cartas misivas, pertenecen a aquel a quien la ley atribuye la propiedad. La doctrina sostiene que los documentos de esta índole son objeto de dominio y que este dominio se divide en derechos múltiples: por un lado, el derecho de propiedad en sí mismo sobre las piezas escritas; por otro, el derecho de propiedad intelectual que pueda emerger de las piezas escritas; por otro, los derechos a la prueba que esos documentos puedan suministrar <sup>(8)</sup>.

La propiedad de los documentos como objetos materiales, la propiedad intelectual que surge de su redacción y extensión por las propias partes del proceso penal y el derecho de servirse de ellos como medio de prueba, no puede, pues, ser puesta en tela de juicio. El dueño de los documentos no deja de serlo por la circunstancia de ser entregados a la justicia criminal para la dilucidación de un juicio penal. La justicia es depositaria de esos documentos; pero la propiedad de los mismos no ha sido en ningún momento ni abandonada, ni suspendida, ni limitada. Quedan, naturalmente, afectados a las necesidades de la justicia; pero la propiedad de los mismos sigue siendo siempre del titular del derecho.

### 3. *Publicidad del proceso penal.*

Se trata de saber, ahora, si es posible prohibir a las partes en un juicio civil, que obtengan los elementos de convicción recaudados por la justicia criminal en el procedimiento indagatorio.

La sentencia del Tribunal arriba mencionada sostiene,

<sup>(8)</sup> JARDEL, *La lettre missive*, p. 44; GENY, *Des droits sur les lettres missives*, t. 1, p. 312; PICARD, *Les biens*, en PLANIOL-RIPERT, t. 3, p. 860.

fundadamente a nuestro parecer, la tesis afirmativa, siempre que la calificación de esas actuaciones sea hecha por el Sr. Juez Letrado de Instrucción o, si se quiere, por este magistrado conjuntamente con el Sr. Fiscal del Crimen.

El problema se plantea en los siguientes términos:

a) En primer lugar cabe colocar el principio de publicidad del proceso penal contenido en el art. 22 de la Constitución. Este texto reproduce literalmente las disposiciones del art. 115 de la Constitución de 1830, 161 de la Constitución de 1918 y 22 de la Constitución de 1934, todos ellos absolutamente contestes desde el primer instante de nuestra vida constitucional, en la abolición absoluta del secreto en la justicia criminal.

Como veremos de inmediato, fueron el Código de Instrucción primero y la ley 27 de Mayo de 1896 después, los textos que limitaron en algún modo el alcance del precepto constitucional.

b) El Código de Instrucción Criminal establece en el art. 61 un procedimiento particular de ampliación del sumario en el cual, en forma indirecta, se sostiene el secreto en las actuaciones sumariales, hasta llegarse al instante de la ampliación del sumario, en cuyo momento, recién adquiere publicidad.

Lo menos que corresponde afirmar, frente a ese texto, es que él está en pugna con el principio constitucional. Así se establece categóricamente en el dictamen del Dr. L. Romeu Burgues de 15 de Diciembre de 1906, compartido por la Suprema Corte de Justicia (4). "Es el caso, decía aquel magistrado y aceptaba la Corte, que nuestra Constitución en sus arts. 114 y 115 está en pugna con las disposiciones

(4) *Rev. D. J. A.*, t. 14, p. 196.

de nuestra ley procesal penal, pues el primero de dichos artículos proclama en realidad el régimen de la publicidad del sumario al establecer que una de las pruebas más importantes, la declaración de testigos, debe hacerse a presencia del acusado y su defensor. Y si alguna duda cupiera sobre la intención de nuestro constituyente la disiparía el art. 115 citado que prohíbe expresamente las pesquisas secretas, lo que quiere decir que los jueces no pueden investigar ni indagar reservadamente los crímenes o delitos”.

c) El art. 10 de la ley 27 de Mayo de 1896 establece por su parte, que la apelación de los autos de los jueces de instrucción se otorgará sólo con efecto devolutivo, lo que viene a establecer, de manera implícita pero suficientemente clara, la participación de los interesados en las actuaciones sumariales. Decía el Prof. José A. De Freitas refiriéndose a esta publicidad, transcribiendo una frase famosa de Garraud, que con la abolición de las pesquisas secretas “quedaron abiertas las brechas por donde entraron el aire y la luz destinados a disipar las tinieblas que envolvían el viejo procedimiento penal” (5).

No parece que queden dudas, después de estos antecedentes, acerca de que el principio de publicidad no ha sido abolido en nuestro proceso penal.

Y si se sostuviera que ha sido abolido por el Código de Instrucción Criminal o por la ley de 1896, lo menos que debe admitirse, evocando los propios antecedentes compartidos por la Suprema Corte de Justicia, es que cualquier disposición legal en ese sentido sería inconstitucional.

(5) FREITAS, *La publicidad en los juicios penales en estado de sumario*, en *Rev. D. J. A.*, t. 31, p. 529.

#### 4. *Disponibilidad de documentos en la instancia presumarial.*

Admitido lo que precede cabe preguntarse, todavía, si la circunstancia de hallarse el juicio penal respectivo en estado de presumario obliga a modificar los términos de este planteo.

Digamos en respuesta que el llamado pre-sumario es una invención del folklore jurídico nacional que no se halla ni en la Constitución, ni en el Código y que, como consagración de una terminología consuetudinaria, viene a aparecer por primera vez en el texto del Decreto Ley de 1942, que creó el Juzgado Letrado de Instrucción de 4º turno. Si nos tomamos la preocupación de buscar esta palabra en los diccionarios jurídicos familiares no la encontraremos. Si buscamos la palabra equivalente en nuestro foro que es "indagatoria", nos hallaremos con que ella no es el cúmulo de actuaciones presumariales, sino, simplemente, la interrogación del imputado, vale decir de aquel que, eventualmente, habrá de ser sujeto pasivo del proceso penal.

El presumario no es, pues, otra cosa que el sumario mismo. El Cód. de Instrucción lo define, en su art. 143, como "las actuaciones o diligencias instruídas para la averiguación de los delitos y de sus autores y cómplices". Pero el presumario no tiene otra finalidad que esa: la de averiguar los delitos y sus autores y cómplices.

La Corte ha dicho en un caso, que el presumario no constituye juicio o proceso criminal, porque en él aunque existe *denunciado* no existe todavía *acusado* (6). Pero lo menos que puede preguntarse frente a esta tesis, es cómo se concilia ella con la disposición constitucional que establece la

(6) *Jur. A. S.*, t. 11, c. 2486.

inmediata sumisión al Juez competente y la iniciación del sumario dentro de las 48 horas (art. 16 de la Constitución vigente).

El presumario como etapa secreta, que puede prolongarse durante años y años, configura algo que no tiene conciliación posible con los términos de la Constitución.

##### 5. *Conclusión.*

Tal como hemos apuntado en un comienzo, consideramos que no existe conflicto real, no obstante las apariencias, entre la disponibilidad de los documentos de propiedad personal de una parte en juicio civil, con el estado de los procedimientos penales.

La incorporación de pruebas documentales al proceso penal, no constituye una limitación de la propiedad personal de los mismos; y mucho menos una privación de servirse de ellos en la prueba de un nuevo proceso, sea cual fuere la índole de este último.

En cuanto al obstáculo derivado de la supuesta reserva de las actuaciones presumariales, digamos que más que un argumento, se trata de un fantasma de argumento.

## 14. ESCRITURACIÓN JUDICIAL DE PROPIEDADES SUCESORIAS

SUMARIO: 1. El concepto de *sucesión*. — 2. Sucesión y proceso. — 3. Evolución legislativa. — 4. Escrituración judicial de bienes sucesorios. — 5. Alcance de este procedimiento. — 6. Confrontación de la tesis. — 7. Opiniones adversas y su refutación.

## ESCRITURACIÓN JUDICIAL DE PROPIEDADES SUCESORIAS

### 1. *El concepto de "sucesión"*.

Es probable que muy pocas palabras del lenguaje, se hallen en una zona del derecho en la que sean admisibles tantas acepciones, como el vocablo *sucesión*. Lo que más arriba hemos dicho para el *título* aparece acrecentado para la *sucesión*.

Etimológicamente, sucesión (*successio*) es lo que ha acontecido u ocurrido. Pero para el derecho, es lo que ha continuado. La continuidad en el derecho es un fenómeno de tal manera lleno de prodigio, que sus significados son, virtualmente, incontables. Sucede un Estado a otro; un hijo a un padre; un comprador a un vendedor; un delincuente que culmina la acción criminal a otro que la ha comenzado; un órgano administrativo a otro cuyas funciones está llamado a superar. Y así indefinidamente; por no decir *sucesivamente*, porque esto significaría definir con los propios términos.

## 2. *Sucesión y proceso.*

El derecho procesal se halla, frecuentemente, en el terreno de la sucesión a título universal, con tres directivas principales.

La primera es de derecho civil; la sucesión es un modo de adquirir el dominio y, como tal, configura un fenómeno jurídico que el proceso tiende a declarar.

La segunda es de derecho fiscal: la adquisición gratuita de los bienes por modo de sucesión universal, se halla gravado y constituye lo que, en la técnica del derecho tributario se denomina *hecho imponible*; el proceso sucesorio tiende a realizar las operaciones de liquidación y contralor de ese impuesto.

La tercera es de derecho notarial o, para mayor precisión, de acuerdo con una línea general de pensamiento que se viene desarrollando a lo largo de todo este libro, de derecho probatorio: se trata de documentar con eficacia jurídica, la transmisión de los bienes del causante hacia sus herederos.

El proceso sucesorio es, en último término, el lado probatorio del derecho civil y el instrumento de contralor del derecho fiscal.

Sus finalidades específicas son, dentro del derecho uruguayo, cinco:

*a)* justificar el fenómeno jurídico que produce la sucesión (muerte, ausencia);

*b)* convocar a todos los interesados a título universal o singular (edictos);

*c)* determinar los bienes que son objeto de transmisión (inventario);

*d)* determinar los sujetos en favor de los cuales el fe-



nómeno sucesión se produce (declaratoria de herederos);  
 e) liquidar los impuestos que afectan la transmisión sucesoria.

Para aclarar todavía más el alcance de este lado procesal de la sucesión, diremos que, en nuestro concepto la partición o liquidación del patrimonio relicto no constituye parte necesaria, sino meramente eventual, del proceso sucesorio.

### 3. *Evolución legislativa.*

El fenómeno que constituye la sucesión a título universal, apareció en nuestro derecho con las primeras normas de la organización colonial. La legislación española, fiel en esta materia al legado romano, configuró la sucesión como un modo de adquirir el dominio. Cronológicamente hablando, la sucesión (en el sentido civil de la palabra) es anterior al proceso sucesorio y al "hecho imponible" del derecho fiscal.

Cuando aparece en nuestro país la primera ley que grava la herencia, luego de la organización nacional <sup>(1)</sup>, quedan afectadas solamente las herencias transversales y las que salgan del país. Se gravan luego <sup>(2)</sup> las herencias ex testamento entre colaterales y las *ab intestato* entre cónyuges.

Hasta esta altura, el proceso sucesorio no había aun nacido, ya que el Decreto de Oribe de 28 de mayo de 1838 autoriza en su art. 1, la tramitación judicial o extrajudicial del inventario. Cuando en el Proyecto de Código de Pro-

(1) Ley 124, de 13 de junio de 1836.

(2) Ley 154, de 16 de junio de 1837.

cedimiento Civil hemos propuesto el proceso sucesorio extrajudicial <sup>(8)</sup>, nuestra solución no ha ido más allá de un retorno a las antiguas tradiciones notariales, e incluso del derecho notarial de nuestro país, aprovechando la experiencia del tiempo anterior a aquel en que el derecho fiscal, como veremos de inmediato, ha venido a abrumar al derecho civil.

Cuando en 1878 se sanciona el Código de Procedimiento Civil, todavía el derecho material domina al derecho fiscal. El juicio sucesorio del Código de Procedimiento, es el juicio de las controversias entre los herederos o de éstos con los acreedores: medidas de seguridad, colocación de sellos, oposiciones al inventario, contestación sobre la vocación hereditaria, litigios sobre división de la herencia, problemas de la partición, son la materia propia del Código. El proceso sucesorio como jurisdicción voluntaria, no se halla todavía organizado técnicamente en el sistema del Código.

Fué con la ley 2246, de 30 de agosto de 1893, que el proceso sucesorio judicial adquirió verdadera consistencia jurídica, al hacerse preceptiva la apertura del mismo dentro de términos perentorios, bajo apercibimiento de gravarse la herencia con nuevos recargos y tributos. Por supuesto que, como ocurre en esta materia, en la tradicional carrera entre el Fisco y el contribuyente, los rodajes del proceso sucesorio se han ido perfeccionando y ajustando en la medida de los comunes intereses. Este tipo de proceso, opera

<sup>(8)</sup> Sobre este tema, sin perjuicio de cuanto se dice en la Exposición de Motivos del Proyecto, Cfr. *El proceso sucesorio extrajudicial en el Proyecto uruguayo de Código de Procedimiento Civil*, en *Revista Notarial*, La Plata, t. 50, n. 602, p. 435 y en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 31, p. 368.

sobre la base de lo que se ha llamado <sup>(4)</sup> *Ersatz-Tatbestand*. A un intento de evasión, sucede un intento de contención; a éste sucede otro nuevo intento de evasión el que es, a su vez, objeto de un nuevo intento de represión, etc.

En esta evolución del derecho civil al derecho procesal y de éste al fiscal, el derecho notarial ha consolidado su vigencia a medida que se perfecciona el instrumental técnico de la documentación. El enlace ha venido a producirse en nuestro país, en la ley orgánica de Registros, que dispone la inscripción preceptiva en el Registro de Traslaciones de Dominio, del certificado de resultancias del proceso sucesorio.

Ese texto cierra un ciclo. En él se hallan, tal como se ha venido advirtiendo a través de esta rápida visión, el derecho civil, el derecho procesal, el derecho fiscal y el derecho notarial.

#### 4. *Escrituración judicial de bienes sucesorios.*

Entre el haz del problema que en este orden de cosas se produce, extraemos uno que ha venido adquiriendo en los últimos tiempos muy considerable significación.

Se trata de la situación, prácticamente dificultosa, que surge cuando un heredero se halla ausente y es necesario hacer tradición y escriturar a quien ha adquirido de la sucesión los bienes relictos.

Toda la cuestión gira en torno al punto de que la tradición que de esos bienes debe hacer el juez, se verifica por el fenómeno jurídico, verdadera ficción de derecho, de que él representa por ministerio de la ley, al tradente. Y sin

<sup>(4)</sup> JARACH, *Introducción al derecho fiscal*, Montevideo, 1945, página 53.

voluntad, expresa o ficta del ausente, la representación y la tradición son imposibles.

Para superar esa dificultad, hemos propuesto el siguiente procedimiento:

a) Tramitada la sucesión con la presencia de los interesados y del defensor de oficio, los promitentes compradores deben solicitar del Juzgado que imponga a los promitentes vendedores la obligación de escriturar, "bajo apercibimiento de que en caso de no hacerlo se escriturará de oficio";

b) Conferido traslado, la sucesión debe expresar su impedimento material de escriturar por ausencia personal de uno de los copartícipes; el defensor de oficio debe ser oído como parte en esta gestión (nos permitimos eliminar la solución de que él se allane a este pedido y se disponga a escriturar, porque su representación es *ad litem* y no *ad negotia*; él actúa en el proceso, pero sus poderes se acaban fuera de él <sup>(5)</sup>).

c) En vista de esa contestación, corresponde que el Juzgado declare que la sucesión demandada debe escriturar dentro de cierto plazo y no haciéndolo, se escriturará de oficio a los promitentes compradores;

d) Ejecutoriada esa resolución, esto es, *pasada en autoridad de cosa juzgada*, debe cumplirse coercitivamente: con la voluntad de los vendedores, sin su voluntad o contra su voluntad; esa es la fuerza específica de la cosa juzgada;

e) En cumplimiento del fallo ejecutoriado, el Juez escritura de oficio, en representación legal de los tradentes (CC: 770).

(5) MÉNDEZ, *El defensor de oficio. Naturaleza jurídica de su función*, en *Rev. D. P. P.*, t. 7, p. 195.

### 5. Alcance de este procedimiento.

Este procedimiento no difiere en nada de los procedimientos de ejecución de una sentencia que condena a hacer alguna cosa (C. P. C.: 507).

La sentencia ejecutoriada condena a escriturar "bajo apercibimiento de que en caso de no hacerlo se escriturará de oficio". Esa sentencia pasada en cosa juzgada tiene tanta fuerza como la ley misma. Es, decía Mortara <sup>(6)</sup> *lex specialis*, la ley que rige el caso decidido.

¿A quién podría perjudicar esa sentencia? Sólo al ausente, que es el único heredero que no ha sido escuchado. Pero él ha tenido representante legal que ha consentido la sentencia en su representación. Si mañana llegara y quisiera impugnar los procedimientos no podría hacerlo. Para él hay cosa juzgada. El orden jurídico sólo le otorga una acción personal de daños y perjuicios contra su representante en juicio en caso de dolo o culpa grave en el ejercicio de la defensa <sup>(7)</sup>.

El título adquirido por los compradores es perfecto. La venta judicial se ha transformado, por virtud del procedimiento seguido, en venta forzada, siendo de aplicación entonces el art. 770: C.C., que confiere al magistrado la representación del tradente.

Toda la cuestión gira en torno a la forma en que se ha hecho el emplazamiento en los autos sucesorios. El ausente debe ser emplazado para "estar a derecho en dichos autos, bajo apercibimiento de nombrársele defensor de oficio".

Ese emplazamiento no es propio de la jurisdicción voluntaria, sino de la jurisdicción contenciosa. En la jurisdic-

<sup>(6)</sup> *Commentario*, t. 2, p. 544.

<sup>(7)</sup> MAZEAUD, *Responsabilité civile*, t. 1, p. 491.

ción voluntaria, o sea en el trámite sucesorio común, no se hace en los edictos ningún apercibimiento: simplemente se llama a quienes tengan interés en el patrimonio sucesorio a que comparezcan a formular sus reclamaciones. Los emplazados no tienen término para comparecer; no se les considera *partes* propiamente hablando; no se les nombra defensor de oficio; las resoluciones que se dicten no pasan en cosa juzgada a su respecto.

En cambio, en el emplazamiento hecho "bajo apercibimiento de nombrarse defensor de oficio", las consecuencias son enteramente distintas: se señala término para comparecer; el emplazado es *parte* en el procedimiento; se le amenaza o apercibe con que si no comparece se le nombra defensor de oficio; las resoluciones que se dicten adquieren fuerza de cosa juzgada para el ausente, una vez que sean notificadas y consentidas por el defensor de oficio, el que ejerce una verdadera representación del ausente <sup>(8)</sup>.

Ahora bien: esa forma de emplazamiento, aleja el trámite sucesorio de las formas simples de la jurisdicción voluntaria, para hacerlo contencioso. El ausente, representado en el procedimiento por defensor de oficio, en nada difiere del litigante remiso, displicente o desinteresado de la actividad judicial. La ley no le espera: le nombra representante con quien se siguen los procedimientos y se marcha hacia adelante hasta la conclusión del asunto.

(8) Sobre todo este aspecto, cfr., *Declaración judicial de la prescripción adquisitiva*, en este mismo volumen, especialmente parágrafos 7, 20 y 32.

## 6. *Confrontación de la tesis.*

Por la validez absoluta de este procedimiento, se ha inclinado la opinión de De María <sup>(9)</sup> cuando afirmaba: "Supóngase que en pública subasta se vende un inmueble, a petición de un condómino, por no admitir cómoda división material. En tal caso, la venta no se hace a petición de un acreedor. ¿Será por eso inaplicable el art. 770: C.C.? Es claro que no. Se tratará de una venta forzada hecha por decreto judicial, y, por consiguiente, a pesar de realizarse ella a petición de un condómino y no a petición de un acreedor, corresponderá que el Juez otorgue de oficio la escritura del caso, como es y ha sido siempre de práctica inconcusa. Es la consecuencia lógica y natural de que el que quiere el fin quiere los medios, y del principio legal de que los jueces deben no sólo juzgar, sino también hacer ejecutar lo juzgado".

En dirección semejante, se pronuncian los distintos autores nacionales que han tocado este tema <sup>(10)</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, puede afirmarse que su gran mayoría es adicta a la solución que aquí se preconiza. En los trabajos arriba mencionados, y en especial en el excelente libro de Cestau: *De tradición*, puede hallarse una prolija exposición de los antecedentes de la jurisprudencia que existe sobre esta materia en nuestro país. Pero para no referirnos sino al último caso, que tal vez es el más signi-

<sup>(9)</sup> *Naturaleza y cumplimiento de la obligación de escriturar*, en *Rev. de Derecho y Ciencias Sociales*, t. 7, p. 241.

<sup>(10)</sup> Así D'ALESSANDRO, *Algunos problemas de las ventas judiciales*, en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 29, p. 473 y especialmente en la misma *Revista*, t. 12, p. 132; DEL CASTILLO, en la misma *Revista*, t. 15, p. 45 y ORELLANO, *Escrituras judiciales*, en *Rev. D. J. A.*, t. 27, p. 245.

ficativo de todos, se debe hacer una particular alusión a un fallo del Dr. Velarde Cerdeiras <sup>(11)</sup>.

El caso decidido por dicho magistrado señala con toda claridad la más amplia medida que se ha dado entre nosotros al art. 770: C.C. Según él no corresponde clasificar las ventas judiciales de nuestro derecho positivo en ventas forzadas a petición de un acreedor y ventas voluntarias. "No deja de ser forzada la venta, se dice en la sentencia, toda vez que los herederos se avengan voluntariamente a aceptar una venta, que ninguno de ellos hubiera podido resistir aisladamente, toda vez que contase con la conformidad de la mayoría de los coherederos, y aun con la voluntad de un solo heredero, tratándose de un bien que no admite cómoda división". "El carácter forzado de la venta no proviene ni implica que haya resistencia por parte del propietario vendedor, sino de la facultad legal del tercero, de forzarlo a vender aun contra la voluntad de aquél" <sup>(12)</sup>.

### 7. *Opiniones adversas y su refutación.*

En vista de todo lo que precede cabría entonces preguntarse: ¿y por qué siendo las opiniones unánimes, es menester tomar tantas precauciones?

Por lo siguiente: las opiniones que se han resistido en nuestro país a considerar ventas forzadas regidas por el art. 770: C.C. a aquellas que no se hacen como culminación de un juicio ejecutivo, no son absurdas ni disparatadas, ni mucho menos. Como de lo que aquí se trata es de poner un título de propiedad al amparo de cualquier observación

(11) *Rev. D. J. A.*, t. 37, p. 84.

(12) *Op. cit.*, p. 90 y 91.



futura, es menester prever las dos objeciones principales que pudieran hacerse. La primera, es la de que no se ha dado a la parte vendedora la oportunidad legal de que escribure personalmente; la segunda, es que no se trata, en último término, de venta forzada, sino de venta voluntaria.

La primera de dichas observaciones proviene del Tribunal de Apelaciones de Segundo Turno, revocando el fallo del Juez de lo Civil de Primer Turno que dispuso que debía señalarse previamente a los coherederos vendedores un término prudencial para que comparezcan a prestar personalmente su consentimiento en el acto de la escrituración: "con la prevención de que en caso de no comparencia, el Juzgado representará en el otorgamiento a los omisos" (13).

Es por este motivo y por aplicación de lo dispuesto en el art. 507: C. P. C., que es conveniente que se solicite del Juzgado el señalamiento de un plazo para que la sucesión vendedora escribure, vencido el cual se procederá de oficio.

La segunda de las objeciones arriba enunciadas, es decir la que establece que en el caso en estudio no se estaría en presencia de una venta forzada, sino en presencia de una venta voluntaria, ha sido sustentada por el Dr. Secco Illa (14). Según esta opinión "en los casos de promesa de venta incumplida no existe disposición que autorice a los jueces para sustituir a los contratantes a otorgar escrituras de oficio en su nombre: un acto realizado en semejantes condiciones, ni es venta, ni trasmite el dominio".

Para prevenir esta objeción, que no tenemos el honor de compartir, en principio, por las mismas razones dadas por De María, en el estudio arriba aludido, pero que debe ser

(13) *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 13, ps. 230 y sigtes.

(14) *Rev. D. J. A.*, t. 26, p. 297.

en todo caso respetada, es que proponemos el procedimiento contencioso ya enunciado. Mediante un emplazamiento válido y con la conformidad de la sucesión y del defensor de oficio, la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada. Si el fallo establece que los vendedores deben escriturar "bajo apercibimiento de que si no lo hacen lo hará el Juzgado de oficio", se está en presencia de una norma que debe ser cumplida irrefragablemente. Ya no se puede decir que no hay ley que autorice al Juez a investir la representación del tradente, porque entonces existirán dos normas que confieren al Juez esa representación. Por un lado la norma del art. 507: C. P. C., en cuanto establece que si el deudor no cumpliera con lo que le impone la sentencia, se hará a su costo. Por otro, la disposición del art. 489 C. P. C. que establece que "las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, se ejecutarán por los jueces de primera instancia que hubiesen conocido en el asunto".

La cosa juzgada es, pues, la consecuencia natural de la forma de emplazamiento más arriba establecida.

Entre la cosa juzgada y la ejecución, media un proceso muy claramente perceptible: "la coerción permite algo que hasta el momento de la cosa juzgada era jurídicamente imposible: la invasión de la esfera individual ajena y su transformación material para dar satisfacción a los intereses de quien ha sido declarado triunfador en la sentencia. Ya no se trata de obtener algo con el concurso del adversario, sino justamente en contra de su voluntad. Ya no se está en presencia de un *obligado* como en la relación de derecho sustancial, sino en presencia de un *subiectus*, de un sometido por la fuerza coercible de la sentencia" (15).

(15) *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 274.

La doctrina habla en estos casos de una *obligación de prestar declaración de voluntad*. Esa voluntad puede ser prestada por el juez, se ha sostenido<sup>(16)</sup>, cuando la ley lo permita expresamente y cuando fuera reconocida por sentencia la obligación de ser prestada tal declaración.

Sólo en casos excepcionales, en los cuales medie prohibición legal o cuando por la naturaleza de la prestación de voluntad, no fuera ésta susceptible de ser dispensada judicialmente, la solución propuesta no puede prosperar<sup>(17)</sup>.

(16) DE BUENO VIDIGAL, *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*, São Paulo, 1940, p. 118.

(17) DE BUENO VIDIGAL, *op. cit.*, p. 119.

## ÍNDICE DE AUTORES

	Pág.
<b>A</b>	
ABELLO, CHIRONI Y .....	327
ACEVEDO .....	94, 96, 97, 151, 416 417
ACUÑA ANZURENA, 315, 324, 337, 387, 388, 390, 394, 395, 397, 400, 405 .....	407
AGUIAR .....	45
ALAS .....	409
ALBANELL MAC COLL .....	86
ALBERT .....	264
ALBERTARIO .....	271
ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, 43, 210, 272, 315 .....	364
ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO Y LE- VENE .....	86
ALECRIM .....	225
ALESSANDRO, D' .....	445
ALESSANDRO SAULLO, D' .....	105
ALMADA .....	96
ALONSO .....	99
ALSINA, 131, 142, 157, 235, 248, 277 .....	349
ALSINA ATIENZA .....	31, 122, 376
ALLORIO .....	266, 284, 289, 409
AMELIO, D' .....	165
AMÉZAGA .....	51, 118, 300, 303, 304
ANDRADE, VASCO DE .....	253
ANDRIOLI .....	132, 165, 276
ARECO .....	116
ARIAS BARBÉ .....	46, 86, 91, 413
ARMAND UGÓN .....	215
ARTAGAVEYTIÁ .....	324
ASCARELLI .....	56, 57, 367
ATIENZA, CABAL Y .....	131, 145
AUBRY ET RAU, 129, 146, 319, 327, 405 .....	417
AUDINET .....	405
AYARRAGARAY .....	289, 315
AZEVEDO SODRÉ .....	252
AZPEITIA .....	43, 65
<b>B</b>	
BAETHGEN .....	374
BALD .....	264
BALDO .....	271
BALLESTEROS .....	37, 38
BARASSI .....	249, 253
BARBA .....	265
BARRAGELATA .....	253
BARCIA .....	24
BARRAINE .....	220
BARTIN .....	210
BAST .....	38
BASTOS .....	321, 323, 324
BAUDRY-LACANTINERIE .....	321, 405, 409
BAUDRY-LACANTINERIE Y TISSIER ..	387
BAYLEY .....	94, 97
BEAUMANOIR .....	44

	Pág.		Pág.
BELING .....	60	CARÁMBULA .....	102
BELLVER CANO .....	65, 89	CARBONELL .....	156
BENSA, FADDA Y... ..	385, 391, 406	CARDOZO .....	82, 121
BENTHAM .....	196, 218, 241	CARMONA .....	66
BERGNES .....	265	CARNELUTTI, 27, 33, 43, 56, 57, 71,	
BERNARD .....	252	74, 77, 131, 132, 166, 167, 239,	
BETTI .....	113	242, 276, 282, 284, 286, 288, 338,	
BEZOLD .....	209	342 .....	427
BIBILONI, 29, 65, 316, 331, 354, 373,		CARNELLI, 113, 225, 226, 262, 271, 276	
386, 388, 389, 391, 397, 401, 402,		CARRARA .....	26, 29
403, 404, 405, 407, 408 .....	410	CARRERO, PORTO... ..	195, 204, 213, 218
BIGOT-PRÉAMENEU .....	418, 420, 421	CARVALHO .....	218
BINET .....	196, 216	CARVE URIOSTE .....	323
BIONDI .....	56	CASAS, DE LAS .....	43, 78
BLACKSTONE .....	69	CASCO .....	221
BLASI, DI .....	43, 44	CASTÁN .....	23, 45, 64, 78
BONJEAN .....	391, 402	CASTELLARI .....	265, 268, 269, 270, 282
BONNECASE .....	405, 409	CASTILLO, DEL .....	445
BONNIER .....	44, 218, 399	CASTRO .....	272
BORCHARD, 316, 337, 341, 361, 364, 365		CAZIN .....	204
BORSARI .....	136, 327	CESTAN .....	413, 445
BORSI .....	249	CÉZAR-BRU, GARSONNET, ET, 129,	
BOSCH .....	81	131, 282, 383, 393 .....	398
BOUREY, ROSA Y... ..	265	CIBILS LARRAVIDE .....	156
BRAS .....	97	CLAPARÈDE .....	196
BRUN, DE .....	116	COGLIOLO .....	265
BUEN, DE... ..	409	COLINA, DE LA... ..	382
BUENO VIDICAL, DE .....	449	COLMET DE SANTERRE Y DEMANDE, 386	
BUPNOIR .....	118, 300	COLOMBO, L. A. ....	242
BÜLOW .....	57	CORNELIUS .....	231
BUSSO .....	174	COSSIO .....	59, 80, 86, 115, 185
BUZAUD .....	355	COSTA .....	266, 267

## C

CABAL Y ATIENZA .....	131, 145
CABANELLAS .....	23
CALAMANDREI, 60, 111, 130, 142,	
185, 192 .....	193
CALOGERO .....	140, 185
CALVENTO .....	271
CALLE .....	182
CÁMARA LEAL .....	354, 355
CAMMEO, 337, 339, 340, 341, 343, 380	
CANAS .....	301
CANDIAN .....	57, 70, 73, 74
CANON .....	413
CAPTANT .....	53, 308

## Ch

CHACÓN .....	417
CHAPAR .....	218, 221
CHIOVENDA, 86, 113, 132, 221, 233,	
287, 291, 317, 337, 339, 340, 343,	
347, 363, 365, 380, .....	384
CHIRONI Y ABELLO .....	327

ÍNDICE DE AUTORES

453

	Pág.		Pág.
D			
D'ALESSANDRO . . . . .	445	DURANTE . . . . .	269, 270
D'ALESSANDRO SAULLO . . . . .	18, 105	DURAÑONA VIDAL . . . . .	336
DALLOZ . . . . .	38	DUVEYRIER . . . . .	418, 420, 421
D'AMELIO . . . . .	165	E	
DANZ . . . . .	59	EIXALÁ, MARTÍ DE . . . . .	265
DÁVILA, OSCAR . . . . .	301	ELIE FAURE . . . . .	50
DE ANDRADE, VASCO . . . . .	253	ENGELMAN . . . . .	265, 266, 268
DE BRUN . . . . .	116	ENNECCERUS-KIPP-WOLFF . . . . .	352
DE BUEN . . . . .	409	ESCRICHE . . . . .	23
DE BUENO VIDIGAL . . . . .	449	ESMEIN . . . . .	405
DE FREITAS . . . . .	431	ESPINOSA . . . . .	184
DEGENKOLB . . . . .	72, 73	F	
DE LA COLINA . . . . .	382	FADDA . . . . .	265, 403
DE LA CUEVA . . . . .	249, 250	FADDA Y BENSA . . . . .	385, 391, 406
DE LAS CASAS . . . . .	43, 78	FAURE, ELIE . . . . .	50
DE LA TORRE . . . . .	28	FERNÁNDEZ, 221, 235, 247, 261, 282, 349 . . . . .	407
DEL CASTILLO . . . . .	445	FERNÁNDEZ CASADO . . . . .	28
DE LOS REYES PENA, 51, 52, 61, 64, 66 . . . . .	116	FERRANDO Y OLAONDO . . . . .	156, 272
DEL POZO, PELÁEZ . . . . .	184	FERRARA . . . . .	165
DEL VECCHIO . . . . .	120, 255	FERRARA-SANTAMARÍA . . . . .	98
DELLEPIANE . . . . .	285	FERRER . . . . .	265
DEMANDE, COLMET DE SANTERRE Y DE MARÍA, 100, 131, 135, 136, 147, 272, 311, 315, 317, 318, 319, 321, 322, 323, 324, 327, 328, 329, 350, 351, 357, 361, 365, 368, 377, 391, 422, 427, 445 . . . . .	386 447	FERRI . . . . .	203
DEMELIUS . . . . .	265	FILANGIERI . . . . .	28
DEMOGUE . . . . .	62	FINZI . . . . .	165
DEMOLOMBE . . . . .	97, 129, 399, 417	FLORIAN . . . . .	427
DE RUGGIERO . . . . .	77, 387, 406	FONSECA MUÑOZ . . . . .	130
DEVEALI . . . . .	249	FREITAS . . . . .	155
DE VELAZCO . . . . .	23, 65, 66, 69, 78	FREITAS, DE . . . . .	431
DE VICENTE Y CARAVANTES . . . . .	399	FURNO . . . . .	221, 256
DÍAZ DE GUIJARRO . . . . .	45, 315	FURRIOL . . . . .	324
DI BLASI . . . . .	43, 44	FUZIER HERMAN . . . . .	31
DIDEROT . . . . .	195	G	
DI FALCO, ROMANO . . . . .	28	GABOLDE . . . . .	89
DI SEREGO . . . . .	427	GALDI . . . . .	268
DOMÍNGUEZ . . . . .	183, 263	GALLINAL, 86, 91, 92, 103, 182, 184, 215, 235, 236, 241, 272, 285 . . . . .	359
DONÁ, 43, 45, 87, 204, 205, 209, 221 . . . . .	360	GARCÍA DEL CORRAL . . . . .	393, 408
DUHAUT . . . . .	49	GARCÍA GOYENA, 96, 100, 155, 416, 417	417
DUMOULIN . . . . .	89	GARCÍA MAYNEZ . . . . .	115
DURÁN . . . . .	320, 323, 324		

	Pág.		Pág.
GARGIULO . . . . .	136, 327	JOFRÉ, 182, 379, 380, 382, 393, 410	
GARICOTS . . . . .	272	JOSSEKAND . . . . .	405
GARRAUD . . . . .	431	JUSTINIANO . . . . .	69, 325
GARSONNET . . . . .	327		
GARSONNET ET CÉZAR-BRU, 129, 131, 282, 383, 393 . . . . .	398	<b>K</b>	
GAZÓN . . . . .	321, 323, 324	KEUSEN . . . . .	80
GAYO . . . . .	325	KIPP-ENNECERUS-WOLFF . . . . .	352
GÉNY . . . . .	49, 51, 150, 429	KISCH . . . . .	338, 343
GERONA . . . . .	46, 65	KLEIN . . . . .	241
GIGNOUX . . . . .	344	KROTOSCHIN . . . . .	249
GMÉNEZ . . . . .	102		
GORGI . . . . .	136, 327, 408	<b>L</b>	
GLASSON ET TISSIER . . . . .	131	LAFAILLE, 316, 354, 387, 388, 395, 400, 402 . . . . .	409
GLUCK . . . . .	265, 268, 269, 270, 282	LAGARMILLA . . . . .	37, 114, 315
GOLDSCHMIDT 131, 142, 143, 159, 160, 191 . . . . .	352	LAHARY . . . . .	418, 420, 421
GONZÁLEZ CALDERÓN . . . . .	381, 382	LANDÓ . . . . .	272
GORPHE, 31, 183, 196, 203, 204, 206, 208, 286, 288 . . . . .	376	LARNAUDE . . . . .	399
GOTTSCHALK . . . . .	249, 252	LAURENT . . . . .	319, 399, 417
GRANDI . . . . .	134	LEGÓN . . . . .	118
GRILLE . . . . .	116	LEREBOURS-PIGEONNIÈRE . . . . .	53, 308
GROSS . . . . .	207	LESSONA . . . . .	136, 147
GUASP . . . . .	252	LEVENE . . . . .	289
GUILLOT . . . . .	377	LEVENE, ALCALÁ ZAMORA Y CASTI- LLO Y . . . . .	86
<b>H</b>		LEVI CARNEIRO . . . . .	378
HAHNEMANN GUIMARÃES . . . . .	372	LIEBMAN, 41, 75, 86, 131, 147, 221, 233, 266, 268, . . . . .	368
HALPERÍN . . . . .	45, 419	LIPARI . . . . .	276, 373
HAURIOU . . . . .	252	LOCKÉ . . . . .	282, 420, 421
HAYES . . . . .	252	LOMBROSO . . . . .	203
HEDEMANN . . . . .	113	LÓPEZ . . . . .	264, 265
HERRERA Y OBES . . . . .	377	LÓPEZ, G. . . . .	198, 263, 271
HUBERT . . . . .	223	LÓPEZ PALOP . . . . .	43
		LÓPEZ PELÁEZ . . . . .	33
<b>I</b>		LORETO . . . . .	338, 368
IHERING . . . . .	50, 111, 238		
IMHOF . . . . .	156	<b>LL</b>	
IRELAND . . . . .	108, 129, 130, 136	LLAMBIAS DE AZEVEDO . . . . .	255
<b>J</b>			
JAPIOT . . . . .	156	<b>M</b>	
JARAGH . . . . .	441	MACHADO . . . . .	387
JARDEL . . . . .	429	MAC IVER . . . . .	252
JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA . . . . .	93, 320, 323, . . . . .	MALATESTA . . . . .	218

	Pág.
MALAYER . . . . .	365
MANCINI . . . . .	268
MANRESA . . . . .	236, 238, 272
MARÍA, DE, 272, 311, 315, 317, 318, 319, 321, 322, 323, 324, 327, 328, 329, 350, 351, 361, 365, 368, 377, 427, . . . . .	445
MARÍN PÉREZ . . . . .	43
MARITAIN . . . . .	254
MARTÍ DE EIXALÁ . . . . .	265
MARTÍNEZ . . . . . 320, 321, 323, 324	
MASSIGLI . . . . .	316, 331, 403
MATTIROLLO . . . . . 136, 325, 327	
MAYNZ . . . . .	325, 327
MAZEAUD . . . . .	45, 443
MENDES DE ALMEIDA . . . . . 18, 26, 64	
MÉNDEZ . . . . .	442
MENDOZA . . . . . 320, 323, 324	
MICHELET . . . . .	49
MILLAR, ROBERT WYNESS . . . . . 266, 340	
MINOLI . . . . .	159
MIQUELORO . . . . .	270
MIRANDA . . . . .	272
MITTERMAIER . . . . .	196
MODESTINO . . . . .	383
MONTARCÉ LASTRA . . . . .	242
MONTEJO . . . . .	64
MONTERO BURGUES . . . . .	323
MONTERO PAULLIER . . . . . 320, 323, 324	
MONTESQUIEU . . . . . 81, 195	
MORALES DÍAZ . . . . .	78
MOREIRA . . . . .	195
MORENO . . . . .	182
MORETTI . . . . .	93
MORITTU . . . . . 366, 370	
MORTARA . . . . . 241, 242, 443	
MOSCHELLA . . . . .	375
MULLIN . . . . .	237
MUÑOZ XIMÉNEZ . . . . .	98
MUSSIO BARRETO . . . . .	75
MUSTÁPICH . . . . . 121, 123, 354, 367	

N

NAMUR . . . . .	325, 327
NARVAJA . . . . .	94, 416, 422
NAVARRO AZPEITIA . . . . . 29, 65, 78	
NIN Y SILVA . . . . .	422
NÚÑEZ LAGOS, 70, 71, 72, 73, 75, 316, . . . . .	367

O

	Pág.
OBES, HERRERA Y . . . . .	377
ORELLANO . . . . . 23, 46, 65, . . . . .	445
ORESTANO . . . . .	266
ORGAZ . . . . .	24
OTERO VALENTÍN . . . . .	64
OTTOLENGHI . . . . .	235
OVEJERO, MARIANO . . . . .	379

P

PACIFICI-MAZZONI . . . . .	286
PACHECO Y PÉREZ MONTEBRUNO . . . . . 350	
PARRY . . . . .	94
PAULO . . . . .	393, 408
PAYSEE . . . . .	377
PAZ . . . . . 24, 28, 29, 61, 65, 78	
PEDEMONTE . . . . .	29
PELÁEZ DEL POZO . . . . .	184
PEREIRA . . . . .	94
PÉREZ, B. . . . .	253
PÉREZ MONTEBRUNO, PACHECO Y . . . . . 350	
PERGOLESI . . . . .	249
PERÍN . . . . .	282
PEROZZI . . . . .	347
PESSINA . . . . .	29
PESSOA . . . . .	208
PICCARD, 49, 51, 54, 118, 146, 210, 387, . . . . .	429
PIEDELIEVRE . . . . .	300
FIGURINA . . . . . 414, 415, 421, 422	
PINTO . . . . .	324
PIÑEYRO . . . . . 321, 323, 324	
PISANELLI . . . . .	268
PISTOLESE . . . . .	192
PIYTALUGA . . . . .	156
PLANOL, 44, 45, 288, 387, 405, 417, . . . . .	418
PLANHOL-RIPERT, . . . . . 89, 146, 174, 429	
PODETTI . . . . .	140, 272
POGGI . . . . .	64
PORRO . . . . .	403
PORTO-CARRERO . . . . . 195, 204, 213, 218	
POSADA . . . . .	64
POTHIER . . . . .	44
POUND . . . . .	317
PRieto CASTRO . . . . . 317, 338, 340	
PRUNELL . . . . . 46, 69, 123, 331	
PUCCIARELLI . . . . .	191



Q		Pág.		Pág.
QUAGLIATA . . . . .		332	SALEILLES . . . . .	62
QUINTANA REYNES . . . . .		286	SALVAT, 63, 75, 386, 387, 388, 390, 393, 394, 400, 402, . . . . .	409
R				
RAIMONDI . . . . .		403	SANAHUJA Y SOLER, 28, 33, 43, 65, 66, . . . . .	78
RAMELA DE CASTRO, R. . . . .		336	SÁNCHEZ TELLO . . . . .	64
RAMÍREZ . . . . .		377	SANGUINET . . . . .	272, 324
RAMÍREZ GRONDA . . . . .		24, 249	SANGUINETTI FREIRE . . . . .	253
RAMOS . . . . .		409	SANPONS . . . . .	265
RAU, AUBRY ET, 129, 146, 319, 327, 403, . . . . .		417	SANTAMARÍA FERRARA . . . . .	98
RECASÉNS SICHES . . . . .		77, 120	SAREDO . . . . .	136
REDENTI . . . . .		138	SARTORIO . . . . .	86
REGULES . . . . .		320, 322, 323	SAYAGUÉS LASO, 156, 159, 215, 413, 415, 423, . . . . .	424
REID . . . . .		218	SCIALOJA . . . . .	268, 406
REDMUNDÍN . . . . .		275	SCHÖNKE . . . . .	134, 352, 353
REIS . . . . .		250, 253	SECCO ILLA . . . . .	96, 447
RENARD . . . . .		252	SENTÍS MELENDO . . . . .	41, 275
REQUEJO . . . . .		238	SEQUERA . . . . .	105
REQUENA . . . . .		262	SERAFINI . . . . .	265
REYES PENA, DE LOS, 51, 52, 61, 64, 66, . . . . .		116	SEREGO, DI . . . . .	427
RIAL . . . . .		306	SIDAQUI . . . . .	250, 253
RICCI . . . . .		96, 136, 287, 327	SIEGEL . . . . .	71
RIESTRA . . . . .		58	SILVA . . . . .	355
RIESTRA SOLANO . . . . .		102	SILVEIRA . . . . .	31, 376
RIPERT . . . . .		387, 405, 417	SINZHEIMER . . . . .	253
RIPERT. PLANTOL Y... , 89, 146, 174, 429			SOARES . . . . .	65
RIVA SANSEVERINO . . . . .		249, 259	SOLER . . . . .	60, 80, 115
ROBAYNA . . . . .		306	SPEHL . . . . .	284
ROCA SASTRE . . . . .		43	SPOTA . . . . .	203, 311, 330
ROCCO . . . . .		291, 338, 379, 380	STAFFORINI . . . . .	182
RODRÍGUEZ . . . . .		282, 410	STAMPE . . . . .	71
ROLANDINO . . . . .		44	STERN . . . . .	196, 216
ROMAGNOSI . . . . .		64	STOLFI . . . . .	387, 392, 406
ROMANO DI FALCO . . . . .		28	STUART MILL . . . . .	185
ROMAY . . . . .		66	SUBIRANA . . . . .	265
ROMERO . . . . .		191	T	
ROMEU BURGUES . . . . .		321, 324, 430	TAFT . . . . .	307
ROSENBERG . . . . .		352	TESORO . . . . .	205
ROSA Y BOURLET . . . . .		265	THAYER . . . . .	129
ROUAST . . . . .		417	THUR, VON . . . . .	345, 370
RUGGIERO, DE . . . . .		77, 387, 406	TISSIER . . . . .	373
RUÍZ . . . . .		240	TISSIER. BAUDRY-LACANTINERIE ET... .	387
S				
SAÉNZ DE ZUMARÁN . . . . .		321, 323	TISSIER, GLASSON ET . . . . .	131
SALDAÑA . . . . .		86	TORRE, DE LA . . . . .	28
			TRUEBA URBINA . . . . .	224

ÍNDICE DE AUTORES

457

U		Pág.		Pág.
UGÓN, ARMAND	215,	305	VITA LEVI	289
URRUTIA	301		VON THUR	345, 370
V				
VARGAS	319,	321, 324	WACH	276
VASCO DE ANDRADE	253		WACKLAW RADECKI	288
VÁSQUEZ ACEVEDO	86,	377	WEISMANN	380
VECCHIO, DEL	120,	255	WENGER	266, 267, 268
VEDANI	403		WIGMORE, 91, 165, 168, 169, 174,	
VELARDE CERDEIRAS	446		182, 196, 201, 204, 205, 206, 209, 232	
VELASCO	197		WINDSCHEID	138, 385, 391, 406
VELAZCO, DE	23, 65, 66, 69,	78	WRESCHNER	208
VÉLEZ	396		WYNESS MILLAR, ROBERT	266, 340
VÉLEZ SÁRSFIELD	424		WOLFF, ENNECCERUS-KIPP...	352
VENZI	286		X	
VICENTE Y CARAVANTES, DE...	399		XIRAU	365
VIDAL	86		Z	
VIDARI	165		ZACHARIAE	97, 395
VIDIGAL	75		ZERBOGLIO	28
VILLALBA	65			

## ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS (\*)

<b>A</b>			
ABSOLUCIÓN de posiciones. Juramento previo a la...	Pág.	Pág.	
ACCIÓN, t. I.	279	AUXILIATORIA de Pobreza, t. I, .. 111	
ACTAS del Registro Civil. Prueba fotográfica de..	24, 32, 34, 45	AYUDA. Negocio de.. ( <i>Hilfgeschäft</i> ) 71	
Acciones interrogatorias	170	<b>B</b>	
ACTOS. Distinción entre... y documentos	264	BILATERALIDAD del Proceso, t. I, .. 310	
ADMINISTRACIÓN, t. I	73	BUENA FE	
Ad perpetuam. Informaciones	217, 219, 220	— Fe pública y la... .. 30	
ADVERSARIO. Interrogatorio independiente al testigo del...	319	— Protección de los terceros de... 376	
ALLANAMIENTO, t. I.	236	<b>C</b>	
— a la demanda	230	CAMPO de aplicación de la sana crítica	
ANALFABETO. Escrito del...	357	219	
ANTIPATÍA natural	116	CARGA	
APLICACIÓN de las reglas de la sana crítica	206	— de la exhibición. Obligación, deber y... .. 142	
— de la sana crítica. Campo de...	195	— procesal .. .. 150	
APRECIACIÓN de la prueba testimonial. Reglas de la sana crítica en la...	219	— de la prueba. Sana crítica y... 222	
ARBITRARIEDAD judicial, t. I	179	CARRERA judicial, t. I, .. 134, 137	
Aufgebotsverfahren (Procedimiento por edictos)	83	CARTAS rogatorias, t. I. .. . 246	
AUTOCOMPOSICIÓN, t. I, .. . 230, 282	352	CARTULARIO .. .. . 17	
AUTORIDAD.	230, 282	CASACIÓN, t. I .. .. . 104	
— del documento .. . 40		CLÁUSULA título perfecto .. . 303	
— del Estado .. . 67		CÓDIGO Penal. Fe pública en el... .. 25	
— de la ley .. . 67		Common law, t. I, 25, 147, 157, 160, 162 .. . 163	
— de res judicata de las sentencias declaratorias de la prescripción	392	CONCEPTO	
		— de fe pública .. . 13	
		— de fe pública. Delimitación del... 47	
		— de la libre convicción .. . 84	
		— de las pruebas legales .. . 84	

(\*) Para facilitar la labor de quien haya de consultar los *Estudios*, se incluyen en el presente índice las voces más importantes cuyo desarrollo se encuentra en el volumen I. En tales casos, la indicación de la página va precedida de la del correspondiente volumen.

	Pág.		Pág.
— de la sana crítica . . . . .	84	de la prescripción adquisitiva	346
— de sucesión . . . . .	437	— jurada sobre hechos relativos a la personalidad . . . . .	259
CONCILIACIÓN, t. I, 70, 223, 225, 229, 230, 235, 237, 239, 241, 279 . . . . .	282	— Pruebas por... . . . .	177
CONCURSO, t. I . . . . .	135, 139	— Sentencias de mera... . . . .	339
CONFESIÓN, t. I . . . . .	241	— de testigo dependiente . . . . .	245
— bajo juramento. Incongruencia técnica de la... . . . .	288	DECLARATORIA. Sentencia... de la prescripción adquisitiva en el derecho argentino. Su procedencia. Sus efectos <i>erga omnes</i> . . . . .	379
— en el sistema de la prueba . . . . .	282	DEFENSA	
— Técnica de la... . . . .	284	— en juicio, t. I . . . . .	45, 60
CONTENIDO de la fe pública . . . . .	48	— Libertad de... . . . .	139
CONTRALOR jurisdiccional, t. I, 204, 221		DEFINICIÓN de la fe pública . . . . .	47
CONTRATO		DELIMITACIÓN del concepto de fe pública . . . . .	47
— reproductivo. Contrato reproductor o... ( <i>Reproduzierenden Verträge</i> ) . . . . .	72	DELITOS contra la fe pública . . . . .	25
— reproductor o reproductivo ( <i>Reproduzierenden Verträge</i> ) . . . . .	72	DEMANDA. Allanamiento a la . . . . .	357
CONTRIBUCIÓN a la realización espontánea del derecho. Fe pública como... . . . .	119	DEMOSTRACIÓN biológica de la paternidad . . . . .	414
CONVICCIÓN colectiva. Fe pública como estado de... . . . .	27	DEPENDENCIA	
COPIAS en la ley del Registro Civil	173	— de hecho y de derecho . . . . .	254
COSA juzgada, t. I . . . . .	99, 279, 287	— y legislación social . . . . .	253
— — Fraude y... . . . .	373	— subordinación . . . . .	249
COSTAS, t. I . . . . .	43, 118	DEPENDIENTE . . . . .	250
CRISIS del procedimiento de información . . . . .	314	DERECHO	
CRITERIO de prueba legal. Fe pública como un... . . . .	83	— argentino. Sentencia declaratoria de la prescripción adquisitiva en el... Su procedencia. Sus efectos <i>erga omnes</i> . . . . .	379
Cross examination en la prueba de testigos . . . . .	229	— Dependencia de hecho y de... . . . .	254
		— Fe pública como contribución a la realización espontánea del... . . . .	119
		— Forma en el... . . . .	50
Ch		— notarial . . . . .	13
<i>Charta</i> . . . . .	17	— sobre los documentos. El precepto <i>nemo tenetur edere contra se</i> y el . . . . .	146
		DESISTIMIENTO, t. I . . . . .	230
D		DIAGNÓSTICO de hecho en el proceso dispositivo . . . . .	186
DEBER y carga de la exhibición. Obligación... . . . .	142	DIRECCIÓN del proceso, t. I . . . . .	154
DEBIDO proceso, t. I, 50, 55, 58, 191, 193, 195, 200 . . . . .	214	DISPONIBILIDAD de las pruebas . . . . .	427
DECLARACIÓN		DISPOSICIONES afectivas . . . . .	206
— de firmeza . . . . .	71	DISTINCIÓN entre actos y documentos . . . . .	73
— judicial de la prescripción adquisitiva . . . . .	311	DIVERSAS medidas de eficacia . . . . .	100
— judicial. Procedimiento para la... . . . .		DIVISIÓN de poderes, t. I . . . . .	21
		DIVORCIO, t. I . . . . .	329

	Pág.		Pág.
<b>DOCUMENTO</b>		— Responsabilidad moral del...	123
— auténtico. Instrumento notarial como...	104	<b>ESCRITO del analfabeto</b> . . . . .	116
— Autoridad del...	40	<b>ESCRITURA</b>	
— Derecho sobre los... El precepto <i>nemo tenetur edere contra se</i> y el . . . . .	146	— como una presunción . . . . .	78
— Distinción entre actos y...	73	— pública. Eficacia probatoria de la . . . . .	99
— probatorios. Propiedad de...	425	<b>ESCRITURACIÓN judicial de propiedades sucesorias</b> . . . . .	435
— Reconocimiento de... por el heredero . . . . .	153	<b>ESTADO. Autoridad del...</b> . . . . .	67
<b>DOMINIO adquirido por prescripción.</b>		— de convicción colectiva. Fe pública como... . . . . .	27
Prueba del...	313	<b>ETIMOLOGÍA de las palabras fe y pública</b> . . . . .	22
<i>Droit consuetier</i> . . . . .	44	<b>EXCEPCIÓN, t. I</b> . . . . . 22, 45, 47, 55	
<i>Due process of law</i> , t. I, 23, 50, 58, 194		<b>EXHIBICIÓN. Obligación, deber y carga de la...</b> . . . . .	142
		<b>EXHORTOS, t. I</b> . . . . .	246
		<b>EXPERIENCIA. Máxima de.. (Erfahrungssätze)</b> . . . . .	192
<b>E</b>		<b>F</b>	
<b>EDICTOS. Procedimiento por... (Aufgebotsverfahren)</b> . . . . .	352	<b>FALLOS plenarios, t. I</b> . . . . .	97, 104
<b>EFFECTOS erga omnes de la sentencia declaratoria de la prescripción adquisitiva en el derecho argentino. Su procedencia</b> . . . . .	379	<b>FE</b>	
<b>EFICACIA</b>		— Etimología de las palabras... y pública . . . . .	22
— Diversas medidas de...	100	— Protección de los terceros de buena... . . . . .	376
— del instrumento . . . . .	91	<b>FE PÚBLICA</b>	
— del interrogatorio . . . . .	231	— y la buena fe . . . . .	30
— probatoria de la escritura pública . . . . .	99	— en el Código Penal . . . . .	25
— probatoria del instrumento notarial especialmente previsto en la ley . . . . .	101	— Concepto de... . . . .	13
— probatoria. Límites objetivos de la... . . . .	92	— Contenido de la... . . . .	48
— probatoria. Límites subjetivos de la . . . . .	95	— como contribución a la realización espontánea del derecho . . . . .	119
— procesal de la fe pública . . . . .	89	— como un criterio de prueba legal . . . . .	83
— sustancial de la fe pública . . . . .	117	— como estado de convicción colectiva . . . . .	27
<b>EJECUCIÓN, t. I</b> . . . . .	238, 259	— Definición de la... . . . .	47
<i>Emancipatio</i> . . . . .	43	— Delimitación del concepto de... . . . .	47
<b>EMBARGO, t. I, 243, 252, 253, 254, 255</b> . . . . .	256	— Delitos contra la... . . . .	25
<b>EMPLAZAMIENTO múltiple</b> . . . . .	351	— Eficacia procesal de la... . . . .	89
<b>EMPLEADOR. Represalias del...</b> . . . . .	249	— Eficacia sustancial de la... . . . .	117
<b>EQUIDAD, t. I</b> . . . . . 70, 167, 277		— Función de la... . . . .	62
<i>Erfahrungssätze</i> (Máxima de experiencia) . . . . .	192	— Funcionario de... . . . .	37
<b>ERRORES judiciales, t. I</b> . . . . .	91	.. Ministro de... . . . .	37
<b>ESCRIBANO</b> . . . . .	17	— y la plena fe . . . . .	36
		— y responsabilidad . . . . .	122
		— y la verdad . . . . .	33

	Pág.		Pág.
FECHA. Instrumento notarial y...	106	IGUALDAD en el proceso. t. I, 66,	
FEDATARIO .....	17	274 .....	275
<i>Feststellungserklärung</i> .....	71	IMPULSO procesal. t. I, 309 .....	317
<i>Ficta confessio</i> .....	262	<i>Inaudita altera pars</i> . Instrumento no-	
FILIACIÓN natural. Prueba de la...	411	tarial y pruebas dadas...	108
FIRMEZA. Declaración de...	71	INCONGRUENCIA técnica de la con-	
FORMA		fesión bajo juramento .....	288
— en el derecho .....	50	INDEPENDENCIA judicial. t. I, 87,	
— documentales. Fotografía y...	171	129, 150 .....	151
— Garantía de la... mediante la		INFORMACIÓN	
sanción de nulidad .....	121	— <i>ad perpetuam</i> .....	110, 319
— de percepción .....	208	— Crisis del procedimiento de...	314
— Fotografía y formas documen-		— sumaria .....	110
tales .....	171	<i>In iure cessio</i> .....	43
FRAUDE		INSTRUMENTO	
— y cosa juzgada .....	373	— Eficacia del... ..	91
— Prevención del... ..	371	— notarial como documento autén-	
— procesal, t. I, .....	45	tico .....	104
<i>Fumus bonis iuris</i> .....	93, 315	— notarial especialmente previsto en	
FUNCIÓN		la ley. Eficacia probatoria del...	101
— de la fe pública .....	62	— notarial y fecha .....	106
— notarial. Plena fe y...	39	— notarial y pruebas dadas <i>in-</i>	
FUNCIÓNARIO de fe pública .....	37	<i>audita altera pars</i> .....	108
		— públicos. Plena fe de los... ..	37
		<i>Instrumentorum incorrupta fide</i> ..	125
		INTERLOCUTORIAS. t. I, 155 .....	295
		INTERPRETACIÓN .....	39
		<i>Interrogatio in iure</i> .....	266
		<i>Interrogationes ante litem contestatam</i>	264
		INTERROGATORIO .....	
		— civil .....	214
		— cruzado .....	234
		— Eficacia del... ..	231
		— independiente al testigo del adve-	
		sario .....	236
		J	
		JUDICATURA. t. I, .....	135
		JUECES. t. I, 79, 129, 133, 139,	
		147, 150, 151, 152, 167, 171, ..	243
		— Presunción y labor intelectual	
		del... en la sentencia. ....	81
		JUICIO CIVIL. Producción de pruebas	
		penales en... ..	425
		JURAMENTO	
		— Incongruencia técnica de la con-	
		fesión bajo... ..	288
		— previo a la absolución de posicio-	
		nes .....	279
		— en el sistema de la prueba...	282

	Pág.
— Técnica del...	287
<i>Jura novit curia</i> , t. I, . . . . .	315
JURISDICCIÓN, t. I, 69, 103, 254, . . .	293
— voluntaria . . . . .	315
JURISPRUDENCIA, t. I, . . . . .	226
JUSTICIA inglesa, t. I, 143, 165, . . .	169
JUSTO título . . . . .	300

L

LABOR intelectual del juez en la sen- tencia. La presunción y... . . . .	81
<i>Law of the land</i> , t. I, . . . . .	50
LEGISLACIÓN social. Dependencia y... .	253
LEY	
— Autoridad de la... . . . .	67
— Eficacia probatoria del instru- mento notarial especialmente pre- visto en la... . . . .	101
— del Registro Civil. Copias en la... .	173
LIBERTAD de defensa . . . . .	139
LIBRE convicción, t. I, 318, t. II . . . .	220
— — Concepto de la... . . . .	84
LIMITACIÓN de los poderes de inves- tigación del magistrado. Idea de prueba legal como una... . . . .	87
LÍMITES	
— objetivos de la eficacia probato- ria . . . . .	92
— subjetivos de la eficacia proba- toria . . . . .	95
LÓGICA judicial, t. I, . . . . .	293

M

MADUREZ intelectual . . . . .	203
MAGISTRADO	
— Idea de prueba legal como una li- mitación de los poderes de inves- tigación del... . . . .	87
MAGISTRATURA judicial, t. I, 123	
139, . . . . .	148
<i>Mannmiste</i> . . . . .	43
MÁXIMA de experiencia ( <i>Erfahrungss- ätze</i> ) . . . . .	192
MEDIDAS de eficacia. Diversas... . . .	100
MERA declaración. Sentencias de... . .	339
355, . . . . .	37
MINISTRO de fe pública . . . . .	25
MONEDA	
— Papel . . . . .	25
MÚLTIPLE. Emplazamiento... . . . .	351

N

	Pág.
<i>Nemo tenetur edere contra se</i> . Pre- cepto... . . . .	127
<i>Nemo tenetur edere contra se</i> . El precepto... y el derecho sobre los documentos . . . . .	146
NEGOCIO	
— de ayuda ( <i>Hilfsgeschäft</i> ) . . . . .	71
— causal ( <i>Grundgeschäft</i> ) . . . . .	71
— complementario. Teoría del... . . .	70
— declarativo . . . . .	345
NOCIÓN de título perfecto . . . . .	297
NOMBRAMIENTO de magistrados, t. I, 125, 136, . . . . .	139
<i>Nomen, tractatus, fama</i> . Precepto... .	411
NOTARIO . . . . .	17
NULIDAD	
— Garantía de la forma mediante la sanción de... . . . .	121

O

OBLIGACIÓN, deber y carga de la ex- hibición . . . . .	142
OFICIO. Prueba de... . . . .	428
ORALIDAD, t. I, . . . . .	321
ORDEN público, t. I, . . . . .	259

P

<i>Pactum de contrabendo</i> . . . . .	70
PAPEL moneda . . . . .	25
PARTES. Prueba de... . . . .	428
PATERNIDAD. Demostración biológica de la... . . . .	414
PERCEPCIÓN. Formas de... . . . .	208
PERSONA desconocida . . . . .	350
PERSONALIDAD. Declaración jurada sobre hechos relativos a la... . . . .	259
PETICIÓN, t. I, 24, 34, . . . . .	63
PLENA FE	
— Fe pública y la... . . . .	36
— — y función notarial . . . . .	39
— — de los instrumentos públicos . . .	37
— — Significado de la... . . . .	38
PLENA prueba . . . . .	92
PODER	
— certificante . . . . .	20
— certificante. Teoría del... . . . .	64

	Pág.	F6g.
— de investigación del magistrado.		
Idea de prueba legal como una limitación de los...	87	
— del juez, t. I, 79	83	
— legitimador	64	
POLÍTICA y justicia, t. I, 169,	170	
POSESIÓN	335	
— treintenaria	314	
POSICIÓN		
— Juramento previo a la absolución de...	279	
— Prueba de...	267, 268	
<i>Praesumptio facti</i>	113	
<i>Praesumptio hominis</i>	110	
PRECEPTO		
— <i>nemo tenetur edere contra se</i>	127	
— <i>nemo tenetur edere contra se</i> y el derecho sobre los documentos	146	
— <i>nomen, tractatus, fama</i>	411	
PREGUNTA		
— consecutiva	217	
— determinativa	216	
— disyuntiva	216	
— expectativa	216	
— implificativa	216	
PRESCRIPCIÓN		
— adquisitiva	335	
— adquisitiva. Declaración judicial de la...	311	
— adquisitiva. Procedimiento para la declaración judicial de la...	346	
— adquisitiva. Sentencia declaratoria de la... en el derecho argentino. Su procedencia. Sus efectos <i>erga omnes</i>	379	
— Autoridad de <i>res judicata</i> de las sentencias declaratorias de la...	392	
— Prueba del dominio adquirido por...	313	
PRESUNCIÓN		
— Escritura como una...	78	
— y labor intelectual del juez en la sentencia	81	
— y prueba	79	
— Teoría de la...	78	
PREVENCIÓN del fraude	371	
PRINCIPIO		
— procesales, t. I, 21, 66, 115, 258, 310, 313, 317, 318, 319,	321	
— de prueba	92	
PROBIDAD procesal	139	
PROCEDENCIA de la sentencia declaratoria de la prescripción adquisitiva en el derecho argentino. Sus efectos <i>erga omnes</i>	379	
PROCEDIMIENTO		
— de información. Crisis del...	314	
— para la declaración judicial de la prescripción adquisitiva	346	
— por edictos ( <i>Aufgebotsverfahren</i> )	352	
PROCESO		
— civil, t. I, 17, 20, 115, 154, 172, 308, 313,	321	
— dispositivo. Diagnóstico de hecho en el...	186	
— escrito, t. I,	20, 321	
— penal. Publicidad del...	429	
— Reconocimiento en el...	159	
— romano-canónico, t. I,	20	
PRODUCCIÓN de pruebas penales en juicio civil	425	
PROMOCIÓN de jueces, t. I, 125, 136,	139	
PROPIEDAD de documentos probatorios	425	
— sucesorias. Escrituración judicial de...	435	
PROTECCIÓN de los terceros de buena fe	376	
PRUEBA		
— civil, t. I,	65	
— Confesión en el sistema de la...	282	
— por declaración	177	
— Disponibilidad de la...	427	
— del dominio adquirido por prescripción	313	
— de la filiación natural	411	
— fotográfica	163	
— fotográfica de actas del Registro Civil	170	
— de los hechos jurídicos. Representación y...	55	
— dadas <i>inaudita altera pars</i> . Instrumento notarial y...	108	
— instrumental	11	
— juramento en el sistema de la...	282	
— legal	220	
— legales. Concepto de las...	84	
— legal. Fe pública como un criterio de...	83	



	Pág.		Pág.
— legal. Idea de... como una limitación de los poderes de investigación del magistrado . . . . .	87	REPRESENTACIÓN y prueba de los hechos jurídicos . . . . .	55
— de oficio . . . . .	428	<i>Reproduzierenden Verträge</i> (Contrato reproductor o reproductivo) . . . . .	72
— de partes . . . . .	428	<i>Res judicata</i> de las sentencias declaratorias de la prescripción. Autoridad de... . . . .	392
— penales en juicio civil. Producción de... . . . .	425	RESPONSABILIDAD	
— plena . . . . .	92	— Fe pública y... . . . .	122
— de posiciones . . . . .	267, 268	— judicial, t. I, . . . . .	43, 90
— Presunción y... . . . .	79	— moral del escribano . . . . .	123
— Principio de... . . . .	92		
— Sana crítica y carga de la... . . . .	222	S	
— semi-plena . . . . .	92	SANA CRÍTICA, t. I, 319, t. II . . . . .	220
— de testigos. El <i>cross examination</i> en la... . . . .	229	— — Aplicación de las reglas de la... . . . .	195
— Testigos en el sistema de la... . . . .	187	— — Campo de aplicación de la... . . . .	219
— testimonial. Reglas de la sana crítica en la apreciación de la... . . . .	179	— — y carga de la prueba . . . . .	222
PÚBLICA		— — Concepto de la... . . . .	84
— Etimología de las palabras fe y... . . . .	22	— — Reglas de la... en la apreciación de la prueba testimonial . . . . .	179
PUBLICIDAD		— — Reglas de la... como <i>standard</i> jurídico . . . . .	224
— de la justicia, t. I, . . . . .	153	— — y la sentencia . . . . .	185
— del proceso penal, . . . . .	429	SANCIÓN	
R		— de nulidad. Garantía de la forma mediante la... . . . .	121
RAZONABILIDAD . . . . .	225	SEMI-PLENA prueba . . . . .	92
REALIZACIÓN espontánea del derecho		SENTENCIAS, t. I, 69, 74, 76, 83, 274, . . . . .	309
Fe pública como contribución a la... . . . .	119	— declaratoria de la prescripción adquisitiva en el derecho argentino. Su procedencia. Sus efectos <i>erga omnes</i> . . . . .	379
RECONOCIMIENTO		— declaratorias de la prescripción. Autoridad de <i>res judicata</i> de las... . . . .	392
— comercial . . . . .	345	— de mera declaración . . . . .	335, 339
— de documentos por el heredero . . . . .	153	— Presunción y labor intelectual del Juez en la... . . . .	81
— en el proceso . . . . .	159	— La sana crítica y la... . . . .	185
RECURSOS de queja, t. I, . . . . .	217	SEJO . . . . .	205
REGISTRO CIVIL		SIGNIFICADO de la plena fe . . . . .	38
— Copias en la ley del... . . . .	173	SILENCIO ( <i>Verschweigung</i> ) . . . . .	391
— civil. Prueba fotográfica de actas del... . . . .	170	SIMPATÍA natural . . . . .	206
REGLAS		SISTEMA	
— de la sana crítica. Aplicación de las... . . . .	195	— de la prueba. Confesión en el... . . . .	282
— de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial . . . . .	179	— de la prueba. Juramento en el... . . . .	282
— de la sana crítica como <i>standard</i> jurídico . . . . .	224	— de la prueba. Testigos en el... . . . .	187
<i>Renovatio contractus</i> . . . . .	20, 72		
<i>Renvoi</i> , t. I, . . . . .	104		
REPRESALIAS del empleador . . . . .	249		

	Pág.		Pág.
<i>Standard</i> jurídico. Reglas de la sana crítica como... ..	224	TIEMPO .. . . . .	212
SUBORDINACIÓN. Dependencia y... ..	249	TIPOS jurídicos civiles .. . . . .	60
SUCESIÓN. Concepto de... ..	437	TÍTULO	
SUCESORES a título singular .. . . . .	97	— bueno y título perfecto .. . . . .	310
— a título universal .. . . . .	96	— justo .. . . . .	300
SUCESORIAS. Escrituración judicial de propiedades... ..	435	— perfecto .. . . . .	329
SUPREMA CORTE de los Estados Unidos t. I, .. . . . .	177	— perfecto. Cláusula... ..	303
		— perfecto. Noción de... ..	297
T		— perfecto. Título bueno y... ..	310
TABELIÓN .. . . . .	17	— singular. Sucesores a... ..	97
TÉCNICA de la confesión .. . . . .	284	— universal. Sucesores a... ..	96
— del juramento .. . . . .	287	TRABAJO, t. I, .. . . . .	279
TEORÍA		TRANSACCIÓN, t. I, .. . . . .	223, 230, 232
— del negocio complementario .. . . . .	70	TRASLADO de jueces, t. I, 125, 136, 139	
— del poder certificante .. . . . .	64	TRATADO de Derecho Procesal de Montevideo, t. I, .. . . . .	245
— de la presunción .. . . . .	78	TRAYECTORIA y destino del Derecho Procesal civil hispano-americano, t. I, .. . . . .	289
TERCEROS .. . . . .	97, 149	TRINTEMARIANA. Posesión .. . . . .	314
— de buena fe. Protección de los... ..	376		
TESTIGOS .. . . . .	52, 238	U	
— del adversario. Interrogatorio independiente al... ..	236	Uso forense, t. I, .. . . . .	226
— El <i>cross examination</i> en la prueba de... ..	229	USUCAPIÓN .. . . . .	313, 335
— dependiente. Declaración del... ..	245		
— en el sistema de la prueba .. . . . .	187	V	
Testis .. . . . .	238	VERDAD. Fe pública y lz... ..	33
		<i>Verschweigung</i> (Silencio), .. . . . .	391

# ÍNDICE SUMARIO

## PARTE PRIMERA

### ESTUDIOS SOBRE LA PRUEBA INSTRUMENTAL

	Pág.
<i>EL CONCEPTO DE FE PÚBLICA</i> . . . . .	17
<i>INTRODUCCIÓN</i> . . . . .	17
I. <i>LA FE PÚBLICA COMO CONCEPTO JURÍDICO</i> . . . . .	17
1. Conceptos comunes acerca de la fe pública . . . . .	17
II. <i>PROPÓSITO DE ESTE ESTUDIO</i> . . . . .	19
2. Necesidad de delimitar y precisar el concepto . . . . .	19
3. La delimitación del concepto de fe pública como introducción al derecho notarial . . . . .	21

#### CAPÍTULO I

##### LA IDEA DE FE PÚBLICA

I. <i>LA FE PÚBLICA Y LA FE NOTARIAL</i> . . . . .	22
4. La etimología de las palabras <i>fe</i> y <i>pública</i> . . . . .	22
5. La fe pública en su concepto limitado a la fe notarial. Sus primeras extensiones . . . . .	23
II. <i>LA FE PÚBLICA DE CIERTOS OBJETOS PÚBLICOS</i> . . . . .	25
6. La fe pública referida en el Código penal respecto de la moneda y del papel moneda . . . . .	25
7. La fe pública en otros objetos o bienes incorporales . . . . .	25
8. Otras formas de quebrantamiento de la fe pública en la doctrina penal . . . . .	26

	Pág.
III. <i>LA FE PÚBLICA COMO ESTADO DE CONVICCIÓN COLECTIVA</i> . . . . .	27
9. La concepción de la fe pública como un estado de creencia común . . . . .	27
10. Suposición de las leyes penales en esta materia . . . . .	28
11. La fe pública como creencia impuesta por la autoridad . . . . .	28
IV. <i>NECESIDAD DE DELIMITAR EL CONCEPTO</i> . . . . .	30
12. Las ideas de fe pública-creencia y fe pública-autoridad . . . . .	30

## CAPÍTULO II

### EL CONCEPTO DE FE PÚBLICA

I. <i>LA FE PÚBLICA Y LA BUENA FE</i> . . . . .	30
13. Diferencias entre ambos conceptos . . . . .	30
14. Los delitos contra la fe pública como delitos contra la buena fe . . . . .	32
II. <i>LA FE PÚBLICA Y LA VERDAD</i> . . . . .	33
15. Idea común acerca de la verdad como contenido necesario de la fe pública . . . . .	33
16. Representación de la verdad y verdad de la representación . . . . .	34
17. La fe pública como suposición de verdad en la representación . . . . .	35
18. Carácter provisorio de la suposición de verdad en la fe pública . . . . .	36
III. <i>LA FE PÚBLICA Y LA PLENA FE</i> . . . . .	36
19. La plena fe como medida de eficacia probatoria . . . . .	36
20. La plena fe de los instrumentos públicos . . . . .	37
21. Significado de la plena fe . . . . .	38
22. Plena fe y función notarial . . . . .	39
23. Carácter oficial en los instrumentos públicos y en la escritura pública . . . . .	40
24. La plena fe como eficacia y la fe pública como autoridad de un documento . . . . .	40
25. Resumen . . . . .	41
IV. <i>LA FE PÚBLICA Y LA FUNCIÓN NOTARIAL</i> . . . . .	42
26. Planteo del tema . . . . .	42
27. La autenticidad de los documentos y su origen histórico . . . . .	42

	Pág.
28. Los comienzos de la función notarial en su misión de dar autenticidad a los documentos . . . . .	43
29. El escribano y su concepción como funcionario público . . . . .	44
30. La función notarial como función pública a cargo de un particular . . . . .	45
V. <i>DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE FE PÚBLICA</i> . . . . .	47
31. Resumen de las ideas expuestas . . . . .	47
32. Definición de la fe pública . . . . .	47

CAPÍTULO III

CONTENIDO DE LA FE PÚBLICA

I. <i>SOLEMNIDAD Y PRUEBA EN LOS ACTOS JURÍDICOS</i> . . . . .	48
33. La fe pública como aseveración . . . . .	48
34. La forma de los actos jurídicos . . . . .	49
35. Significación de la forma en el derecho . . . . .	50
36. Forma y sustancia. Formas solemnes y formas probatorias . . . . .	51
37. La forma de los actos como una <i>quasi possession</i> . Su significado . . . . .	53
II. <i>REPRESENTACIÓN Y PRUEBA DE LOS HECHOS JURÍDICOS</i> . . . . .	55
38. Percepción, representación y deducción en el sistema de las pruebas . . . . .	55
III. <i>REPRESENTACIÓN E INTERPRETACIÓN EN EL DOCUMENTO NOTARIAL</i> . . . . .	56
39. Representación de ciencia y voluntad . . . . .	56
40. Representación en el documento notarial . . . . .	58
41. El documento notarial como representación interpretativa de las manifestaciones de la voluntad jurídica . . . . .	58
42. Percepción, representación y deducción en el instrumento notarial . . . . .	61
43. Contenido y eficacia en la fe pública . . . . .	62

## CAPÍTULO IV

## FUNCIÓN DE LA FE PÚBLICA

	Pág.
I. <b>COMETIDO DE LA FE PÚBLICA EN EL ORDEN JURÍDICO</b> . . . . .	62
44. Distinción entre la función y el contenido de la fe pública . . . . .	62
II. <b>TEORÍA DEL PODER CERTIFICANTE</b> . . . . .	64
45. La potestad certificante o legitimadora como un atributo propio del Estado . . . . .	64
46. Error de este concepto . . . . .	67
47. La función probatoria de los documentos como una creación legal . . . . .	68
III. <b>TEORÍA DEL NEGOCIO COMPLEMENTARIO</b> . . . . .	70
48. Interés de esta teoría . . . . .	70
49. La declaración de firmeza como función del documento . . . . .	71
50. La idea de la <i>renovatio contractus</i> . . . . .	72
51. Distinción entre actos y documentos . . . . .	73
52. El otorgamiento de escritura como obligación autónoma . . . . .	74
53. Crítica de la teoría . . . . .	77
IV. <b>TEORÍA DE LA PRESUNCIÓN</b> . . . . .	78
54. El significado de la escritura como una presunción . . . . .	78
55. Alcance de esta suposición . . . . .	79
56. La presunción y la prueba . . . . .	79
57. La presunción y la labor intelectual del juez en la sentencia . . . . .	81
V. <b>LA FE PÚBLICA COMO UN CRITERIO DE PRUEBA LEGAL</b> . . . . .	83
58. Alcance de esta posición . . . . .	83
59. Su implantación dentro de la estructura jurídica de las pruebas . . . . .	83
60. Concepto de las pruebas legales; de la sana crítica y de la libre convicción . . . . .	84
61. La idea de prueba legal como una limitación de los poderes de investigación del magistrado . . . . .	87
62. Función sustancial y procesal de la fe pública . . . . .	88

CAPÍTULO V

EFICACIA PROCESAL DE LA FE PÚBLICA

	Pág.
I. <i>ALCANCE DEL PRECEPTO "INSTRUMENTA PUBLICA PROBANT SE IPSA"</i> . . . . .	89
63. La eficacia de la fe pública como un tema de derecho positivo . . . . .	89
64. La eficacia de los diversos tipos de documento notarial . . . . .	90
65. Límites objetivos y subjetivos de eficacia del instrumento . . . . .	91
II. <i>LÍMITES OBJETIVOS DE LA EFICACIA PROBATORIA</i> . . . . .	92
66. La prueba plena, la semiplena prueba y el principio de prueba, como medidas de eficacia probatoria . . . . .	92
67. Su relación con las pruebas legales . . . . .	95
III. <i>LÍMITES SUBJETIVOS DE LA EFICACIA PROBATORIA</i> . . . . .	95
68. Los otorgantes, sus sucesores y los terceros . . . . .	95
69. Eficacia entre los otorgantes . . . . .	96
70. Eficacia entre los sucesores a título universal . . . . .	96
71. Eficacia entre los sucesores a título singular . . . . .	97
72. Eficacia entre los terceros . . . . .	97
IV. <i>EFICACIA PROBATORIA DE LA ESCRITURA PÚBLICA</i> . . . . .	99
73. Planteo del tema . . . . .	99
74. Esquema de las diversas medidas de eficacia . . . . .	100
V. <i>EFICACIA PROBATORIA DEL INSTRUMENTO NOTARIAL ESPECIALMENTE PREVISTO EN LA LEY</i> . . . . .	101
75. Esquema de las medidas de eficacia . . . . .	101
76. Diferencias con la escritura pública . . . . .	102
VI. <i>EFICACIA DEL INSTRUMENTO NOTARIAL NO ESPECIALMENTE PREVISTO EN LA LEY</i> . . . . .	103
77. Disposiciones legales que pueden contribuir a dar solución a este problema en nuestro derecho . . . . .	103
78. El instrumento notarial como documento auténtico . . . . .	104
79. El instrumento notarial y la fecha . . . . .	106
80. Eficacia de los demás elementos . . . . .	107
81. El instrumento notarial y las pruebas dadas <i>inaudita altera pars</i> . . . . .	108
82. El instrumento notarial no especialmente determinado como presunción judicial . . . . .	111

	Pág.
83. Su significado ante la sana crítica y como inversión de la carga de la prueba . . . . .	113
84. Posible refutación de esta tesis y su rechazo . . . . .	114
85. Eficacia de los documentos notariales en el Proyecto de Código de procedimiento civil . . . . .	116

## CAPÍTULO VI

### EFICACIA SUSTANCIAL DE LA FE PÚBLICA

I. SIGNIFICADO DE ESTA EFICACIA . . . . .	117
86. La eficacia sustancial y el goce pacífico del derecho . . . . .	117
87. La fe pública como contribución a la realización espontánea del derecho . . . . .	119
88. Garantía de la forma mediante la sanción de nulidad . . . . .	121
II. FE PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD . . . . .	122
89. Fundamento de la fe pública . . . . .	122
90. La responsabilidad moral del escribano como fundamento de la fe pública . . . . .	123
91. Conclusiones . . . . .	124
<b>SOBRE EL PRECEPTO "NEMO TENETUR EDERE CONTRA SE"</b> . . . . .	129
1. Propósito . . . . .	129
2. Alcance de la cuestión . . . . .	130
3. Legislación . . . . .	131
4. Fórmulas legislativas analíticas . . . . .	133
5. Fundamentos de la solución negativa . . . . .	134
6. Fundamentos de la solución afirmativa . . . . .	136
7. Confrontación de ambas tesis . . . . .	137
8. El principio y su alcance . . . . .	138
9. La libertad de defensa y la probidad procesal . . . . .	139
10. Obligación, deber y carga de la exhibición . . . . .	142
11. Efectividad de la sanción . . . . .	144
12. El precepto <i>nemo tenetur</i> . . . y el derecho sobre los documentos . . . . .	146
13. Exhibición y propiedad . . . . .	146
14. Solución dentro del derecho vigente . . . . .	150
15. La solución en el Proyecto de 1945 . . . . .	152



	Pág.
<i>RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS POR EL HEREDERO</i> . . . . .	155
1. Planteo del problema . . . . .	155
2. Diferencias de legislación . . . . .	156
3. Reconocimiento antes del proceso . . . . .	158
4. El reconocimiento en el proceso . . . . .	159
5. La solución en el Proyecto de 1945 . . . . .	160
<i>LA PRUEBA FOTOGRAFICA</i> . . . . .	165
1. Actualidad de la prueba fotográfica . . . . .	165
2. Admisibilidad e inadmisibilidad de la prueba fotográfica . . . . .	165
3. Eficacia probatoria de la prueba fotográfica . . . . .	167
4. Prueba fotográfica de actas del Registro Civil . . . . .	170
5. Fotografía y formas documentales . . . . .	170
6. Las copias en la ley del Registro Civil . . . . .	172
7. La prueba fotográfica en el Proyecto de 1945 . . . . .	175

PARTE SEGUNDA

PRUEBAS POR DECLARACIÓN

<i>LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL</i> . . . . .	181
---	-----

CAPÍTULO I

PLANTEO DE LA CUESTIÓN

1. El texto legal . . . . .	181
2. El concepto doctrinario . . . . .	181
3. Desarrollo del tema . . . . .	182

CAPÍTULO II

EL CONCEPTO DE REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

4. Breve historia del texto . . . . .	183
5. Importancia del texto . . . . .	184

	Pág.
6. La sana crítica y la sentencia . . . . .	185
7. Diagnóstico de hecho en el proceso dispositivo . . . . .	186
8. Los testigos en el sistema de la prueba . . . . .	187
9. Implantación de la sana crítica . . . . .	189
10. Construcción del concepto . . . . .	190

## CAPÍTULO III

## APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

11. Evolución del criterio de apreciación de la prueba testimonial . . . . .	195
12. Apreciación aritmética de la prueba . . . . .	197
13. Apreciación crítica de la prueba . . . . .	199
14. Criterio general . . . . .	200
15. Moralidad . . . . .	202
16. Madurez intelectual . . . . .	203
17. Sexo . . . . .	205
18. Disposiciones afectivas . . . . .	206
19. Formas de percepción . . . . .	208
20. Tiempo . . . . .	212
21. El interrogatorio civil . . . . .	214
22. Resumen . . . . .	217

## CAPÍTULO IV

## LA SANA CRÍTICA EN EL SISTEMA DE LA PRUEBA

23. Campo de aplicación de la sana crítica . . . . .	219
24. Prueba legal, sana crítica y libre convicción . . . . .	220
25. Sana crítica y carga de la prueba . . . . .	222
26. Las reglas de la sana crítica como <i>standard</i> jurídico . . . . .	224

EL "CROSS EXAMINATION" EN LA PRUEBA DE TESTIGOS . . . . .	231
1. Eficacia del interrogatorio . . . . .	231
2. Sistema del <i>cross examination</i> . . . . .	232
3. El interrogatorio cruzado en la legislación hispanoamericana . . . . .	234

	Pág.
4. El interrogatorio independiente al testigo del adversario	236
5. Fundamentación de la tesis . . . . .	238
6. La solución en el Proyecto de 1945 . . . . .	240
<b>LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO DEPENDIENTE . . . .</b>	<b>247</b>
1. Planteo de la cuestión . . . . .	247
2. Estado actual del problema . . . . .	248
3. Dependencia y subordinación . . . . .	249
4. Dependencia y legislación social . . . . .	253
5. Dependencia de hecho y de derecho . . . . .	254
6. Conclusión . . . . .	256
<b>LA DECLARACIÓN JURADA SOBRE HECHOS RELATI- VOS A LA PERSONALIDAD . . . . .</b>	<b>261</b>
1. El texto legal . . . . .	261
2. Fuentes inmediatas . . . . .	262
3. Fuentes mediatas . . . . .	264
4. Concordancia de las fuentes . . . . .	265
5. La prueba de posiciones . . . . .	268
6. Estado actual del asunto . . . . .	269
7. Consecuencias de la tesis admitida . . . . .	271
8. La solución en el Proyecto de 1945 . . . . .	278
<b>EL JURAMENTO PREVIO A LA ABSOLUCIÓN DE POSI- CIONES . . . . .</b>	<b>281</b>
1. Planteo de la cuestión . . . . .	281
2. La confesión y el juramento en el sistema de la prueba	282
3. Técnica de la confesión . . . . .	284
4. Técnica del juramento . . . . .	287
5. Incongruencia técnica de la confesión bajo juramento . .	288
6. Conclusión . . . . .	292
7. Juramento y posiciones en el Proyecto de 1945 . . . . .	293

PARTE TERCERA

DERECHO PROBATORIO Y DERECHO CIVIL

<b>LA NOCIÓN DE TÍTULO PERFECTO . . . . .</b>	<b>299</b>
1. Derecho civil, derecho notarial y derecho procesal . . . .	299
2. El título perfecto como justo título . . . . .	300

	Pág.
3. Insuficiencia del derecho civil para dar la noción de título perfecto . . . . .	304
4. El título perfecto como instrumento notarial . . . . .	305
5. El título perfecto como concepto económico . . . . .	306
6. El título perfecto como concepto procesal . . . . .	308
7. El concepto de título perfecto . . . . .	309
8. Título bueno y título perfecto . . . . .	310
<i>DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA</i> . . . . .	313

## CAPÍTULO I

## LA PRUEBA DEL DOMINIO ADQUIRIDO POR PRESCRIPCIÓN

1. La usucapión y su prueba . . . . .	313
2. La crisis del procedimiento de información . . . . .	314

## CAPÍTULO II

## LA TESIS DE DE MARÍA

3. Primera exposición de la tesis . . . . .	317
4. Los primeros conceptos . . . . .	318
5. La labor de la jurisprudencia . . . . .	319
6. Alcance de las ideas de De María . . . . .	323
7. Exposición de la teoría . . . . .	324

## CAPÍTULO III

## LAS CONTRIBUCIONES POSTERIORES

8. Consolidación de la doctrina . . . . .	328
9. Nuevas contribuciones de doctrina y de jurisprudencia . . . . .	330
10. La ley 10.793, de 25 de setiembre de 1946 . . . . .	332
11. Disposiciones del Proyecto de 1945 . . . . .	332

## CAPÍTULO IV

LAS SENTENCIAS DE MERA DECLARACIÓN Y LA PRESCRIPCIÓN  
ADQUISITIVA

	Pág.
12. Posesión y usucapión . . . . .	335
13. Carácter declarativo del proceso y de la sentencia . . . . .	337
14. Legislaciones especiales . . . . .	340
15. Legislación de los países latinos . . . . .	341
16. Carácter probatorio de la sentencia que declara la prescripción adquisitiva . . . . .	344

## CAPÍTULO V

PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN JUDICIAL  
DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

17. Competencia para conocer en el proceso . . . . .	346
18. Carácter personal de la demanda . . . . .	346
19. Determinación de la parte demandada . . . . .	349
20. El emplazamiento a la parte demandada . . . . .	350
21. Emplazamiento múltiple . . . . .	351
22. Diferencias con el sistema alemán . . . . .	351
23. Diferencias con el sistema brasileño . . . . .	354
24. La contestación de la demanda . . . . .	357
25. El allanamiento a la demanda . . . . .	357
26. La oposición a la demanda . . . . .	359
27. La actitud de expectativa . . . . .	359
28. Tramitación de la instancia . . . . .	360
29. La sentencia definitiva . . . . .	361
30. Parte dispositiva de la sentencia . . . . .	362
31. El pago de los gastos . . . . .	362
32. Carácter declarativo de la sentencia . . . . .	364

## CAPÍTULO VI

## EFICACIA DE LA SENTENCIA

33. Eficacia <i>erga omnes</i> del fallo . . . . .	368
34. La prevención del fraude . . . . .	371

	Pág.
35. Fraude y cosa juzgada . . . . .	373
36. Protección de los terceros de buena fe . . . . .	376
 <i>LA SENTENCIA DECLARATORIA DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EN EL DERECHO ARGENTINO, SU PROCEDENCIA. SUS EFECTOS "ERGA OMNES". ADICIÓN DEL PROF. ALBERTO G. SPOTA . . . . .</i>	
a) Procedencia de las acciones meramente declarativas . . . . .	379
b) La autoridad de <i>res judicata</i> y sus efectos con respecto a terceros de la sentencia declaratoria de la prescripción . . . . .	385
 <i>LA PRUEBA DE LA FILIACIÓN NATURAL EL PRECEPTO "NOMEN, TRACTATUS, FAMA" . . . . .</i>	
1. Una evolución de la jurisprudencia . . . . .	413
2. El texto legal . . . . .	415
3. Fuentes del texto . . . . .	416
4. Diferencia de las fuentes . . . . .	417
5. Origen del precepto . . . . .	418
6. Significación del apartamiento del Código francés . . . . .	419
7. Importancia de estos antecedentes . . . . .	421
8. Discusión de la ley de 1913 . . . . .	423
9. Conclusiones . . . . .	424
 <i>PROPIEDAD DE DOCUMENTOS PROBATORIOS. PRODUCCIÓN DE PRUEBAS PENALES EN JUICIO CIVIL . . . . .</i>	
1. El problema . . . . .	427
2. Prueba de oficio y prueba de partes . . . . .	428
3. Publicidad del proceso penal . . . . .	429
4. Disponibilidad de documentos en la instancia presumarial . . . . .	432
5. Conclusión . . . . .	433
 <i>ESCRITURACIÓN JUDICIAL DE PROPIEDADES SUCESORIAS . . . . .</i>	
1. El concepto de "sucesión" . . . . .	437
2. Sucesión y proceso . . . . .	438
3. Evolución legislativa . . . . .	439
4. Escrituración judicial de bienes sucesorios . . . . .	441
5. Alcance de este procedimiento . . . . .	443
6. Confrontación de la tesis . . . . .	445
7. Opiniones adversas y su refutación . . . . .	446