



Universidad Nacional de La Plata
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

DOCUMENTOS E INSTRUMENTOS

Por el Prof. Dr. Pablo Alejandro Carrica

Profesor Titular Ordinario de la Cátedra de Derecho Notarial y Registral 1.
Director y Profesor Titular Ordinario del Área Práctica Notarial y Registral.

La Plata, Septiembre de 2001

1. Concepto. Diferencias¹.

Muchos han sido los intentos realizados por los autores para llegar a establecer un concepto de documento aplicable a todos los supuestos y modalidades y con validez en todos los campos del Derecho, sin haberse arribado hasta nuestros días a una solución suficientemente acabada, omnicomprendiva y satisfactoria. Conscientes de la diversidad de criterios y teorías esbozados para definir el concepto de “documento” y distinguirlo del concepto de “instrumento”, y sin la pretensión de lograr con esta obra una posición única e indiscutida, creemos de gran utilidad comenzar estas reflexiones con una aproximación conceptual de ambos institutos.

Documento es todo objeto corporal, producto de la actividad humana, que a través de un determinado modo de impresión es capaz de representar de modo permanente un hecho no presente por razones de tiempo o de distancia. Para DEVIS ECHANDIA² documento es “toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible por los sentidos de la vista y del tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera”.

Instrumento es todo escrito firmado que exterioriza o manifiesta el pensamiento del autor. Se diferencia del documento en razón de su carácter escrito, calificativo que lo coloca en una categoría aparte dentro de un análisis estructural.

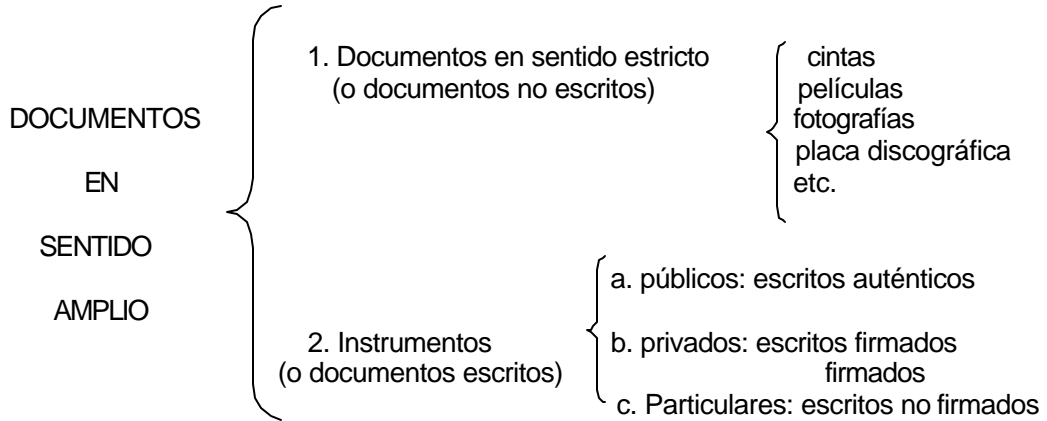
¹ CARRICA, Pablo Alejandro y otras: “Instrumentos públicos, privados y particulares”. En Revista Notarial nº 897, año 1988, p. 1-4.-

² DEVIS ECHANDIA, H.: Teoría general de la prueba judicial. T.2, Cap. 17, p. 486.-

Cátedra de Derecho Notarial y Registral. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. La plata, Septiembre de 2001.- 1

Podemos hablar así del documento en un doble sentido: en sentido estricto, como documento no escrito, que se diferencia del instrumento como documento escrito; en sentido amplio como comprensivo de ambas categorías.

Podríamos esquematizar lo antes expuesto de la manera siguiente.



NUÑEZ LAGOS³ expresa que en España el término “instrumento” se emplea en sentido técnico específico de documento público notarial ocasionando relaciones jurídicas de derecho privado; pero reconoce, además, distintas acepciones:

- como medio de prueba;
- como pertenencia de una obra;
- como cosa u objeto escrito;
- como continente de un negocio o acto jurídico.

En ese país “instrumento público” es sinónimo de “documento notarial”, y especie, a su vez, de “documento público”.

Con gran precisión sostiene CARNELUTTI que la distinción entre el documento público y el privado “se funda no tanto sobre la cualidad cuanto

sobre la posición del documentador respecto del documento mismo”⁴. Sólo cuando el documento se forma en el ejercicio de una actividad pública pertenece a la categoría de documento público. Es, por tanto, privado no sólo el documento cuyo autor no está investido de algún función pública o encargado de algún servicio público, sino también aquél que, no obstante ser autorizado por oficial público o encargado de servicio público, no está formado en el ejercicio de dicho oficio o servicio.

Util resulta, para arribar a conclusiones como las precedentes, pasar revista a las distintas corrientes y opiniones doctrinarias, y asimismo el análisis etimológico de los términos en cuestión, tarea que hemos realizado en otras oportunidades.⁵

Etimológicamente el término “documento” proviene del sustantivo latino “documentum”, derivado a su vez del verbo “doceo”, que quiere decir enseñar, anunciar, hacer saber. Comparte la misma raíz (“doc-”) con sus términos afines “doctrina”, que significa enseñanza, ciencia, y “doctor”, que significa sabio, hábil, maestro, el que es capaz de comunicar o transmitir lo que sabe.

Conforme con una investigación realizada por el profesor alemán Helmut ARNTZ⁶ sobre la derivación del vocablo “documento”, en la lengua indoeuropea -madre de la mayoría de las lenguas europeas actuales- existía la palabra “Dekos”, de frecuente utilización en el ámbito religioso, que significaba el gesto o actitud de las manos extendidas, ya sea para ofrecer o para recibir algo.

³ NUÑEZ LAGOS, Rafael: Los esquemas conceptuales del instrumento público. Edit. Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1967, p. 18.-

⁴ CARNELUTTI, Francisco: Sistema de Derecho Procesal Civil, Padua, 1936, p. 691.-

⁵ CARRICA, Pablo Alejandro y otras: “Instrumentos públicos, privados y particulares”, en Revista Notarial nº 897, año 1988, p. 491-195.-

⁶ ARNTZ, Helmut: Documentatio e documento, en “Nachrichten für dokumentation”, año 5, diciembre de 1954, nº 4.-

Señala PELOSI⁷ que el verbo griego “dékoma” y sus derivaciones “dókeimoi” y “dókéo”, tienen un significado originario casi idéntico a los vocablos latinos. Lo mismo sucede con el sustantivo “document” en el idioma inglés y en el francés, y “documento” en las lenguas italiana y portuguesa.

En un sentido amplio, el concepto de enseñar implica también el de mostrar, indicar; y éstos, a su vez, el de presentar, es decir, poner algo en presencia de una persona. Cuando esa presentación se produce a través de otra cosa, se produce la representación. De otro modo la figura, imagen o idea sustituye a la realidad⁸.

En este sentido afirma CARNELUTTI que “representación es la imagen de la realidad, la que se presenta al intelecto a través de los sentidos”; y, en consecuencia, documento es “una cosa que sirve para representar a otra”⁹.

Todo lo anteriormente expuesto significa -como nos dice GATTARI, citando a CARNELUTTI- “que cuando en derecho utilizamos el término “documento” entendemos que el documento enseña, muestra”¹⁰. Puede mostrar un hecho, un estado de las cosas, un contenido intelectual o pensamiento, o un contenido intencional o voluntad. De esta manera, puede dar a conocer tanto un hecho como un acto. Pero este concepto de documento se refiere al documento en sentido amplio. Algunos autores prefieren circunscribir este término al ámbito de los objetos que muestran o representan hechos, estados de cosas, utilizando para ello la expresión “documento en sentido estricto”, para dejar que el término “instrumento” abarque el ámbito de los actos humanos, de las declaraciones de voluntad, sean unilaterales o plurilaterales.

⁷ PELOSI, Carlos: El documento Notarial. Edit. Astrea, Bs. As., 1980, pp. 4-5.-

⁸ PELOSI, Carlos: El documento Notarial. Edit. Astrea, Bs. As., 1980, p. 6.-

⁹ CARNELUTTI, Francisco: obra citada, T. II, p. 435 y ss.-

¹⁰ GATTARI, Carlos Nicolás: “Documento administrativo e instrumento público”, en Revista del Notariado n° 775, enero - febrero 1981, p. 64.-

No obstante, esta diferenciación no es aceptada unánimemente en la doctrina, donde los criterios o pautas elegidos para definir y clasificar a documentos e instrumentos presentan una variedad tal que casi puede afirmarse con certeza que no hay autor que coincida plenamente con otro al respecto.

En este sentido, ciertos autores consideran que los documentos deben indefectiblemente ser cosas muebles, con el fin de poder ser llevados ante el juez para servir como prueba. Otros estiman que deben hacer referencia a actos humanos, excluyendo a los hechos de la naturaleza. Y otros los circunscriben aún más, al considerar que deben referirse a actos voluntarios, es decir, a actos realizados con intención, descartando todos aquellos supuestos en los que la documentación se ha realizado sin el concurso de la voluntad del hombre (como, por ejemplo, la impresión accidental del dedo de una mano, la grabación accidental en una cinta magnetofónica de una manifestación verbal de voluntad de una persona, etc.).

Según SCHULTZE¹¹ documento es un objeto que representa huellas de la actividad humana, dirigido a consignar una noticia. Considera que el presupuesto del documento es la escritura (como forma) y una declaración (como contenido), excluyendo en consecuencia ciertas representaciones gráficas no escritas, tales como pinturas, planos, dibujos y diseños.

Para GUIDI¹², documento es “un objeto corporal producto de la actividad humana de la cual conserva sus caracteres, y a través de la percepción de la grafía sobre él impresa, de la luz o del sonido que puede procurar, es capaz de representar de modo permanente a quien lo busca un hecho que está fuera de él”.

¹¹ Citado por Pablo GUIDI en Teoría Giuridica del documento, p. 25-

¹² GUIDI, Pablo: obra y lugar citados.-

Leonardo PIETRO CASTRO¹³ considera documento al “objeto o materia en que consta por escrito una expresión del pensamiento, y también el pensamiento expresado por escrito”.

GARCIA-BERNARDO LANDETA¹⁴ lo define como “cosa corporal y mueble que representa una o varias declaraciones de trascendencia jurídica, o cosa corporal y mueble que representa un hecho jurídico o alguno de sus elementos”.

Para GÓMEZ ORBANEJA¹⁵, documento es “toda incorporación o signo material de un pensamiento por signos escritos”, sean usuales o convencionales.

En un sentido más amplio, FAUSTO MORENO¹⁶ lo define como “toda escritura que incorpora, enseña, expresa, constata, publica, prueba declaraciones de voluntad positivas o negativas (de querer, saber o conocer, o bien de no saber, no querer o no conocer)”.

Con los elementos analizados hasta aquí podemos llegar a esbozar una definición del término “documento”, afirmando con DEVIS ECHANDIA¹⁷ que es “toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y del tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera”.

El documento puede ser declarativo-representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o sólo lo suscribe, o meramente representativo, cuando no contiene una declaración, como ocurre en los

¹³ PIETRO CASTRO, Leonardo: Derecho Procesal Civil, Revista del Derecho Privado. Madrid, 1964, T. I, p. 429.-

¹⁴ GARCIA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: Técnica jurídica y práctica notarial, p.5.-

¹⁵ GOMEZ ORBANEJA: Derecho Procesal Civil. 2da. Edición. Madrid, 1949, p.31.-

¹⁶ FAUSTO MORENO, D.: Voz “Documentos” en Nueva Enciclopedia Jurídica. Edit. Seiz, Barcelona, 1955, T. VII, p. 674.-

¹⁷ DEVIS ECHANDIA, H.: Teoría General de la prueba judicial. T.2, Cap. 17, p. 486.-

planos, cuadros y fotografías. A pesar de la aparente incompatibilidad que presentan los términos “declarativo” y “representativo” cuando califican a un mismo documento, no hay razón válida para pensar que este último no pueda desempeñar simultáneamente ambas funciones. Es declarativo porque contiene una manifestación de voluntad o ciencia, y es representativo porque “re-presenta”, es decir, vuelve a presentar el momento histórico en el que tuvo lugar tal declaración. Tal por ejemplo el caso de la escritura pública, que es declarativa porque es el medio de manifestación de voluntad de los otorgantes, y representativa en cuanto indica en qué momento y en qué lugar tiene lugar esa declaración de voluntad.

Otro tema que ha dado lugar a posiciones encontradas en la doctrina es el de la necesidad de la confluencia en un mismo tiempo del documento y del hecho documentado. Al respecto existen dos tendencias opuestas: una exige que el documento sea creado en presencia del hecho que va a re-presentar, siendo CARNELUTTI su defensor más acérrimo; la otra sostiene la irrelevancia de la simultaneidad de ambos elementos, indicando como ejemplo el supuesto de un contrato que sea documentado con posterioridad a su celebración, en el caso en que el documento no es requisito para su existencia jurídica.

Existe, por otra parte, una tendencia muy generalizada a identificar los conceptos de documento e instrumento o escrito, como consecuencia de que el Código Civil de Napoleón y aquéllos que lo tomaron como fuente, hacen referencia sólo a los instrumentos o escritos, clasificándolos en públicos y privados. No obstante, tal identificación - a pesar de su carácter legal - es completamente errónea. Hay documentos que no son escritos, tales como dibujos, cuadros, fotografías, películas, cintas magnetofónicas, los que son aceptados casi sin discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, aunque sólo en lo referente a la prueba.

Analicemos ahora al instrumento. El término “instrumento” posee dos antecedentes etimológicos, derivados de su raíz latina “instruo-”: a) “in”, preposición locativa que indica una situación física “en”; y b) “-struo”, verbo que significa reunir, juntar, levantar, erigir, fundar. Así se nos aparece el instrumento como un objeto por el cual se levantan, construyen, edifican o erigen hechos con relevancia jurídica y derechos.

Es aquí donde aparece la voluntad, la que nos es mostrada por el instrumento que nos lleva desde el interior psicológico de la persona hasta el exterior palpable. De esta manera, el documento reviste -tal como lo analizaremos más en profundidad más adelante- el valor “forma” del acto jurídico, de gran relevancia en el mundo del Derecho.

El instrumento es un objeto que tiene la virtud de mostrarnos la intención de una persona, pero no en su dimensión psicológica, en el fuero íntimo del yo, sino en su dimensión psicológica, en el fuero íntimo del yo, sino en su dimensión exterior o exteriorizada, dimensión a la que el orden normativo le atribuye efectos jurídicos. Y tales efectos jurídicos no serán ni más ni menos que crear obligaciones (sean de dar, de hacer o de no hacer), modificarles, transmitirlos o extinguirlos; constituir, modificar, transmitir o extinguir derechos reales; crear o extinguir relaciones personales de carácter extrapatrimonial (como las relaciones de familia en su faz pura).

2. El documento en la Historia.

Afirma MUSTAPICH¹⁸ que “la infancia jurídica de los pueblos encuentra en el formalismo sacramental, el medio rígido de establecer sus relaciones jurídicas, en que la intervención del pueblo es relevante en los primeros tiempos, para simbolizarse luego en forma de la asistencia testimonial... La

adopción de la forma escrita, del auge del documento en el establecimiento de las relaciones jurídicas, posibilita la aparición del personaje técnico encargado de su redacción y preparación, y su constante evolución hasta llegar a la cumbre actual de la institución notarial: un funcionario público encargado expresamente de la autenticidad jurídica... Esa correlación entre documento y notario encuéntrase en la historia de todos los pueblos”.

Es así que con toda razón ha expresado NUÑEZ LAGOS¹⁹ que: “En el principio fue el documento... El documento creó al notario, aunque hoy el notario haga al documento”.

Analizaremos brevemente la aparición y evolución del documento en los pueblos de la Antigüedad.

2.1. *Derecho asirio -babilónico*²⁰.

Los núcleos culturales asentados en la Mesopotamia constituyeron civilizaciones adelantadas, en las que el empleo de la escritura fue fiel trasunto de ellas.

Babilonia comienza su período antiguo con documentos que se remontan al año 3000 antes de Cristo, distinguiéndose dos épocas: la anterior a Hammurabi, en la que existen fuentes jurídicas y un conjunto de siete tablas que contienen una colección de frases sumerias relativas a aspectos jurídicos y leyes; y la época de Hammurabi, en la que se encuentran numerosos documentos jurídicos, entre los cuales se destaca el Código de Hammurabi, de doscientos ochenta artículos, del año 1914 antes de Jesucristo.

¹⁸ MUSTAPICH, José María: Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial. T. II., Cap. I, pp. 10-11.-

¹⁹ NUÑEZ LAGOS, Rafael: Hechos y derechos en el documento público, p. 3.-

²⁰ MUSTAPICH, José María: obra citada, T. II, cap. I, pp. 12-13/15-16.-

El período babilónico medio se caracteriza por una decadencia cultural y jurídica que se había iniciado en el periodo anterior, siendo muy escasos los documentos de esta época. Sólo se sabe que el rey Kashtiliasu I (1711-1690 a.C.) llevó a cabo una reforma del derecho de contratación.

El tercer período comprende una época prehelenica, con dos etapas: una de dominación caldea (625 - 539) y otra de dominación persa (539 - 331). En este período abundan los documentos, hasta los siglos II y I a.C.

Durante el dominio de Alejandro Magno y sus sucesores, el contenido y los tipos de los negocios jurídicos son los mismos que en las etapas anteriores. La misma fidelidad de la tradición babilónica nos ofrecen los documentos de los siglos II y I a.C., y que en parte corresponden al reinado de Mitrídates II, el Grande. Estos documentos son los más recientes, siendo los del año 98 a.C. los últimos que se poseen en escritura cuneiforme.

En el derecho asirio también encontramos tres etapas: a) en el período asirio antiguo, que se inicia en el año 2200 a.C., sólo se tienen conocimientos de escasos documentos capadocios. b) En el período medio (1450 - 1300) se aprecian en cambio numerosos documentos, entre los que se destacan una serie de tablillas con informes redactados en idioma y escritura faraónica, y el Código de Hetita. c) El período nuevo (750 - 610 a.C.), en que desaparece el Imperio Asirio en manos de los persas, ofrece gran importancia para el derecho privado y muestra la influencia asiria en la evolución jurídica de Babilonia.

Los arameos introducen el pergamino y el papiro, que comienzan a hallarse a partir del siglo VIII a.C. en Asiria; mientras tanto en Babilonia las tablillas de barro son superadas por los escritos en pergaminos y papiros, al igual que en Asiria.

2.2. Derecho griego.

Según nos dice MUSTAPICH²¹ el derecho griego apenas cuenta como fuentes con los informes de los oradores atenienses (de Isco y de Hypérides), inscripciones de leyes y negocios jurídicos, y algunos papiros.

Afirma ALVAREZ SUAREZ²² que “Así como el barro y la arcilla del Eufrates y el Tigris crearon las tablillas en la escritura cuneiforme, las arenas del Nilo han hecho posible la conservación hasta nuestros días, de infinidad de papiros jurídicos”.

Los documentos públicos griegos surgieron con la creación de los Ptolomeos (265 a.C.), funcionarios con facultades notariales que escribían los negocios jurídicos en un documento doble con portada y contenido, con la sola firma de aquéllos.

Los documentos privados antiguos ofrecen tres tipos: a) el singrafilax, que era un documento doble, redactado en estilo objetivo y con la presencia de testigos; b) el quirógrafo, que era un documento en forma de carta; y c) la instancia o solicitud, que era un documento dirigido a un magistrado.

Las investigaciones realizadas han mostrado al singrafa como un contrato escrito, firmado, sellado por las partes contratantes. Algunos autores que han estudiado este documento sostienen que era un documento público, porque a él concurrían numerosos testigos y llevaba consigo carácter ejecutivo. Otros consideran que era un simple documento probatorio.

2.3. Derecho egipcio.²³

²¹ MUSTAPICH, José María: obra citada, p. 13.-

²² ALVAREZ SUAREZ, Ursicino: “Los orígenes de la contratación escrita”, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. IV, 1948, p. 48.-

²³ MUSTAPICH, José María: obra citada, T. II, Cap. I, 13-14/17-19.-

Durante la dominación griega (332 a. c.), que sustituye a la persa (525-332 a.C.), la población se divide en dos grupos: la griega y la egipcia. Los egipcios continúan aplicando su derecho indígena, según contratando ante sus notarios y redactando sus negocios jurídicos según sus normas.

Los rasgos esenciales de los documentos egipcios con los siguientes: introducción, fecha, nombres de los otorgantes, texto, nombre de los escribanos, lista de testigos en el anverso.

Como una influencia del derecho griego en Egipto se aprecia la existencia del documento doble, que consiste en un escrito interior, enrollado y sellado, y otro exterior que ejercieron el derecho griego y el egipcio llegó a tal extremo que los egipcios frecuentemente ante los notarios griegos.

2. 4. *Derecho Romano.*²⁴

El derecho romano privado continúa siendo la sangre más noble de la evaluación jurídica de la antigüedad. Su sistema contractual se regía por dos principios fundamentales: el formalismo y la oralidad.

Los dos pilares centrales de los actos jurídicos romanos eran la *mancipatio*, como prototipo de los modos de adquirir la propiedad *quirintaria*, y la *stipulatio*, arquetipo para la constitución de obligaciones civiles. Junto a estas instituciones típicas de los derechos civiles romanos, el derecho de gentes fue introduciendo nuevos tipos de negocios, exentos de formalidades.

²⁴ MUSTAPICH, José María: obra citada, T. II., Cap. I, pp. 14 / 19-21.-

La escritura desempeñó en Roma un papel modesto; no existe indicio alguno de que en el período clásico jugara otra función que la meramente probatoria, nunca dispositiva.

Junto con la morigeración del antiguo formalismo por obra de los pretores, se produce una evolución hacia las formas escritas. El documento va cobrando poco a poco valor constitutivo, y desplaza en consecuencia a la prueba testifical.

En las compilaciones de Justiniano aparece ya la stipulatio como acto escrito sin exigencia formal alguna. La Constitución de Justiniano del año 521 establece el valor del documento como medio de crear obligaciones.

Los documentos romanos son hasta el siglo III d.C. todos privados; a partir de entonces se comienzan a otorgar documentos judiciales en forma de declaración apud-acta ante funcionarios sin competencia notarial determinada. En la práctica el instrumento privado se redacta por un profesional sin función oficial alguna: el tabellio.

3. El documento como cosa.

Todo documento aparece prima facie ante nuestros sentidos como una "cosa". Sin embargo no es solamente una cosa, ni tampoco ello es lo más importante. Como dice RODRÍGUEZ ADRADOS, "Su simple contemplación nos indica ya que la cosa in rerum natura, a fin de que pueda haber llegado a ser documento, ha debido incorporársele, por el trabajo del hombre una grafía."

25

²⁵ RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: "Naturaleza Jurídica del Documento auténtico notarial", en Revista Notarial N° 786, año 1969, p. 1718.-

Cátedra de Derecho Notarial y Registral. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. La Plata, Septiembre de 2001.-

Al hacer un análisis del documento, es necesario detenerse en algunos puntos, bien por radicar en ellos, para algunos autores, la naturaleza misma del documento, o por implicar concepciones que analizaremos más adelante: teorías del documento como cosa mueble y de la grafía como escritura, y consideración del documento como opus.

3. 1. *El documento como cosa mueble.*²⁶

La consideración del documento como cosa llega necesariamente a procurar encuadrarlo dentro de las diversas categorías que al respecto distingue nuestro derecho civil.

La incorporación de la grafía en la materia ha producido diversas dudas acerca de si seguirá tratando de una cosa corporal o habrá pasado a ser una cosa incorporeal. Por otra parte se ha discutido en doctrina si el documento es una cosa independiente y principal, o una cosa accesorial del derecho que representa. Pero todas estas cuestiones, a pesar de ser interesantes, no afectan la naturaleza del documento, razón por la cual escapan al presente análisis.

Nos detendremos en la clasificación de las cosas en mueble e inmuebles, no porque haya duda de que el documento es principalmente mueble, sino porque la doctrina española ha basado en tal carácter su naturaleza misma. En este sentido, Jaime GUASP²⁷ observa “que los preceptos sobre la prueba documental son aplicables a toda clase de objetos que tengan... una función probatoria, con una sola limitación: la de que estos objetos sean, por su índole, susceptibles a ser llevados ante la presencia judicial”, por lo que “documento es... cualquier objeto mueble que dentro del proceso puede ser utilizado como prueba”. Los medios de prueba se dividen

²⁶ RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: obra citada, pp. 1718-1720.-

²⁷ GUASP, Jaime: Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil. T. II. Vol. I. 2da parte. Aguilar, Madrid, 1947, pp. 529-530.-

así en documentos y monumentos, según tengan procesalmente carácter mobiliario o inmobiliario.

El hecho de que GUASP presente explícitamente su teoría como un “concepto procesal del documento”, nos libera de realizar un análisis detenido de su tesis desde el punto de vista del derecho civil y el derecho notarial, en los que, por lo demás, sería completamente inaceptable: todos los documentos notariales, y casi todos los documentos civiles son, efectivamente, cosas muebles. Pero esta naturaleza mobiliaria no basta para tipificarla, ya que hay muchas cosas muebles que no son, ni pueden nunca llegar a ser documentos. El documento es, siempre, una cosa mueble en el derecho notarial, pero una cosa mueble de una naturaleza especial que hay que precisar.

*3. 2. La grafía como escritura.*²⁸

Como lo que distingue principalmente al documento de las demás cosas es la grafía que en sí lleva, cierto sector de la doctrina intentó aclarar la naturaleza del documento basándose en la forma o manera de ser especial de esa grafía que, tradicionalmente, ha sido siempre la escritura.

La legislación, la doctrina y la jurisprudencia antiguas, tanto en nuestro país como en el derecho comparado, consideraban exclusivamente como documento al “escrito”, si bien entendían la escritura con la suficiente amplitud para comprender junta a la escritura alfabética, los casos excepcionales de escritura convencional representado por caracteres gráficos tales como grabados pinturas, etc.

La consideración de la grafía como escritura ha cobrado, sin embargo, especial interés y actualidad, como consecuencia de los nuevos

²⁸ RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: obra citada, pp. 1720-1723.-

procedimientos de reproducción mecánica que la técnica ha difundido. El código civil italiano trata a estas reproducciones mecánicas como documentos, el regularlas en el art. 2712, dentro del capítulo de la prueba documental, junto a los documentos escritos. Nos dice RODRÍGUEZ ADRADOS que de este modo se ha receptado la doctrina dominante en ese país, que no sólo venía afirmando la naturaleza documental de las reproducciones mecánicas: sino que, al intentar construir un documento que las comprendiera, ha trazado una concepción nueva, sacrificando así a los tradicionales documentos escritos, aunque por su número y calidad siguen siendo prácticamente los únicos y verdaderos documentos.

En la doctrina notarial española predomina, con mayor o menor rigor, la tesis contraria a la naturaleza documental de las reproducciones mecánicas. GONZÁLEZ PALOMINO²⁹ les niega la denominación de documentos, y la denominada 'documentales'. En este sentido afirma: 'Aquí se nos pone de relieve una peculiaridad irreducible que impide la equiparación jurídica de documentos y documentales, aunque lo esencial de ambos fueran la virtud representativa. La fuerza probatoria del documento consiste en su imputabilidad a un autor, y en la consiguiente responsabilidad... La fuerza probatoria de los documentales...depende de la exacta correspondencia de lo producido y lo reproducido, que, a su vez, depende de la calidad del aparato y de la habilidad del artista...De manera que en los documentales la imputabilidad a un autor: el reconocimiento, demostrará la autenticidad...del autor, pero de ninguna manera la correspondencia de lo producido con lo reproducido, que era lo que se quería demostrar, porque tal correspondencia no depende de la voluntad del autor ni de la del aparato, sino de la realidad, exterior al autor y al aparato'.

²⁹ GONZALEZ PALOMINO, José: "Negocio Jurídico y documento". Conferencia leída en el ilustre Colegio Notarial de Valencia al 3 de junio de 1950.- Valencia, 1931.-

Cátedra de Derecho Notarial y Registral. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad 16 Nacional de La Plata. La plata, Septiembre de 2001.-

NUÑEZ LAGOS³⁰ sostiene una posición negativa pero más moderada: “La grafía, para que tenga carácter documental, ha de reunir las siguientes notas: primera, visibilidad. Ha de ser perceptible por la vista. El disco fonográfico y la escritura Braille quedan excluidos. Son medios de comunicación de pensamiento; pero en ellos es muy difícil la reconocibilidad evidente de su autor. Todavía no se ha encontrado un equivalente funcional de la firma en uno u otro sistema. Segunda: expresividad del pensamiento humano...Tercera: reconocibilidad subjetiva y objetiva...La grafía ...puede ser escritura u otras formas gráficas, fotográficas, dibujos, planos, etc., siempre que reúnan los demás requisitos exigidos al documento”.

RODRÍGUEZ ADRADOS nos dice: “...la tradición jurídica nos ha legado una serie de variedades documentales unidas por la nota esencial de constituir la expresión, mediante una grafía, del pensamiento de un hombre, su autor; no es posible limitar en principio a la escritura esa grafía, puesto que la técnica ha desarrollado o puede desarrollar, en lo futuro, otros procedimientos de expresión del pensamiento; esto es, aunque se piense, como nosotros pensamos, que la grafía documental es siempre, en nuestros días, una grafía escrita, de manera alguna queda con ello explicada la naturaleza del documento, ya que ni siquiera es esencial a la grafía su materia o corporalidad, escrita o no, sino su función dinámica docente desde el punto de vista del autor (expresividad) y del destinatario (receptividad o reconocibilidad) con lo que mucho menos esa corporalidad de la grafía será esencial al documento. Las técnicas distintas inventadas o por inventar no pueden quedar, por tanto, automáticamente excluidas del concepto del documento, ya que la naturaleza de éste no viene dada por la forma de la grafía, sino que su sujeto (autor) y por su contenido (expresión de pensamiento del autor)”.

Consecuentemente, no corresponde construir un concepto unitario de documento para comprender a la tradicional escritura y a los nuevos

³⁰ NUÑEZ LAGOS, Rafael: “Concepto y clases de documentos”, en Revista de Derecho Notarial N° XVI, abril-junio 1957. P.21.-

procedimientos mecánicos ajenos a aquellas notas esenciales, sin correr el riesgo de que los documentos escritos queden sin explicación, o sean entendidos para caracteres que les son secundarios.

3. 3. *La incorporación de la grafía como "opus"*.³¹

Nos dice RODRÍGUEZ ADRADOS: "La corporalidad del documento se consigue mediante la incorporación de una grafía a la materia documental, lo que al ser evidente, resultado de una actividad humana, puede calificarse de obra del hombre, de opus". Para este autor esto es totalmente irrelevante para la teoría del documento, pues afecta al hecho material de su elaboración, no a su creación como hecho jurídico.

CARNELUTTI³² y GUIDI³³, desenfocando esa realidad y queriéndola dotar de trascendencia jurídica, califica de opus al documento mismo, y no ya a la mera incorporación de la grafía. Pero el documento en sí mismo no es un opus; el trabajo que el hombre ejercita sobre la cosa para incorporarla a la grafía, no es documental, sino pre-documental; pertenece a la etapa de preparación, no a la propiamente documental - sigue diciendo RODRÍGUEZ ADRADOS -; baste para demostrarlo el hecho de que cuando esa actividad ha terminado y el corpus del documento - materia y grafía ínsita en ella - está completo, todavía no existe un documento, sino solamente un proyecto de documento que llegará o no a ser documento según que sea o no asumido por alguien como autor.

La consecuencia que quiere extraerse de esa consideración del documento como opus es que todos los documentos son artificiales, obra del trabajo del hombre, sin que existan documentos naturales. Esta afirmación es

³¹ RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: obra citada, pp. 1726-1927.-

³² CARNELUTTI, Francisco: obra citada, T. I, p. 691.-

³³ GUIDI, Pablo: obra citada, pp. 36-37 y 62-63.-

cierta, al menos para aquellos autores que entienden que todo documento debe ser creado por el hombre y descartan los creados por la naturaleza, pero no ya porque el documento sea un opus, sino por algo mucho más importante que la teoría tradicional puso de manifiesto: el documento es la expresión de un pensamiento o de una voluntad humana, lo que hace imposible la existencia del documento sin la del hombre que es su autor.

Esta concepción proyecta sus errores en la teoría de la autoría del documento, llegando así a confundir al autor material del documento, al amanuense con el autor jurídico, aquél a quien se le atribuye la declaración de voluntad o el pensamiento. La teoría del documento como opus puede llevar a concepciones erróneas sobre el concepto de autor, que para el documento un elemento fundacional. El documento existe sólo desde el momento en que una persona asume como propio el proyecto de documento, haciéndose así su autor y convirtiendo al mismo tiempo y por el mismo acto en documento lo que hasta entonces solo era una minuta o borrador.

El mismo CARNELUTTI³⁴ parece reconocer esta verdad cuando afirma que “por formación del documento no entiendo tanto el acto material cuanto el acto jurídico de su formación”, puesto que ese acto jurídico de la formación del documento no es un trabajo, sino una declaración de voluntad de asumir la paternidad del documento, de considerar como propio su contenido de pensamiento.

4. La teoría estructural del documento.

³⁴ CARNELUTTI, Francisco: La Prueba Civil. 2da. edición. Roma, 1947, p. 190.-

Acerca de la estructura del documento sean tomado en doctrina diversas direcciones, cada una con su originalidad y matices, siendo las más importantes las siguientes:

*4.1. Teoría de la expresión.*³⁵

Tradicionalmente la doctrina ha venido considerando al documento como la expresión de un pensamiento humano, el pensamiento de su autor. El contenido de su documento no puede en ella ser un hecho distinto, porque, en tal caso, lo que el documento directamente contendría sería el pensamiento del autor acerca de ese hecho, con lo que éste sería contenido del pensamiento y no contenido del documento, al menos que indirectamente quisiese considerárselo como tal.

Entre esos posibles contenidos del documento siempre se consideraron de especial relevancia, por sus consecuencias jurídicas, los consistentes en una declaración, sea de ciencia o verdad, o sea, sobre todo, de voluntad.

*4.2. Teoría de la representación*³⁶

Frente a esta concepción tradicional, buena parte de la doctrina piensa que el contenido del documento no es la expresión misma del pensamiento del hombre, sino su representación.

Esta teoría ha sido formulada originalmente por CARNELUTTI, quien, con evoluciones dentro de la misma dirección, la ha mantenido y difundido en

³⁵ RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: obra citada, pp.1731-1732.-

sus numerosas obras, logrando casi hacerla la opinión unánime en Italia, no sólo entre los procesalistas sino también entre los civilistas y los notarialistas. Este autor expresa: “La representación es un subrogado de la percepción en el sentido en el que despierta la idea de un hecho mediante la percepción de otro hecho, que constituye precisamente su equivalente sensible. El mecanismo de la representación está en la sustitución de un hecho por otro como objeto de percepción para la determinación de la misma idea. La representación supone, pues, dos hechos: El hecho representativo, que es el hecho subrogante, y el hecho representado, que es el hecho subrogado. En otros términos, en el concepto de representación está ínsito el presupuesto de la diversidad o separación entre el hecho percibido y el hecho ideado; si la idea determinada de quien lo percibe es sólo la idea del hecho percibido, éste no es un hecho representativo. La aptitud del hecho percibido para determinar la idea de un hecho diverso, esto es, para subrogar a este último como fuente de la idea constituye su capacidad representativa”.³⁷

Para que la representación exista son necesarios dos hechos: el hecho representativo y el hecho representado. El que un hecho sea o no representativo depende de la estructura o de la constitución del mismo. En consecuencia, para esta teoría, la diversidad entre el hecho representativo y el hecho representado consiste sólo en la separación de su existencia concreta, en que el hecho representado no exista en el mismo lugar y en el mismo tiempo en que existe el hecho representativo, o, mejor dicho, es suficiente la separación (diversidad) entre los dos hechos, pues ni siquiera es necesaria la existencia real del hecho representado, como lo demuestra el caso de la falsedad.

Con esta teoría, el hecho documentado se distancia del documento, ya que no puede decirse que es su contenido. Como dice GUIDI³⁸ “el verdadero

³⁶ RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: obra citada, pp. 1732-1741.-

³⁷ CARNELUTTI, Francisco: Sistema de Derecho Procesal Civil. 1936. T. I., p. 123.-

³⁸ GUIDI, Pablo: obra citada, p. 80.-

contenido del documento es el hecho representativo, mientras que el hecho representado es solamente su contenido indirecto o mediato”.

Para CARRARO³⁹ “el contenido del documento es no tanto el hecho (objeto de la representación) cuanto la representación del hecho,... entendiendo naturalmente por representación no aquel complejo de signos, que más bien son el medio con el cual se opera la representación, sino la idea que aquellos signos hacen surgir en quien los interpreta”.

Y COUTURE va más lejos aún, cuando al referirse a la escritura pública como documento expresa: “la escritura, en sí misma es la representación de una representación: la representación a cargo del escribano de la representación a cargo de las partes de sus recíprocos estados de voluntad. Es una representación de ciencia (lo que el escribano oye), de una representación de voluntad (lo que las partes quieren)”.⁴⁰

³⁹ CARRARO, Luis: El derecho sobre el documento. Padua, 1941, p.11.-

⁴⁰ COUTURE, Eduardo J. “El concepto de fe pública”, en Introducción al estudio del derecho notarial. Montevideo, 1947, p.5.-

BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ SUAREZ, Ursicino: "Los orígenes de la contratación escrita", en Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. IV, 1948.-

CARNELUTTI, Francisco: Sistema de Derecho Procesal Civil, Padua, 1936.

CARNELUTTI, Francisco: La prueba civil, 2da edición, Roma, 1947.-

CARRARO, Luis: El derecho sobre el documento. Padua, 194.-

CARRICA, Pablo Alejandro y otras: "Instrumentos públicos, privados y particulares", en Revista Notarial nº 897, año 1988, p. 491.

COUTURE, Eduardo J.: El concepto de fe pública, en separata de "Revista del Notariado", nº 646.

DEVIS ECHANDIA, H.: Teoría general de la prueba judicial. T. 2.

FAUSTO MORENO, D.: Voz "Documentos" en Nueva Enciclopedia Jurídica. Edit. Seiz, Barcelona, 1955, T. VII.-

GARCIA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: Técnica jurídica y práctica notarial.

GATTARI, Carlos Nicolás: "Documento administrativo e instrumento público", en Revista del Notariado nº 775, año 1981.-

GONZALEZ PALOMINO, José: "Negocio Jurídico y documento". Conferencia leída en el ilustre Colegio Notarial de Valencia al 3 de junio de 1950.- Valencia, 1931.-

GOMEZ ORBANEJA: Derecho Procesal Civil. 2da. Edición. Madrid, 1949.-

GUASP, Jaime: Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil. T. II. Vol. I. 2da parte. Edit. Aguilar, Madrid, 1947.-

MUSTAPICH, José María: Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial. T. II., Cap. I.-

NUÑEZ LAGOS, Rafael: Los esquemas conceptuales del instrumento público. Edit. Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1967.-

NUÑEZ LAGOS, Rafael: Hechos y derechos en el documento público. Edit. UNA, La Plata, 1969, p. 26-30.-

NUÑEZ LAGOS, Rafael: "Concepto y clases de documentos", en Revista de Derecho Notarial N° XVI, abril-junio 1957, p. 21.-

PELOSI, Carlos A.: El documento notarial, Edit. Astrea, Bs. As., 1980, n° 34.-

PIETRO CASTRO, Leonardo: Derecho Procesal Civil, Revista del Derecho Privado. Madrid, 1964, T. I.-

RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial. Edit. UNA, La Plata, 1969.-