

## BIBLIOGRAFIA

- 1 AROCENA, LUIS "Estudio Preliminar a la Edición de El Príncipe". Edición de la Universidad de Puerto Rico. Revista de Occidente. Madrid. 1954.
- 2 CHEVALIER, J. J. "Los grandes textos políticos". Editorial Aguilar. Sexta Edición. Madrid. 1967.
- 3 FAIT, CARLOS, "Historia del Pensamiento Político". Renacimiento. Editorial Bibliográfica Argentina. Primera Edición. Buenos Aires. 1966.
- 4 FORMOSO, MANUEL "Maquiavelo Patriota". Edición de la Universidad de Costa Rica. Revista de Ciencias Sociales N° 7. San José de Costa Rica. 1973.
- 5 HELLER Herman "Teoría del Estado". Fondo de Cultura Económica. Sexta reimpresión. México. 1971.
- 6 KARPINSKY, ROSE MARIE "La concepción cíclicopragmática de la historia en Nicolás Maquiavelo". Edición de la Universidad de Costa Rica. Revista de Ciencias Jurídicas. San José de Costa Rica. 1970. Revista N° 16.
- 7 MAQUIAVELO, NICOLAS "Obras Políticas". Editorial El Ateneo. Segunda Edición. Buenos Aires. 1957.
- 8 ROUSSEAU, J. J. "El Contrato Social". Editorial Aguilar. Primera Edición. Madrid. 1970.
- 9 SABINE, GEORGE "Historia de la Teoría Política" Fondo de Cultura Económica. Quinta reimpresión. México. 1972.

## REFLEXION SOBRE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO CIVIL DE COSTA RICA

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*

SUMARIO: I. Proemio.— II. Introducción.— III. El Documento: A) Preliminares; B) Hacia una definición de documentos; C) Corrientes en la concepción del documento; D) Nuestra postura; E) Enfoque del documento de acuerdo a su estructura y a su función; F) Clasificación del documento; G) El documento como prueba legal y como prueba preconstituida.— IV. Prueba por documentos públicos: A) Preliminares; B) Definición; C) Fuerza probatoria; D) Procedimiento probatorio.— V. Prueba por documentos privados: A) Preliminares; B) Definición; C) Fuerza probatoria; D) Procedimiento probatorio.— VI. Prueba por documentos semipúblicos, libros de los comerciantes: A) Preliminares; B) Definición; C) Fuerza probatoria; D) Procedimiento probatorio.— VII. Conclusión general.— (\*)

\* En este mismo número de la Revista se publica el estudio del Dr. Rubén Hernández sobre "La garantía de la inviolabilidad de los documentos privados en Costa Rica" que analiza aspectos relevantes de la teoría del documento.



## I PROEMIO

Este artículo es un resumen de la monografía doctoral que elaboramos bajo la dirección y tutoría del Dr. Leonardo Prieto-Castro y Ferrandiz, Catedrático de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, durante los años de 1971 a 1973, durante los cuales efectuamos nuestros estudios de especialización en la citada área jurídica. Deseamos hacer patente nuestro agradecimiento a los Catedráticos Prieto-Castro, Jaime Gussq Delgado, José Almagro Nosete y Jesús González Pérez por sus consejos, orientaciones y ayuda intelectual y moral que nos dieron para la terminación de nuestros afanes procesalistas. Se hace extensivo este agradecimiento al Dr. Rafael Núñez Lagos, Notario de Madrid y Catedrático de la mencionada institución de enseñanza superior.

Asimismo, cabe resaltar (sirviendo este trabajo como un simbólico acto de reconocimiento a los docentes españoles) el meritorio esfuerzo y valiosa contribución al Derecho Procesal Civil, que los profesores de esta materia han realizado en España en el sentido de llevar a cabo la importante tarea de "Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil"; nombre con que la Editorial Tecnos, de Madrid, ha publicado, en dos tomos, en 1974, los estudios de los procesalistas ibéricos tendientes a modernizar la legislación procedimental en ese país.

En este momento estamos trabajando en la preparación de este estudio para su publicación como libro. En esta tarea contamos con la colaboración de nuestros estimables colegas y amigos los Profesores Antonio Rojas, Miguel Blanco, Olman Arguedas y Mario Ramírez. Gracias al estímulo de nuestros maestros españoles, de grato recuerdo, y al de nuestros compatriotas, esta difícil, lenta, ardua y penosa labor de preparar una obra para su edición final como *scripti majori*, se convierte en una aventura interesante y retadora en un medio como

el nuestro en el que editar un libro es todo una heroicidad dadas las dificultades institucionales y de mercado con que tropieza aquel sujeto que hace de la investigación su norte existencial. Tenemos esperanza y fe en que dentro de pocos meses la imprenta dará como fruto nuestro estudio.

Este resumen, confeccionado originalmente para el lector de España, se publicó en el *Anuario de Derecho Civil* de 1975 editado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídico con sede en Madrid, ocupando las páginas 683 a 736. Ahora se imprime aquí, con las adaptaciones y modificaciones respectivas y comprensivas, en parte debido a que el citado *Anuario* no circula en nuestro medio ambiente jurídico.

## II

### INTRODUCCION

En el mundo actual en que vivimos, en el que la cibernética, los transistores y, en general, el avance de la ciencia y de la técnica, le dan nuevos giros y rumbos al Derecho (además, y por supuesto, de las otras ramas del conocimiento científico y de la vida real global), la materia probatoria parece como si permaneciera estática frente a la velocidad de los cambios que se suceden en la sociedad. Este breve ensayo que hemos escrito refleja, en buena medida ese relativo carácter estático del campo de la prueba.

El intento que hemos realizado está orientado a constituir un aporte más, entre muchos otros, de suyo importante a la teoría del documento y al campo de la prueba documental.

El sistema legal de Costa Rica, como los jueces —en sentido genérico: el que administra el Derecho y resuelve los conflictos que se le presentan al Poder Jurisdiccional—, es conservador y sumamente tradicionalista. Indagar las causas de esta situación merece un estudio propio y aparte. Amén, de que hacerlo está más que justificado.

Actualmente, el documento merece un tratamiento moderno y mucho más amplio del que clásicamente ha sufrido. Esperamos que este trabajo tienda a dejar claro esto.

Asimismo, este breve estudio se publica en momentos que se podrían calificar de oportunos, ya que se encuentra laborando una comisión de juristas nacionales en la crucial labor de confeccionar una especie de "ley de bases" que serviría de marco y de punto de arranque para la elaboración de un nuevo cuerpo de leyes procedimentales, lo cual es de suma urgencia y utilidad para el país.

## III

### EL DOCUMENTO

#### A) PRELIMINARES.

\* En este ensayo se intentará realizar un acercamiento al documento, con el fin de dejar sentada la base conceptual de la cual partiremos en el estudio que nos hemos propuesto.

Dentro de la materia probatoria, el documento juega un papel importante ya que permite llegar a determinadas convicciones, que el juez calificará con respecto a la futura sentencia que habrá de dictar. Ese ámbito definitorio en el que se mueve el documento, desde su mera determinación como grafía incorporada al papel hasta la problemática de los medios mecánicos de prueba, hace ver cómo y de qué manera el derecho documentario se encuentra en un momento interesante de su evolución, en virtud esencialmente de la cibernética.

Por el momento, el derecho costarricense acepta la tesis tradicional del documento como escrito, como simple grafía puesta sobre un trozo de papel. Es esta la definición clásica de documento. Como veremos, la fotocopia, se hace jugar para los efectos del proceso, de acuerdo a los requisitos legales correspondientes. Ello no invalida, sino que confirma la tesis tradicional apuntada. Ahora bien, si se plantea la temática de extender este concepto clásico de documento para englobar los citados medios mecánicos: ¿se está distorsionando el concepto mismo de documento? ¿Desde qué punto de vista se podría afirmar tal distorsión? ¿Es que la misma efectivamente existe? A estas preguntas y a otras que posteriormente elaboraremos trataremos de dar respuesta a lo largo del presente análisis. Por el momento reafirmemos nuestro criterio de que lo que escribimos tiene la intención de centrar este tema en el derecho costarricense.

Este estudio desea dar una idea sobre la prueba por documentos en el derecho costarricense. Su intención es la de describir algunos de los problemas que se pueden plantear a propósito de este medio probatorio. De la lectura del mismo se puede comprobar con facilidad

que es un primer intento de acercarse a la problemática de los documentos en el medio legal costarricense. Como tal, tiene unas miras de corto alcance. Sin embargo, lo importante es proporcionar al lector una visión precisa de la situación del mencionado medio probatorio en Costa Rica. Esta no es una presentación de las conocidas bajo el clisé de una humildad fingida, sino que, el que la escribe es consciente de la complejidad del tema. Precisamente con el maestro Rafael Núñez Lagos, en su curso de doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y en las conversaciones que tuvimos sobre el documento, este ilustre notario de Madrid, me hizo ver las sinuosidades del tema y su estructura sumamente intrincada y difícil de aprehender.

Espero que el fin propuesto en este artículo logre conseguirlo, aunque sea en una pequeña parte.

## B) HACIA LA DEFINICION DEL DOCUMENTO

### 1) Nota introductoria

De acuerdo con Prieto-Castro, éste nos dice que el documento es el objeto o materia en que consta, por escrito, una declaración de voluntad o de conocimiento a cualquier expresión del pensamiento. Este concepto se deriva de la letra de la legislación española. Por esta razón, este autor, precisa que, una vez dicho lo anterior, añade que ese concepto se puede extender, en sentido lato, a todo lo que encierra una representación de un pensamiento, aunque no sea por escrito, y aún más, una representación cualquiera como por ejemplo: los hitos, fotografías, precintos, tallas, etc. Pero, señalando que aquello que se encierre en este concepto lato o amplio, debe ser regulado por las reglas referidas al reconocimiento judicial o al examen de peritos, pero no a las que atañen a la prueba documental (1).

Esta delimitación del documento, en su sentido restringido, es decir, como "escrito", responde a la tesis tradicional clásica. Con relación a esta concepción, se puede decir, entre otras cosas, que en los tiempos modernos con las cintas magnetofónicas, los "cassettes", los microfílm, las fotocopiadoras, las fotografías obtenidas por medio de teleobjetivos, los ingeniosos medios de grabar conversaciones, etc., etc., plantean problemas jurídicos probatorios que el dicho concepto de documento, en sentido tradicional, no permite englobar, y sujetarlo a las reglas que gobiernan el medio probatorio documental, sino que parece preferible subordinarlo a las correspondientes normas del reconocimiento judicial o al examen de peritos, como se supraindicó.

Por su parte, Almagro Nosete nos informa que el documento como recordatorio escrito se instrumentaliza como medio probatorio

(1) PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Derecho procesal civil*. Vol. I, pág. 490. Ed. "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1972.

mucho tiempo después de que naciera como un escrito para "refrescar la memoria" de las partes interesadas. La línea de sostener el documento como escrito se explica a la luz de la tarea de los notarios(2). Así se entiende la expresión de Núñez Lagos al indicar que la función de los notarios es hacer documentos. "Es nuestro oficio. Hablar de documentos debiera ser nuestro gozo. Sin embargo, se habla más del oficio. Y aunque del oficio vivimos, la honra del oficio está en su dignidad de arte. "Summa artis notariae", se llamaron nuestros viejos libros en el Renacimiento, sin desdoro para el arte, y hablaron de documentos y contratos, y con tal primor que el episodio probatorio se hizo categoría jurídica independiente. En el principio fue el documento. No hay que olvidarlo. El documento creó al notario, aunque hoy el notario haga el documento" (3). Agregando este notario de Madrid, que en la *Cartilla Real para Escribanos*, se dice que el notario es un oficio porque esta palabra quiere decir servicio señalado en que el hombre es puesto para servir al Rey, o al Común(4).

En esta misma corriente, de explicar el nacimiento del documento en su relación estrecha con el notario, el mismo autor mencionado afirma que la figura del notario tiene sus antecesores en el escriba hebreo, egipcio y el "mnemon" griego; diversificándose en Roma, este "mnemon", en varios funcionarios, entre los que destacan, esencialmente: el "notarius", cuyos escritos no pasan de ser meros documentos privados; el "tabularius", que tenía carácter público, siendo el encargado de guardar el censo (y, tal vez, por ello, la costumbre de entregarles los contratos y testamentos para su custodia, gozando de fe pública, en lo relativo al hecho de la entrega, pero no en relación al documento en sí); y el "tabellio", profesional de carácter privado que redacta y conserva contratos y testamentos, pareciendo ser el verdadero antecedente del actual notario. Por lo que atañe a la Edad Media, subsiste este actor del drama jurídico, atribuyéndosele a la Escuela de Bologna la mayor influencia en el auge del notariado, gracias a las obras de Rolandino(5) cuyas producciones intelectuales llegan a una serie de países occidentales. El final de la Edad Media, es de consolidación de la función notarial, consagrándose la figura del notario como funcionario público. Ya en la Epoca Moderna, esa función se desarrolla y se institucionaliza. Las reformas más importantes se refieren al progreso en la conservación de protocolos, el cambio de la "scheda" o minuta por instrumento matriz, alteraciones en la organización corporativa, etc. En el siglo XIX, la institución notarial en

(2) ALMAGRO NOSETE, José. *Prueba de informes*. Gráficos Nova Sevilla. 1968, págs. 66 y 71.

(3) NUÑEZ LAGOS, Rafael, *Hecho y derechos en el documento público*, Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1969, pág. 11.

(4) Apud NUÑEZ LAGOS, pág. 11, nota 1 de la edición citada argentina; y pág. 36 de la edición de Valencia, de 1972.

(5) NUÑEZ LAGOS, Rafael. *El documento medieval y Rolandino*, Madrid, 1951.

los países latinos está definitivamente consolidada, dando lugar a que las profundas transformaciones generadas por fenómeno histórico de la Revolución Francesa repercutan en el notariado, que aspira a la eliminación de los dos grandes males del mismo: la confusión de la fe pública y la extrajudicial; y la enajenación de oficios. De este modo se entiende como la ley de 25 ventoso del año XI —1803— resuelve el primero de esos problemas, dejando sin solución el segundo. Otros países latinos, y germánicos, luego, resuelven ambos conflictos<sup>(6)</sup>.

De acuerdo con lo citado, se puede decir, en principio, que son los notarios los más apegados a la tesis clásica del documento como sinónimo de "escrito", y los procesalistas, los más inclinados, por ampliar dicho concepto, dada la distinta función de cada grupo profesional, como es fácilmente visible.

## C) CORRIENTES EN LA CONCEPCION DEL DOCUMENTO

### 1) Nota Introdutoria

A continuación se analizan las diversas tendencias que han tratado de ubicar el concepto de documento, de acuerdo a sus propias exigencias. Se estudiarán las líneas de pensamiento que definen el documento como: escrito, como algo más que un mero escrito, en su tesis amplia y en su planteamiento amplísimo.

Como todo intento de delimitación, su utilidad estriba en constituir una herramienta analítica para entender la problemática que abordamos.

### 2) Diversas concepciones del documento

#### a) Entendido como escrito

Es ésta la tesis clásica y tradicional, que ya conocemos y que tiene plena vigencia en la legislación costarricense, que es la que estudiamos, al igual que en la de España, a la cual haremos algunas referencias en su momento oportuno. Según Beling, a los efectos de la prueba, documento es el escrito, es decir, el objeto material en que una persona valiéndose de la escritura (manuscrito, mecanografiado, impreso, etc.), ha dado un contenido intelectual determinado<sup>(7)</sup>. A su vez, Gómez Orbaneja sostiene que la prueba documental es literal ya que se realiza el examen de la escritura para establecer si la firma es falsa, lo cual (siempre bajo el supuesto del documento como escrito), se trata de esta situación particular de reconocimiento con pe-

<sup>(6)</sup> Chico Ortiz, José María, y Ramírez Ramírez, Catalino, *Temas de Derecho notarial*, Montecorvo, Madrid, 1972, págs. 25 y 26.

<sup>(7)</sup> Beling, Ernest, *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1943, pág. 23.

ricia o sin ella<sup>(8)</sup>. La idea más generalizada es la de decir que el documento es la representación escrita de actos o de manifestaciones del pensamiento<sup>(9)</sup>. También se ha dicho que el documento es un concepto que encierra a todas las cosas donde se expresa, por medio de signos, una manifestación del pensamiento, siendo indiferente el material sobre el que estén escritos tales signos, así como la modalidad de la escritura (letras, números, signos taquigráficos, grabados en madera, etc.)<sup>(10)</sup>.

Asimismo, por ejemplo, en *Las Partidas* se observa que ellas llaman "escrituras" a toda clase de documentos<sup>(11)</sup>. De acuerdo con esta corriente se ha sostenido que el documento es todo escrito, mediante el cual el autor garantiza la verdad de un hecho jurídicamente relevante<sup>(12)</sup>. Dentro de este modo de ver el documento hay una larga lista de juristas<sup>(13)</sup>.

<sup>(8)</sup> Gómez Orbaneja, Emilio; y Herce Quemada, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Madrid, 5ª ed. 1959, pág. 302.

<sup>(9)</sup> Idem.

<sup>(10)</sup> Bellón Gómez, Ildefonso, *Apuntes de Procedimientos judiciales y práctica forense*, Editora Nacional, Madrid, t. I. 1941, pág. 247.

<sup>(11)</sup> Manresa y Navarro, José María, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Reus, Madrid, 1955, t. III, pág. 422.

<sup>(12)</sup> Malinverni, Alessandro, *Sulla teoria del falso documentale*, Giuffrè, Milano, 1955, pág. 17, nota 30.

<sup>(13)</sup> Kisch, W., *Elementos de Derecho procesal civil*, Ed., "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1940, pág. 230. Aguilera, Celso, *Aspectos de la falsedad en documentos*. Universidad Pontificia Javeriana, Colombia, pág. 31. Miguel y Romero, Mauro; Miguel y Alonso, Carlos. *Derecho procesal práctico*. Bosch Barcelona, t. I, pág. 369, 1967. González Palomino, José. *Negocio jurídico y documento*, Valencia, 1951, pág. 96. Moreno, Fausto, *Documento*. Seix Barcelona, NEJ = Nueva Enciclopedia Jurídica, pág. 674. Schönke, Adolfo. *Derecho procesal civil*, Bosch, Barcelona, 1950, pág. 220. Estas son algunas de las referencias bibliográficas que se pueden hacer valer en relación con esta tendencia del documento como escrito.

Al respecto, Almagro Nosete, añade que tales concepciones son congruentes con el tenor literal de los preceptos legales, de factura clásica, entre ellos, el de España, en la medida en que son ordenamientos legales, que cuando fueron construidos no podían explícitamente, tomar partido en favor o en contra de, por ejemplo, los medios mecánicos de prueba, *La prueba de informes*, idem., pág. 70.

En el medio costarricense, la influencia francesa y española, vino a plasmar la tesis de documento como equivalente a "escrito", también, en buena parte, además, por el impacto de la labor del notario, en su elaboración de documentos. De este modo, la corriente que prevalece en los tribunales, doctrina, jurisprudencia, en el lenguaje jurídico es el documento como "escrito". La problemática de los medios mecánicos de prueba, no se engloban en la regulación de la prueba documental, sino que se relacionan con los principios de prueba, al examen de los peritos o al reconocimiento judicial, lo cual responde, como se sabe a la tendencia tradicionalista.

b) *Concepción que va más allá del mero escrito*

Esta es una variación leve de la primera tendencia, ya que hace la distinción entre lo que se observa en las leyes y lo que se podría plantear a nivel doctrinal. Por ello, lo que se pretende indicar aquí es que quienes se refieren a este enfoque lo que hacen es sostener que de acuerdo con el tenor de la norma, el documento es un escrito, pero, por su cuenta, están de acuerdo en afirmar que el documento no es sólo un escrito sino que puede ser un concepto que se puede extender a tallas, precintos, hitos, fotografías, etc. Entre quienes así se expresan, se puede citar a Prieto-Castro. Se vuelve a la conocida afirmación de que por documento debe entenderse cualquier representación del pensamiento, o, simplemente, una representación, a secas. (14).

También, Gómez Orbaneja, indica que en esta tesis se puede incluir toda incorporación de un pensamiento por signos escritos, o, de modo lato toda incorporación o signo material de un pensamiento. (15).

Para Núñez Lagos, el documento es una cosa que enseña ("doctet"), que hace conocer, de tal manera que no hay que circunscribir el concepto al papel y menos confundir documento —continente— con título, el cual es una clase entre varias de contenido. Así, pues, el documento, puede ser de cobre o de oro, como por ejemplo, una moneda, o de piedra, como las lápidas, etc. Así, pues, se puede enunciar que el documento enseña lo que pretende representar, es decir, es una cosa que sirve para representar otra, de acuerdo con la muy conocida tesis de Carnelutti. (16). Este autor excluye, de su punto de vista, el disco fonográfico y la escritura Braille, ya que concuerda con la opinión de Siegel, de que el documento es una exteriorización del pensamiento perceptivo con la vista. (17).

Aunque con Carnelutti, arranca, doctrinariamente, una fuerte corriente en teoría documental, mediante la cual pretende equiparar, documento a "escrito", es conveniente recordar, aquí que este autor

(14) Apud Prieto-Castro, *Derecho* . . . , vol. I, pág. 490.

(15) Gómez Orbaneja; Herce Quemada, *Derecho* . . . , op. cit., vol. I, ed. de 1962, pág. 272.

(16) Núñez Lagos, *Hechos y derechos* . . . , op. cit., ed. del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1950, pág. 27.

(17) Núñez Lagos, *Hechos y derechos* . . . , op. cit., Ed. citada del Instituto de Estudios Jurídicos, pág. 27. Siguiendo a Siegel, este notario español señala que el observador frente al documento tiene una doble posibilidad: a) contemplarlo en su aspecto exterior, olerlo, examinar la condición de la materia, en una palabra, hacerlo objeto de evidencia; y, b) puede obtener una opinión de su contenido intelectual, esto, es, por los siglos de la escritura, puede forjarse un criterio acerca del contenido ideológico del autor mismo. Lo primero, es un hecho por probar; lo segundo, una fuente de prueba (idem, pág. 28). También, del mismo autor aquí mencionado, *Concepto y clase de documento*, "Revista de Derecho Notarial, Madrid, núm. 16, pág. 21, 1957.

italiano sostuvo que documento es cualquier cosa que sirve para representar (18). Si bien es cierto que Núñez Lagos reconoce como su inspirador a Carnelutti, parece ser que la tesis del notario de Madrid es más restringida que la del italiano, en la medida en que la concepción del último parece ser más amplia que la del español.

De conformidad con esta corriente, el documento es algo más que un simple escrito, por cuanto:

- i) enseña o muestra;
- ii) tiene que ser perceptible a la vista; y,
- iii) debe tener un contenido jurídicamente relevante (19).

Núñez Lagos complementa su punto de vista indicando que el documento se puede analizar como hecho jurídico, como cosa corporal, como objeto del derecho, además de sujeto pasivo de recepción del mismo. Precisando que, históricamente, aparece primero el documento constitutivo antes que el documento probatorio, debido a que el documento suplanta a la forma antes que se desarrolle la teoría de la prueba, sobre todo de la documental. Esta situación se produjo en el derecho romano entre "stipulatio" y documento. En una primera fase, la "stipulatio" sigue perfeccionándose "verbis" y "ex-intervallo", el escrito la documenta en momento posterior, en función meramente memoratoria. La corporalidad del documento permitía perpetuar, no sólo los "verba" solemnes, sino, más extensamente la "conventio" preliminar. En una segunda fase, se verifica la intervención de la solemnidad. La redacción del documento precede al acto solemne y a la "stipulatio"; es un mero otorgamiento del texto documental: "¿ea quae supra scripta sunt promittis? Promitto". El documento no representa a la "stipulatio", pues la palabra "promitto" da validez a la misma (a la "stipulatio") y al documento "in continenti". De este modo, pues, el documento es constitutivo, porque es la misma "stipulatio". De esta manera el documento suplanta a la "tradito" y a la "stipulatio". A fines de la alta Edad Media, y a comienzos de la Baja Edad Media, la "cartae" se generaliza por la Europa medieval, ya que su autor quiere

(18) Carnelutti, Francesco, *La prova civile*, Roma, 1947, pág. 183. La edición en español la hizo la editorial Arayú, de Buenos Aires, en 1955.

(19) En las obras de Núñez Lagos, en las cuales se puede encontrar este aspecto de la cuestión, se pueden citar: *Contenido sustantivo de la escritura pública*. "Revista de Derecho Notarial", RDN, Madrid, 1964, núm. 45. *Clasificación y efectos de los documentos*, separata de la "Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay" t. XLIII, no indica fecha de edición. *Reconocimiento de documento privado*, RDN, núm. 23, 1959. *Tópicos jurídicos*, RDN, núm. 4, 1954; *El pasado y su prueba: valor confeso del instrumento público* RDN, números 13-14, Madrid, 1956, etc.

llevar el negocio jurídico al derecho probatorio y al derecho privado<sup>(20)</sup>. Es este el nacimiento del documento constitutivo, es decir, de aquel que incorpora la declaración o el propio acto para cuya prueba se aduce y no una declaración distinta<sup>(21)</sup>.

### c) Tesis amplia

En este apartado se ubica de mejor modo el criterio de Carnelutti. Este nos dice que el documento, en sentido etimológico, es una cosa<sup>(22)</sup> que "docet"; esto es, que lleva en sí, la virtud de hacer conocer. Ello se debe a su contenido representativo. Por ello, el documento, es una cosa que sirve para representar otra<sup>(23)</sup>. Esta idea es una de las cosas más citadas y conocidas de este italiano. De esta forma, decir documento casi implica, necesariamente, consignar esta tesis.

Así, pues, en esta línea representativa, carneluttiana o "amplia", documento es una cosa representativa, es decir, capaz de representar un hecho. Con esto se distingue del testimonio, por ejemplo, en la medida en que éste manifiesta un pensamiento, mientras que el documento tiene por finalidad representar un hecho. Ahora bien, hay que tener presente que la manifestación del pensamiento no es necesaria ni suficiente para la existencia del documento. Así, cabe ilustrar, que un objeto puede representar un hecho, incluso sin darse la manifestación del pensamiento. Por eso, no toda manifestación del pensamiento es un documento como es obvio, por ejemplo: una tarjeta de saludos de Año Nuevo. De acuerdo con estos criterios, el mencionado autor llama a los documentos gráficos o escritos, "documentos indirectos" por cuanto requieren de su paso por el cerebro, mientras que los "documentos directos", o fotografías, cintas magnetofónicas, etc., se denominan de ese modo, ya que no requieren pasar por el tamiz del cerebro humano. Razón por la que los considera como la forma más pura de documento, máxime que no pasan por la mente del hombre ni reflejan su pensamiento, sino que están dados de antemano, ya que no existe grafismo alguno que pueda velar su contenido<sup>(24)</sup>.

(20) Núñez Lagos, *Contenido sustantivo de la escritura pública*, RDN, Madrid, núm. 45, 1964, págs. 1 a 10. Furno, Carlo; *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*. Ed. "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1957, pág. 129.

(21) Ascarrelli, T., *La literalità nei titoli di credito*, "Revista di Diritto Commerciale", 1932, I, págs. 254 y ss. Capítulo del libro *Teoría general de los títulos de crédito*, México 1947, pág. 47, nota 98.

(22) Cosa: Cualquier entidad jurídicamente relevante; de acuerdo con Jaramillo Vélez, Lucrecio *Sobre la noción de cosa en Derecho*, Universidad de Antioquia. Colección de Estudios de Derecho, núm. 61. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1962, pág. 22.

(23) Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, Arayú, Buenos Aires, 1955, págs. 156 a 159.

(24) Apud Carnelutti, pág. 159.

Esta corriente de la representación también se le conoce como la doctrina italiana del documento, pues, a partir de Carnelutti, los juristas italianos se muestran conformes con designar el documento dentro de la concepción de la representación, que es una de las más extendidas y aceptadas en el derecho comparado.

Se puede resumir la tesis italiana, por medio de Gualazzini, para quien el documento es una cosa corporal, simple o compuesta, idónea para acoger, conservar, transmitir la representación escrita o emblemática (simbólica) o fonética de un dato en sí jurídicamente relevante<sup>(25)</sup>.

Como habíamos dicho la tesis de Carnelutti es más amplia que la de Núñez Lagos, ya que como se recuerda para éste una grafía ten-

(25) Gualazzini, Ugo, *Documento*, "Enciclopedia del Diritto", editada por Dott. A. Giuffré, Milano 1964, t. XIII, pág. 579. También, entre muchos otros Spasari, Mario, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, Dott. A. Ciuffré, Milano, 1963, pág. 67. Denti, Vittorio, *La verificazione delle prove documentali*. Unione tipografica editrice Torinese. Torino, 1957, págs. 29 y 74. Paolo Guidi, *Teoría jurídica del documento*, Dott. A. Giuffré, Milano, 1950, págs. 46 y 62. Talamanca, Mario, *Documento* Enciclopedia di Diritto, t. XIII, idem., pág. 567. Andrioli, *Appunti di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 1962, pág. 41. Micheli, *Derecho procesal civil*. EJE, Buenos Aires, 1970, vol. II, pág. 131. Núñez Lagos, Rafael, *Concepto y clase de documento*, RDN, Madrid, núm. 16, 1957, págs. 13 y 21. Yadarola, Mauricio, *El documento en los títulos de crédito*. "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales", Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Argentina, Nos. 98-99, págs. 109 y 112, 1959. Brewer-Carias, Allan Randolph, *Consideraciones acerca de la distinción entre documento público o auténtico, documento privado reconocido y autenticado, y documento registrado*. "Revista del Ministerio de Justicia" núm. 41, 1962, Caracas, págs. 192 y 194; asimismo, en la "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venecia", 1962, pág. 23. Nugent, Ricardo, *Consideraciones sobre la prueba en la doctrina en nuestro derecho procesal civil*, "Revista de Derecho de la Pontificia Universal Católica del Perú", Lima, núm. 17, pág. 44, 1958. Irureta, Goyena, Jaime, *El delito de falsificación documentaria*, "Estudios de Derecho". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Medellín", Colombia, núm. 32, pág. 327, 1949. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, t. II 1942, pág. 290. Castillo Larrañaga José y de Pina, Rafael, *Instituciones de Derecho procesal civil*, Porrúa, México, 1961, pág. 276. Fassi, Santiago, *Código procesal civil y comercial*, Comentado, notado y concordado. Astrea, Buenos Aires, 1971, t. II, arts. 387 a 680, pág. 1. Aubry & Rau, *Droit civil francais*, Librairies Techniques, Paris, 1958, sixieme, ed. T. douzieme, pág. 126. Devis Echandia, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Víctor de Zavalia, Buenos Aires, 1970, t. II, págs. 486 a 507. De la Plaza, Manuel, *Derecho Procesal civil español*, Madrid, vol. I, pág. 494, 1951. Malinverni, Alessandro, *Teoría del falso documentale*, Giuffré, Milano, 1958, págs. 17 y 32. Contere, Eduardo, *El concepto de fe pública. Introducción al estudio del derecho notarial*, Montevideo, 1947, pág. 37.

drá el carácter documental cuando reúne estas notas: 1ª visibilidad es decir, perceptibilidad por medio de la vista; 2ª expresividad del pensamiento humano, y 3ª reconocibilidad subjetiva y objetiva<sup>(26)</sup>.

#### d) Tesis amplísima

Modernamente, la corriente que tiene más seguidores es la carneltuttiana de la representación, a nivel de doctrina, aunque, como se sabe, en las leyes predomina la tesis de documento como grafía, como escrito.

Esta línea del pensamiento está representada por Jaime Guasp. De acuerdo con este autor, el documento es un objeto mueble, que puede ser llevado a la presencia del juez agrega este profesor, que para definir el documento no basta el criterio de la escritura y el de la representatividad, sino que hay que llamar la atención sobre la nota definitoria del documento, es decir, el hecho de que pueda ser llevado a la presencia del juez. Este concepto lo opone este intelectual al de monumento, o sea, aquel objeto no desplazable<sup>(27)</sup>.

Para Almagro Nosete esta postura de Guasp es inaceptable por su índole sumamente laxa del modo de concebir el documento; añadiendo que la opinión de Guasp acerca de que la teoría representativa del documento deviene en inoperante a efectos procesales, puesto que la referencia del documento a su contenido se encuentra también en los demás medios de prueba, no tiene en cuenta un punto interesante de la cuestión: la fijeza e inmovilidad del contenido documental, la invariabilidad del mismo establecida con anterioridad al proceso, lo cual no ocurre, por ejemplo, con la prueba testimonial, de confesión o de peritos, en las que la representación del hecho se interfiere en el momento de su plasmación, con criterios u opiniones del sujeto que depone o con la valoración técnica que él mismo haga<sup>(28)</sup>. El autor de la *Prueba de informes*, se inclina por la corriente representativa del documento o tesis amplia<sup>(29)</sup>, luego de su análisis en el citado libro.

#### D) NUESTRA POSTURA EN RELACION CON LA DEFINICION DEL DOCUMENTO

Desde nuestro ángulo nos inclinamos por la tesis representativa del documento. Es decir, la que afirma que el documento es una

(26) Núñez Lagos, *Concepto y clases de documento*, op. cit., pág. 21.

(27) Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos IEP, Madrid, t. I, 1968, págs. 391 a 399 y 407, 408.

(28) Almagro Nosete, José, *La prueba de informes*, op. cit., págs. 76 a 81.

(29) Idem.

cosa corporal, adecuada para acoger, conservar y/o transmitir la representación descrita o emblemática o fonética de un dato en sí jurídicamente relevante. Como se observa, es la tesis planteada por Gualazzini, ya citada. Claro está, que este punto de vista no se ajusta al que se palpa en el Código de Procedimientos Civiles y en el Código Civil de Costa Rica. En estas Normas, el documento es grafía incorporada al papel, es un escrito.

Es probable que la línea de evolución del concepto de documento se oriente hacia la tesis amplia, carneltuttiana o representativa, que es la que parece más apta para el momento histórico-jurídico actual ya que mantener, rígidamente, el criterio clásico y tradicional del documento puede constituir un entramamiento para el buen desarrollo del proceso civil, en la medida en que medios probatorios no escritos fuere conveniente contemplarlos dentro de la prueba documental para un adecuado resultado de la contienda judicial correspondiente.

#### E) ENFOQUE DEL DOCUMENTO DE ACUERDO CON SU ESTRUCTURA Y SU FUNCION

##### a) Nota preliminar

En estos momentos la literatura francesa, tanto la relativa a la lingüística como a las ciencias sociales, han puesto de moda los estudios sobre la estructura y la función. Parece ser que la euforia que desencadenó el existencialismo francés ha dado paso al estructuralismo. Por ello se explica que en lo referente al análisis de la teoría documental se haga necesario hacer una relación a las perspectivas desde las que se puede ver el documento, es decir, en el caso concreto que nos ocupa desde la perspectiva de su estructura y de su función. Puede ser útil este estudio, ya que nos permite visualizar el documento desde estos ángulos de observación y con ello, tal vez, se puede enriquecer el conocimiento sobre este medio probatorio. Con esta idea pasamos a plantear estos enfoques metodológicos, lógicamente, con una finalidad heurística.

##### b) Enfoque estructural

Definiremos, convencionalmente, el término "estructura", como un conjunto de elementos sistemática y significativamente ordenados. Con esta definición se puede operar en cualquier campo del conocimiento, ya que se trata de una delimitación genérica y abstracta.

Ahora bien, aplicado esto al documento, podemos decir que el mismo es un conjunto de elementos gráficos, denominados en su totalidad como "escritura". Al tenor de la tesis restringida y tradicional

del documento, es decir, la que está presente en el Código Civil y en el de Procedimientos Civiles de Costa Rica. Si referimos esta definición a nuestro punto de vista sobre el documento, diremos esta definición de el enfoque estructuralista, un documento es un conjunto de elementos representativos de algo jurídicamente relevante y patentes en un objeto mueble.

De lo anterior se puede decir que los que ubican el documento como sinónimo de "escritura", pertenecen, propiamente, a la corriente estructural. Y lo decimos de acuerdo a este planteamiento: la escritura se refiere a una nota característica del documento, en su sentido clásico: el documento es en la medida en que está escrito. Por otra parte, el documento, en su sentido funcional, está orientado teleológicamente: hacia un fin, es decir, lo jurídicamente relevante. Como veremos, la distinción es de matiz, pero sirve para diferenciar los dos puntos de vista.

Podemos resumir, diciendo que documento, desde la perspectiva estructural, es tal en la medida en que hace énfasis en su estructura, o sea, en cuanto que su forma y contenido viene dado gráficamente, por medio de la escritura.

En lo referente al término "estructura", se puede hacer relación a una larga serie de intelectuales que han tocado este tema, desde sus respectivas y propias dimensiones, las cuales es conveniente dejar sentadas, aunque sea al modo de nota al pie de esta página.<sup>(30)</sup>

<sup>(30)</sup> Así, por ejemplo, Jean Piaget, *El estructuralismo*, Proteo, Buenos Aires, 1969, págs. 10 y 50. define "estructura" como un sistema de transformaciones, que implica leyes, como sistema; y, se conserva o se enriquece por el juego mismo de sus transformaciones; hallándose en psicología de la "gestalt" como psicología de la forma o de la estructura. Cuisenier, Jean, *El estructuralismo de la palabra, de la idea y de los instrumentos*. Instituto del Libro Cubano, La Habana, "Revista del pensamiento crítico", núms. 18-19, la "estructura" es un conjunto de elementos relacionados significativamente, pág. 27. Ricoens, Paul, *La estructura, la palabra, el acontecimiento*, "Revista del pensamiento crítico", núm. 18, idem., relaciona la estructura con el acto que se da dentro de ella, por medio de la palabra, en un sistema lingüístico, pág. 116, de tal revista de 1968. Bastide, Roger, *Sentidos y usos del término estructura de la ciencia del hombre*, Paidós, Buenos Aires, 1971, señala que fueron los sociólogos estadounidenses de la Escuela de Chicago, los que con la ecología contribuyeron a los progresos de la morfología social, al estudiar la estructura espacial de las grandes ciudades o de las pequeñas comunidades, añadiendo que la noción de "estructura" podría definirse como: 1º un sistema ligado de modo tal que el cambio producido en un elemento provoca un cambio en los otros elementos; 2º modelo, ya que permite la predicción y hace inteligibles los hechos observados; 3º: cada modelo o estructura, se puede conceptualizar como una unidad metodológica; 4º sistema adaptable a los variados campos de la ciencia, págs. 11 y 14. Como se sabe, es Ferdinand De Saussure, el fundador de los estudios sobre el estructuralismo lingüístico; en su obra

### c) Enfoque funcional

Si la tesis estructural del documento podría responder a la pregunta: ¿qué es el documento? (conjunto de signos gráficos, jurídicamente relevantes y patentes en un objeto mueble), la corriente funcional, se pregunta: ¿para qué sirve el documento?

Desde el ángulo semiótico, el documento es un conjunto de signos, jurídicamente relevantes. Este podría ser el perfilamiento de la semiología aplicada a la teoría del documento. Ahora bien, en su versión estructural, sabemos que el documento es un conjunto sistemático y significativo de signos gráficos, con relevancia legal. Tal es su ubicación, de acuerdo a los Códigos costarricenses.

En este enfoque el elemento definidor no es como en el análisis estructural: la escritura, sino la representación. Es decir, la idea carnelluttiana. La delimitación más simple de esta orientación se podría dar en esta expresión: documento es aquella cosa mueble representativa de algo jurídicamente relevante. Como se observa, aquí no se trata de caracterizar el documento por su estructura, es decir, por su estructura de grafía sobre papel, sino de lo que él mismo representa, no en cuanto papel y grafía, sino en lo referente a la capacidad representativa del objeto mueble con sentido legal, con relevancia jurídica.

Entre los autores que se pueden citar como seguidores de este criterio funcional, se puede hacer referencia a Quintano Ripollés, al decir que en España la mayoría de la doctrina se inclina por la asimilación de escrito a documento, el texto legal no obliga a ello porque es lícito integrar dentro de la problemática documental huellas digitales, fotografías, etc.<sup>(31)</sup>

También Alonso, cuando afirma que el documento implica abarcar tanto la expresión gráfica como la reproducción por medio de cintas magnetofónicas, fotografías, discos fonográficos, etc.<sup>(32)</sup>. Asimismo, el actual presidente del Tribunal Superior de España (año de 1973), Silva Melero, al indicar que distingue entre documentos gráficos y los documentos no gráficos, como los medios mecánicos de prueba<sup>(33)</sup>. Además de estos autores, expresamente señalados hay una

*Curso de lingüística general*. Para este autor, la lengua es un sistema cuyas partes pueden y deben ser consideradas todas en su solidaridad sincrónica; es un sistema convencional de signos, págs. 50 a 58, Losada, Buenos Aires, 1971. Además, en el mismo sentido, Viet, Jean, *Los métodos estructuralistas en las ciencias sociales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970, págs. 12 y 17.

<sup>(31)</sup> Quintano, Ripollés, *Compendio de derecho penal*, Ed. "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1958, vol. II, pág. 111.

<sup>(32)</sup> Alonso, Honorio y Belarmino, *La separación matrimonial*, Gráfica Urquina, Madrid, 1970, pág. 353.

<sup>(33)</sup> Silva, Melero, *La prueba procesal*, Ed. "Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, vol. I, pág. 256.

serie más de ellos, como es natural, enfilados en esta corriente "funcional" o teológica del documento. (34).

Lo que es conveniente precisar es la diferencia importante de matiz que encierra cada posición. Veamos. La tesis estructural del documento se refiere al mismo como escrito; y, margina, como tal documento, los medios mecánicos de prueba. Mientras que la corriente funcional del documento engloba tanto el documento como escrito como a estos medios probatorios. Es esta la diversidad que existe entre ambas distinciones.

Dentro de la tesis funcional se puede mencionar la sentencia del Tribunal Supremo de España del 24 de febrero de 1956, según la cual una cerradura "Yale", es un documento. Esta sentencia se hace eco de la tesis funcional y de la orientación "amplísima" del documento, respectivamente.

Esta interesante sentencia manifestó que si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico español se ha venido aplicando la palabra "documento" en el tecnicismo jurídico únicamente al escrito o instrumento en que se aprueba, confirma, hace constar o acredita algún hecho, disposición, convenio, crédito, obligación, derecho o ventaja, con la clasificación en públicos, privados, mercantiles, administrativos, etc., y conforme al numeral 1215 del Código Civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se señalan concretamente como medios de prueba los aludidos escritos o instrumentos, no parece que ha de resultar opuesto a la lógica y considerar de igual modo elemento de prueba, en este concepto documental auténtico, la misma cosa discutida, singularmente en casos particulares, que versa sobre patentes determinadas y específicas, y en el cual el examen por medio de los sentidos del objeto litigioso, resulta sin duda más completo y decisivo que la lectura del escrito en que se expresan sus características o la contemplación gráfica, pudiendo servir de apoyo para sostener esta tesis, sin que haya de entrarse en la teoría doctrinal de la prueba en

(34) Así por ejemplo: Pallarés, *Diccionario de derecho procesal civil*, Porrúa, México, 1960, pág. 234. Denti, *Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador*, "Revista de derecho procesal iberoamericana", Madrid, núms. 2-3, pág. 283, 1972. Rocco, Ugo, *Teoría general del proceso civil*, Porrúa, México, 1959, pág. 419. Devis Echandía, Hernando, *Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial*, "Revista iberoamericana de derecho procesal", Madrid, núm. 1, págs. 38 a 41, 1966, *objeto, tema o necesidad, fin y resultado de la prueba judicial*, "Revista, idem.", núm. 3, 1965, págs. 586 a 591. Bizzotto, Margarita, *Instrumentos públicos. Análisis de una escritura pública. Instrumentos privados. Instituto de Derecho Notarial*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, t. II, pág. 119, 1961. Taruffo, Michele, *Studi sulla rilevanza della prova*, CEDAM, Padova, 1970, pág. 54. De Stefano, Giuseppe, *Collisione di prove civili*, Giuffrè, Milano, 1951, pág. 144. Laserra, Giorgio, *La prova civile*. Eugenio Jovene, Napoli, 1957 pág. 36. Giuliani, Alessandro, *Il concetto di prova*, Giuffrè, Milano, 1961, pág. 253.

sí misma, no solamente que tal medio de prueba ya existe, aunque en otro aspecto, en el ordenamiento jurídico prevenido en el artículo 635 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relacionado con el numeral 1241 del Código Civil, al decir el primero de esos preceptos que "cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario que el juez examine por él mismo algún sitio o la cosa litigiosa" sino porque actuando dentro de los límites señalados al razonamiento lógico por el número 7 del artículo 1692 de la ley procesal civil, al principio citado, el vocablo documento, en su raíz etimológica latina (de "docere", enseñar, mostrar o prevenir), significa en su origen: modelo, ejemplar o ejemplo, acepción gramatical que ha conservado en las lenguas derivadas del latín, como en la francesa, que al lado de su significado de título o prueba por escrito, figura también el de un objeto cualquiera que sirve de prueba. Y en el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, a más de diploma, carta, relación u otro escrito, se consigna —asimismo— la aceptación de cualquier otra cosa que sirva para ilustrar o comprender algo (35).

Este fue el criterio del Tribunal Supremo de España, en este pleito sobre una patente de invención, en el cual afirmó que por documento debía conceptuarse todo aquello que consta por escrito y cualquier cosa que sirva para ilustrar o comprender algo (36).

De acuerdo con Monton Redondo, dentro de la tesis funcional del documento, indicamos que por tal debe entenderse todo objeto material, mueble, capaz de representar por sí mismo los datos que en él se contengan. (37).

#### d) Nuestro punto de vista

De conformidad con lo someramente expuesto sobre tales enfoques se comprende con facilidad que nosotros estamos en el campo de la corriente del enfoque funcional del documento, como postura ante el problema del documento; lo cual no obsta para que estemos de acuerdo en conformidad a la legislación costarricense, la tesis que prevalece es la estructural.

También indicamos que el criterio de los jueces costarricenses es el estructural, al tenor de la letra de las Normas sustantivas y procesales del país en cuestión. Esto se observa rápidamente al leer las sentencias emanadas de los mismos.

(35) Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo. Editada por la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", impresa en Reus, Madrid, 1958, 2ª serie, vol. LIV, pág. 1483. También se puede leer en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, editado por Aranzadi, Pamplona, 1956. Sentencia N° 1.117.

(36) Monton Redondo, Alberto, *El valor probatorio de las grabaciones magnetofónicas*. (Tesis doctoral presentada en la Universidad de Derecho de la Universidad de Salamanca, 1972. Inédita, págs. 50 a 55).

(37) Apud, Monton Redondo, pág. 52, nota 60.

## F) CLASIFICACIONES POSIBLES DEL DOCUMENTO

### a) *Nota introductoria*

Los documentos suelen clasificarse de acuerdo a diversos puntos de vista. En este apartado, nosotros también haremos una referencia a estas posibles clasificaciones con el fin de agregar una pieza más al análisis documental que aquí llevamos a cabo. Como todo intento de clasificación, es un simple y caprichoso convencionalismo, cuyo fin es meramente metodológico y como contribución al estudio de la teoría del documento.

### — b) *De acuerdo a la presencia o a la ausencia de escritura*

#### i) *Literales o escritos*

Son aquellos que están caracterizados por la escritura o por signos gráficos. Aquí se está dentro de la corriente tradicional, para la cual, como se sabe, el documento se define, primariamente, por su nota esencial de la escritura. — *estructural*

#### ii) *No escritos o no literales*

Aquí se encierran todos aquellos objetos muebles representativos de algo jurídicamente relevante. Se refiere a la tesis de la representación o amplia del documento. También conocida como la de la corriente o el enfoque funcional, por contraposición a la anterior o "literal", denominada también "estructural".

### — c) *De acuerdo a la persona de la cual emanan, o de conformidad con su autor*

#### i) *Públicos*

Estos son aquellos que son confeccionados por un funcionario público en el ejercicio de su función pública, dentro del ámbito de su competencia. Y de acuerdo a las formalidades de ley, El Código Civil costarricense, afirma que estos documentos son todos los que han sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones, al tenor del artículo 732. Por su parte, el Código Civil español, sostiene que estos documentos son los autorizados por un notario o empleado pú-

blico competente, con las solemnidades requeridas por la ley, de acuerdo con la lectura del artículo 1.214. <sup>(38)</sup> <sup>(39)</sup>.

Estos documentos públicos se suelen dividir en:

- 1º Documentos públicos en general; y,
- 2º En instrumentos públicos

Ello responde al convencional criterio de que los primeros son los que no son elaborados por un notario público, sino por empleados o funcionarios públicos. Así, se puede decir, que son instrumentos públicos los documentos manufacturados por notarios públicos en el ejercicio de su función notarial pública; y, que los demás documentos públicos, son los que emanan de funcionarios públicos, de acuerdo a las solemnidades legales y en el ejercicio de una función pública.

Los documentos públicos en general pueden provenir de la Administración o Poder Ejecutivo; o del Poder Judicial o Poder Legislativo; llamándoseles como es obvio, respectivamente: documentos públicos administrativos, judiciales y parlamentarios.

Por su parte, los instrumentos públicos pueden ser de dos clases: escrituras o actas notariales.

Ahora bien, se puede decir que los documentos públicos, como categoría global, son los que, por su esencia pertenecen plenamente al ordenamiento jurídico público. Los rasgos fundamentales que revelan esta pertenencia son: la calidad pública del autor de que proceden, del objeto sobre el que recaen y de la forma con que se realizan <sup>(40)</sup>. En fin de cuentas estos documentos son formados en el ejercicio de una actividad pública <sup>(41)</sup>.

En lo referente a los instrumentos públicos: escrituras y actas notariales, podemos decir, convencionalmente, que las primeras, en principio, presentan un contenido declaratorio de voluntad, un negocio

<sup>(38)</sup> Muñoz Sabaté Luis, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Praxis, Barcelona, 1967, págs. 330 a 340.

<sup>(39)</sup> Por ejemplo: el Código civil de Chile, en su art. 1.699, define los documentos públicos como aquellos autorizados en las solemnidades legales por el funcionario competente. En igual sentido, el art. 903 del Código Civil de Bolivia. Asimismo, el nuevo Código de Procedimiento Civil de Colombia, en su art. 251 define este documento, como aquel otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención, precisando que, cuando consiste un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es un instrumento público, hablándose de escritura pública, en el caso de que sea otorgado por un notario o por quien haga sus veces haya sido incorporado en el respectivo protocolo.

<sup>(40)</sup> Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, op. cit., t. I, pág. 395.

<sup>(41)</sup> Núñez Lagos, Rafael, *Hechos y derechos* . . . , Edición del Instituto de Estudios Jurídicos de Madrid, pág. 32.

jurídico, mientras que las segundas, por lo general, contienen un hecho cualquiera, con exclusión de uno de los que típicamente son de claraciones de voluntad<sup>(42)</sup><sup>(43)</sup>.

Es preciso hacer una advertencia importante con respecto a los documentos notariales. Ella es la siguiente: los documentos emanados por un notario público son documentos públicos, en su sentido integral. Ahora bien, para que sean, a su vez, instrumentos públicos, requieren, de acuerdo con Chico Ortiz, y Ramírez Ramírez, de un requisito adicional: el estar destinados, desde su creación, a formar parte del protocolo. Por esto, estos autores definen el instrumento público como aquel documento público, autorizado, o extendido, con las solemnidades legales por un notario competente, a requerimiento de parte e incluidos en el protocolo, y que contiene un hecho, un acto o un negocio jurídico para su prueba, eficacia o constitución, así como las copias notariales del mismo<sup>(44)</sup>.

Fausto Moreno nos presenta una clasificación de documentos notariales, que estimamos de interés consignar en nuestro estudio. Ella es la que transcribimos a continuación:

<sup>(42)</sup> Cabanellas, Guillermo, *Diccionario usual de Derecho*, Santillana, Madrid, t. I, letras de la A a la D, 1963, pág. 738 a 740. Brewer Carias, *Consideraciones acerca de la distinción entre . . .*, op. cit., pág. 204. Chico Ortiz y Ramírez Ramírez, *Temas de Derecho notarial*, op. cit., págs. 42 y 43.

<sup>(43)</sup> Por ejemplo, en el articulado 144 del Reglamento Notarial Español, se dice que el instrumento público comprende las escrituras públicas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en copia o testimonio. Añadiendo este numeral, que el contenido propio de las citadas escrituras son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que implican prestación de consentimiento y los contratos notariales que afectan exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos; aparte de otros casos en que la legislación notarial establece el acto como manifestación formal adecuada. A su vez los testimonios, legalizaciones y demás documentos notariales que no reciban la denominación de escrituras públicas o de actas, tienen como delimitación, en orden al contenido, la que este Reglamento les asigna. El art. 143 de tal Reglamento define los documentos notariales como instrumentos públicos, "a los efectos del art. 1.217 del Código Civil". Asimismo se lee en el art. 197 de ese Reglamento que los notarios, a instancia de parte, extenderán y autorizarán actas en que se consignen los hechos y circunstancias que presencien o les consten, y por su naturaleza no sean materia de contratos. En lo referente a la Ley del Notariado de Costa Rica, el art. 57 establece que es instrumento público la escritura otorgada conforme a las prescripciones de esta ley, así como cualquier otro documento al cual la ley le dé expresamente este carácter, al tenor del título III de la misma: "De los instrumentos públicos".

<sup>(44)</sup> Chico Ortiz y Ramírez Ramírez, op. cit., págs. 40 a 45.

—Documentos notariales con valor de instrumento público.

\* Incorporados al protocolo.

Escrituras (inter vivos, mortis causa), las cuales pueden ser o bien originales, o bien copias.

Actas de presencia, notoriedad, protocolización y depósito.

\* No incorporados al protocolo.

Testimonios, legitimaciones, legalizaciones, certificaciones de autenticidad de firmas y traducciones.

—documentos notariales sin valor de instrumento público:

Comunicaciones, libro indicador, índices, oficios, partes oficiales a la dirección, al decanato, etc.<sup>(45)</sup>.

## ii) *Semipúblicos*

De acuerdo con Muñoz Sabaté, esta clase de documentos son los libros de los comerciantes o libros de comercio<sup>(46)</sup>. La razón es conocida. Estos documentos son elaborados por los particulares dedicados al comercio, o, llanamente, "comerciantes". Pero si bien es cierto que su autor es una persona privada y no pública, como es el comerciante, se da con respecto a tales libros la nota característica de que para surtir efectos legales, para ser eficaces, como tales libros de comercio, requieren de la sanción legal otorgada por el Derecho Público, es decir, por la Administración Pública. Están sujetos a una gama de controles, ex-ante y ex-post, para producir efectos jurídicos en la órbita negocial. Si carecen de las prescripciones legales respectivas, esos libros son ineficaces a la vez que se establecen sanciones contra los infractores de las correspondientes normas.

Tales peculiaridades, son las que le dan un rasgo semipúblico a los mencionados libros. Estos no son documentos públicos "per se", pero tampoco se puede decir que sean documentos privados. Por este motivo hay la tendencia a localizarlos en la zona media existente entre los documentos públicos y los privados.

<sup>(45)</sup> Moreno, Fausto, *Documentos*, Seix, Barcelona, NEJ: Nueva Enciclopedia Jurídica, 1955, t. VII, pág. 677. Este autor señala que los documentos judiciales (documentos públicos en general) pueden dividirse en sentencias, autos, providencias, mandamientos y testimonios, y los administrativos de acuerdo a su procedencia de la Administración Central, o Local—Municipal—, id. pág. 677.

<sup>(46)</sup> Muñoz Sabaté, op. cit., págs. 338 a 340.

Veamos por ejemplo que el artículo 33 del Código de Comercio español, expresa al respecto: los comerciantes deben llevar necesariamente un libro de inventarios y de balance, un libro diario, un libro mayor, un copiador de cartas y telegramas, y los demás que ordenen las leyes especiales. Además se deberá llevar un libro de actas, en el que constarán los acuerdos que se refieran a la marcha y a las operaciones sociales tomadas por las Juntas Generales y los Consejos de Administración. Estos libros deben ser presentados al juez municipal del distrito en donde tuvieren su establecimiento mercantil para que ponga en el primer folio de cada uno, nota firmada de los que tuviere cada libro, estampándose, además, en todas las hojas de cada libro el sello del citado juzgado que lo autorice. Esta es la obligación ineludible referida a los indicados libros del comerciante. Ahora bien, si éste tiene otros libros, aparte de los mencionados, si lo desean, pueden legalizarlos del modo y en la forma que manda el artículo 36 del Código mencionado.

Este mismo numeral establece que los libros que obligadamente debe el comerciante legalizar, tal y como lo ordena el mismo, deben ser presentados al respectivo juzgado municipal ((47)).

En nuestro país, el Código de Comercio en su artículo 251 manda que sin perjuicio de los libros que la ley tributaria exige a toda persona natural o jurídica, los comerciantes están obligados a llevar otros legalizados por la Tributación Directa, en los cuales se consignen, en forma fácil y precisa, sus operaciones comerciales y su situación económica. Siendo indispensable, para el comerciante, llevar estos libros: el de balances e inventarios, el diario y el mayor, los cuales deben ser encuadernados y foliados, pudiéndose llevar las hojas columnares y los libros registros auxiliarse que consideren necesarios, no siendo necesario para éstos el requisito de la legalización. En tratándose de sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, ellas deberán llevar, además de los citados, un libro (o varios) de actas debidamente legalizados por la Tributación Directa para lo cual presentarán certificación de inscripción de la Sociedad en el Registro Público.

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta, en su artículo 31 establece que las personas físicas con ingresos brutos menores o iguales a cien mil colones, provenientes de cualquiera de las fuentes siguientes: del dominio o mero usufructo de bienes raíces, del dominio o mero usufructo de títulos de crédito emitidos por corporaciones públicas o privadas, del trabajo, prestación de servicios o desempeño de funciones de cualquier naturaleza, de pen-

(47) En igual sentido se pronuncian los artículos 33 al 50 del Código de Comercio Mexicano. El art. 33 establece que el comerciante debe llevar, por lo menos, tres libros: el de inventarios y balances; el general de diario, y, el mayor de cuentas corrientes. Y, el de actas, exigible a las "sociedades y compañías por acciones". El art. 34 manda que esos libros deben estar forrados, foliados, sellados y encuadernados; y con el timbre de ley.

siones, jubilaciones y otras rentas semejantes, cualquiera que sea su origen, de negocios, empresas, explotaciones u operaciones cualquiera que sea su naturaleza, que no estén exceptuadas por la Ley del Impuesto sobre la Renta, y, de las sumas originadas por el aguiñado, dado por la empresa pública o por la empresa privada, tal y como se dispone en el artículo 5 de dicha Ley, exceptuadas únicamente, las personas que solamente tengan ingresos fijos consistentes en salarios, sueldos, dietas, pensiones, honorarios, llevarán un libro de entradas y salidas clasificadas por columnas en el que se registrarán diariamente los ingresos y egresos. Además, de la obligación de llevar otro libro de inventarios, en el cual se anotarán, al final de año fiscal, todos sus bienes y deudas, indicando el registro completo del activo y pasivo, una liquidación al 30 de septiembre de cada año, que demuestre la pérdida o la ganancia habida en sus actividades, teniendo que legalizar ambos libros.

Esto es en lo que concierne a las personas físicas y su relación con la política tributaria del país, y, en lo que a nosotros nos interesa, a los efectos del presente estudio, en cuanto tengan vinculación con actividades mercantiles, y operen como comerciantes. Ahora bien, por lo que atañe a las personas jurídicas, el mismo artículo 31 citado, ordena que las mismas, de cualquier naturaleza, y las de hecho, cualquiera que sea el monto de sus ingresos brutos, así como las personas físicas y las sucesiones indivisas, con ingresos brutos mayores de cien mil colones, llevarán el juego completo de libros, consistentes en diario, mayor e inventarios y balances, y uno para el cálculo de mercaderías, cuando el contribuyente fuere importador. Agregando que estos libros deberán llevarse al día, legalizados, en idioma castellano y siguiendo las normas de contabilidad adecuadas para el buen control de sus operaciones. Los asientos registrados en los libros de contabilidad deben estar respaldados por los correspondientes comprobantes o documentos. Estos comprobantes deben respaldar los libros de todas las personas obligadas por ley a llevarlos, ya sea que sus ingresos brutos sean mayores o menores de cien mil colones anuales. Además cabe remitirse a los arts. 110, 119 y 123 del Código Tributario de 1971.

Como se sabe, los controles legales que se establecen con relación a los libros de los comerciantes, al menos, responden a las exigencias fiscales del Estado y a la buena marcha de la vida mercantil, con todo lo que ello implica. En el apartado respectivo, se estudiarán más detalladamente estos documentos semipúblicos.

### iii) Privados

Un modo de decir lo que son estos documentos es afirmando que son todos aquellos que no son ni públicos ni semi-públicos. Es la conocida forma de definir por medio de la negación: esto es lo que no es aquello u lo otro. La idea matemática del conjunto intuitivamente dicho, facilita la representación gráfica de esta materia de definición.

Si se dice que el conjunto de los documentos está compuesto por tres subconjuntos: a) el de los públicos; b) el de los semi-públicos; y c) por los que no pertenecen a ninguno de los anteriores subconjuntos, caemos, así, en los privados. Esta idea intuitiva de conjunto nos puede ser de utilidad para operar con una definición de esta clase (48). También se puede decir que los documentos privados son aquellos elaborados y suscritos por personas privadas (49). Ahora bien, cabe la posibilidad de que sean documentos públicos aquellos elaborados por personas públicas en el caso de que no ejerzan funciones públicas, sino privadas. O, también, que lo haga un funcionario público incompetente. Es decir, de lo que se trata es de señalar que para que un documento sea público es imprescindible que se den, concomitantemente estos requisitos: 1º, que sea extendido por un funcionario público; 2º, que ello lo realice dentro de funciones de su competencia; y, 3º, de conformidad con las prescripciones legales respectivas. En el supuesto de que uno al menos de esos requisitos no se dé, se estará en presencia de un documento privado.

En lo que concierne a una posible división de estos documentos privados, se dice que cabe hablar de *preconstituidos*, *ocasionales*, *constitutivos* y *testimoniales*. Los *primeros*, son aquellos que se elaboran con el fin de preconstituir una prueba, previniendo un futuro juicio. Por ejemplo, cuando se manufactura un contrato de arrendamiento. Los *segundos* son los que se hacen sin tener en cuenta la idea de un proceso por entablarse, como sería el caso de la redacción de una carta. Los *terceros* son los que prueban directamente el hecho de autos. Tal sería el caso de la controversia judicial sobre un contrato de compra-venta, en el cual se hace valer el correspondiente documento. Y, los *testimoniales*, son los que dan un dato. Por ejemplo, en la carta del vendedor se dice que él ha recibido el precio de la cosa u objeto de la transacción, en el supuesto de un litis que verse sobre este punto. (50).

Las anteriores denominaciones responden a una división de los documentos privados que tome en cuenta el fenómeno probatorio. Como toda clasificación, reiteramos, es útil a los efectos heurísticos y propios de la investigación.

#### d) De conformidad a su naturaleza

i) *Indubitados*: a los efectos del cotejo de documentos son llamados así aquellos que no son falsos, por la forma o por el fondo. Es el artículo 604 de la ley de enjuiciamiento civil, en su párrafo segundo, el que se refiere a ellos al decir que no será necesario el re-

(48) Bosch, Jorge, *Introducción al simbolismo lógico*. EUDEBA, Buenos Aires, 1971, págs. 55 a 70.

(49) Prieto-Castro, *Derecho procesal civil*, op cit., vol., págs. 491 y 492.

(50) Apud Prieto-Castro, vol. I, págs. 491 y 492.

conocimiento de documentos privados y la correspondencia bajo juramento a la presencia judicial por la parte a quien perjudiquen, si lo solicitare la contraria, cuando la parte a quien perjudique el documento lo hubiera aceptado como legítimo al fijar los hechos en los escritos de contestación, réplica o dúplica. Al tenor de la redacción de este artículo, también se le llaman a los documentos indubitados, documentos legítimos.

ii) *Legalizados*: son aquellos documentos que contienen la afirmación de que el documento procede de la persona que lo suscribe (51).

iii) *Fehaciente*: es el documento que hace fe, en concordancia con la naturaleza del respectivo documento.

iv) *Auténtico*: la jurisprudencia española sostiene que es aquel documento que por sí mismo hace prueba o da fe de su contenido (52).

#### G) EL DOCUMENTO COMO PRUEBA LEGAL Y COMO PRUEBA PRECONSTITUIDA

##### a) Nota introductoria

Nos referimos a este respecto de la cuestión de la teoría del documento, ya que nos permite relacionar el documento con la prueba. Esta relación facilita el estudio y la comprensión de la importancia del documento cuando se piensa en un específico y concreto proceso civil, en el cual el documento actúa como medio probatorio. Cabelmente, por este hecho trivial es que nos interesa, además, destacar esta perspectiva desde la cual se puede analizar, asimismo, el documento.

(51) De conformidad con el artículo 265 del Reglamento Notarial Español, el mismo mismo afirma que para los efectos del art. 30 de la Ley Notarial (que dice que las escrituras autorizadas por notario harán fe en la provincia en que resida y que para hacerla en las demás provincias, deberá ser legalizada la firma del notario autorizante y por otros dos notarios del mismo partido judicial, o por el visto bueno del juez de primera instancia, que pondrá el sello del juzgado) se legalizará la firma del citado notario autorizante, siempre que el documento deba hacer fe fuera del territorio del Colegio o que pertenezca al mismo. A su vez la resolución del Tribunal Supremo de España, del 5 de enero de 1931, afirmó que los notarios pueden negarse a legalizar toda clase de documentos, siempre que no deban surtir efectos fuera del mencionado Colegio notarial. Asimismo el art. 266 del indicado Reglamento, define la legalización como comprobación extendida al final de un documento autorizado por notario colegiado, fechada, signada, rubricada y sellada por otros dos notarios del mismo Colegio. Añadiendo el art. 267 del mismo Reglamento que las legislaciones llevarán un sello del supradicho Colegio.

(52) Apud Prieto-Castro, vol. I, pág. 492.

## b) El documento como prueba legal

El profesor Almagro Nosete nos dice al respecto, que la prueba documental tradicionalmente se ha estimado como prueba legal y como prueba preconstruida. Lo cual se palpa al leer los artículos 1.218 a 1.230 del Código Civil de España. El artículo 1.218 citado afirma que los documentos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. Asimismo, harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros. Por su parte, el artículo 1.230, del mismo Código, manda que los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto alguno contra tercero. Ahora, añadamos lo que dice el artículo 1.215 del cuerpo legal indicado. Según esta norma, los medios probatorios son: los instrumentos, la confesión, la inspección personal del juez, los peritos, los testigos y las presunciones. A su vez, el artículo 1.221, del Código citado, prescribe que cuando hayan desaparecido la escritura matriz, el protocolo, o los expedientes originales, harán prueba: 1º, las primeras copias, sacadas por el funcionario público que las autorizara; 2º, las copias ulteriores, libradas por mandato judicial, con citación de los interesados y con su conformidad. A falta de las copias mencionadas, harán prueba cualesquiera otras que tengan la antigüedad de treinta o más años siempre que hubiesen sido tomadas del original por el funcionario que lo autorizó u otro encargado de su custodia. Por lo que respecta a las copias de menos antigüedad, o que estuviesen autorizadas por funcionario público en quien no concurren las circunstancias mencionadas en lo dicho anteriormente, sólo servirán como principio de prueba por escrito. A su vez, la fuerza probatoria de las copias de una copia será apreciada por los tribunales según las circunstancias.

Leyendo estos dos numerales del cuerpo sustantivo civil, el 1.215 y el 1.221, se ve claramente que los mismos están destinados al juzgador de acuerdo con un criterio de integración lógica. Recordando, por el momento, que la prueba legal, a la cual nos estamos refiriendo, es el resultado de la valoración anticipada que con base en reglas de experiencia verifica el legislador de determinados actos o hechos para concederles eficacia, con independencia del punto de vista del juez con relación a la verosimilitud de alegaciones específicas<sup>(53)</sup>

Claro está, que es sabido que la Ley de enjuiciamiento civil y el Código Civil de España siguen un sistema que se podría calificar de mixto, ya que establece ciertas reglas para los jueces en cuanto a la valoración de las pruebas se refiere, y, al propio tiempo, reconoce a ellos la absoluta libertad, en otros casos, para apreciar la fuerza de la prueba conforme a un criterio racional y justo<sup>(54)</sup>. Lo cual hace pertinente la reflexión de que al ubicar el interés en la valoración de

(53) Almagro Nosete, José, *La prueba de informes*, op. cit., págs. 105 y 106.

las pruebas por el juez se confirma la tesis que sostiene que en el derecho moderno el juez debe formar su convicción —acerca de la verdad de los hechos afirmados—, libremente por el resultado de las pruebas, es decir, empleando las reglas de la lógica y de la experiencia y el conocimiento de la vida.<sup>(55)</sup>

Almagro Nosete precisa, con respecto a la prueba legal, que por razón de su propia naturaleza debe estar explícita y concretamente regulada en la ley de tal manera, que como el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil de España al regular el documento, contemplan de modo exclusivo los supuestos del documento escrito, sólo en relación con el mismo, cabe la aplicación de las reglas imperativas dirigidas al juez, en orden a la valoración de su eficacia probatoria. Advirtiendo que en el caso de las demás especies documentales (fotografía, cinematografía o la fonografía, por ejemplo), en el supuesto de que fueran admitidas por el órgano judicial, habrán de ser valoradas conforme el sistema de la sana crítica vigente, con carácter general, en la Ley de enjuiciamiento civil española. Agregando este autor que en todo caso a lo más que se pudiera llegar sería a la admisión de un criterio de interpretación analógica en tanto y en cuanto estas pruebas “innominadas” —como las bautizó Carnelutti<sup>(56)</sup>— reúnan los caracteres de las escritas<sup>(57)</sup>.

Con relación a la prueba legal, Guasp ha sostenido que el sistema de la prueba legal o tasada tiene que ser científicamente rechazado. Ello por cuanto las normas de derecho son inidóneas para ordenar una eficacia probatoria, dado el sentido de la prueba misma. Ya que siendo la norma jurídica un imperativo, va dirigida a inclinar en cierta dirección la voluntad de un sujeto y no es apta, por naturaleza, para imponerse frente a otras actividades de la personalidad, entre ellas, las creencias. Añadiendo que esta clase de prueba es una anomalía jurídica, ya que destinadas por esencia las operaciones probatorias a convencer al juez de la existencia o inexistencia de un

(54) Miguel Romero, Mauro, y De Miguel y Alonso, Carlos, *Derecho Procesal práctico*, op. cit., t. I, pág. 351.

(55) Prieto-Castro, op. cit., vol. I, pág. 467.

(56) Carnelutti, llamó los documentos no escritos “documentos que constituyen pruebas innominadas, en la medida en que salen de los marcos de la concepción originaria del documento como escrito. Como se sabe para este italiano el documento es una cosa que “docet” que tiene la virtud de hacer conocer su contenido representativo; es una cosa, un “opus”, resultado del trabajo del hombre, que sirve para representar otra. Es el fruto de la elaboración humana sobre la materia. *Sistema de derecho procesal*. T. II, editado por Utet, Buenos Aires, 1944, pág. 474 y su versión original en italiano *Sistema di Diritto processuale*, editado por CEDAM, Milano, 1936, págs. 674 a 831 T.I. especialmente su pág. 690, en la cual está escrita la archirrepetida definición del documento como una cosa que muestra o enseña, según la dejamos ya consignada en esta nota.

(57) Apud Almagro, Nosete, págs. 106 y 107.

dato procesal determinado, en el momento de llegar a la obtención del resultado de dichas operaciones se prescinde de tal convicción y se la sustituye por un imperativo<sup>(58)</sup>. Lo cual reafirma, en nuestro criterio, con otras palabras, Núñez Lagos, al sostener que la prueba legal es tal en virtud de estar valorada en la ley, siendo la norma de valor de una prueba legal, un precepto de derecho sustantivo e independiente de la estructura formal del medio de prueba. Pero, complementa este autor, no sólo esa norma sustantiva de prueba es condición de la posibilidad del medio de prueba, sino también la medida de su eficacia. Por eso es, antes que norma de prueba, una norma de eficacia. La norma, al proclamar el valor de un medio probatorio, impone el deber de acatar tal valor.<sup>(59)</sup>

Cabe citar el criterio del Presidente del Tribunal Supremo de España, Valentín Silva Melero, quien mantiene la tesis de que se debe mantener la primacía de la libre valoración, siempre dentro del respeto a lo que la ley establezca en los supuestos concretos. Precizando su punto de vista favorable a la prueba libre sobre la prueba legal: "optamos por el libre pero no arbitrario, convencimiento judicial, expresión de una moderna concepción lógica que representa el aspecto funcional del proceso moderno que destaca la preferencia de la prueba libre a la prueba legal"<sup>(60)</sup>.

### c) El documento como prueba preconstituida

Veamos ahora el documento desde el ángulo de su elaboración con vistas a un futuro y posible proceso que no necesariamente se dará, pero que las partes lo hacen como una medida preventiva en el supuesto de que la litis se llegase a plantear efectivamente.

Como es sabido, fue Jeremías Bentham quien se propuso el término de pruebas preconstituidas, definiéndolas como aquellas en que el medio de prueba llevado al proceso es una representación ya formada, a fin de comunicar al juez y fijar en la sentencia el hecho representado que constituye el "thema probandum"<sup>(61)</sup>. También se ha dicho que estas pruebas son las que las partes crean al momento de la celebración de un negocio jurídico, con el objeto de proporcionar de antemano un elemento de convicción para el eventual supuesto de una

(58) Apud Guasp., T. I., págs. 338 y 339.

(59) Citado por Almagro Nosete en su obra indicada: *La prueba de informes*, págs. 106 y 107.

(60) Silva Melero, op. cit., t. I, págs. 131 y 132.

(61) Gómez Orbaneja, Emilio, *La prueba preconstituida*. Anales de la Academia Matritense del Notario, t. II, 1950. Reus, Madrid, págs. 85 y 87.  
Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, Madrid, 1847, págs. 145 y 166-167, en las cuales se refiere a las pruebas preconstituidas y a las circunstancias. Lessona, Carlos, *Teoría general de la prueba en derecho civil*. Reus, Madrid, 1957, t. I, pág. 65.

contienda judicial posterior. Tal es el caso de la escritura pública, el instrumento privado, etc.<sup>(62)</sup>.

Almagro Nosete nos puntualiza que las notas que caracterizan las pruebas preconstituidas son: 1º, preexistencia del medio de prueba; 2º, carácter real por contraposición a personal de dicho medio; y, 3º, recepción directa por parte del juzgado de la prueba en la forma que la misma tenga desde el acto de su creación, bien sea esta identidad entre lo que se forma y lo que se recibe referida solamente al contenido representativo del medio de prueba por razón, en su caso, de reproducciones documentales (copias de documentos), bien sea consecuencia de la inalterabilidad de la cosa misma que es objeto de prueba. Añadiendo este autor que las condiciones de idoneidad indicadas para la prueba preconstituida concurren en la prueba por documentos y en las de reconocimiento judicial sobre piezas de convicción o cosas inmuebles, es decir, en todas las que aparece como denominador común el hecho de que el medio de prueba ofrece a la interpretación del juez de manera directa. Cabalmente, en el ordenamiento jurídico español el carácter preconstituido de la prueba documental se manifiesta al exigirse como requisito temporal, para la eficacia de esta prueba, la presentación de los documentos en que se funde el derecho de las partes en el momento de iniciación del litigio, en cuanto que éstos deben acompañarse a los escritos de demanda y contestación a la misma con las excepciones que la ley establece.<sup>(63)</sup>

El criterio del Tribunal Supremo de España, como es sabido, es positivo en cuanto a la calificación de la prueba documental como prueba preconstituida.<sup>(64)</sup>

(62) Colin y Capitant, *Curso elemental de derecho civil*. Reus, Madrid, 1960. t. III, pág. 445. Casarino Viterbo, Mario *Manual de derecho procesal*, Ed. Jurídica de Chile, t. IV, Santiago, 1967, pág. 77.

(63) Las excepciones a tal disposición se encuentran en los artículos 504 y 506 de la ley de enjuiciamiento civil de España. La primera de estas normas dice que también deberá acompañarse a toda demanda o contestación, el documento o documentos en que la parte interesada funde su derecho, designando el archivo o lugar en que se encuentren los originales si no los tuviere. Entendiéndose que el autor tiene a disposición los documentos y deberá acompañarlos precisamente a la demanda siempre que existan los originales en un protocolo o archivo público del que pueda pedir y obtener copias fehacientes de ellos. Por su parte, el artículo 506 manda que después de presentada la demanda y la constitución no se admitirán al actor ni al demandante, respectivamente, otros documentos que los que se hallen en alguno de los casos siguientes: 1º, ser de fecha posterior a dichos escritos; 2º, los anteriores respecto de los cuales jure la parte que los presentes, no haber tenido antes conocimiento de su existencia; y 3º, los que no hayan sido posible adquirir con anterioridad por causas que no sean imputables a la parte interesada, siempre que se haya hecho oportunamente la designación expresada en el art. 504 citado ("si no los tuviere a disposición, designará el archivo o lugar en que se encuentren los originales").

(64) Sentencia de 10 de abril de 1951, en la cual se afirma que la prueba docu-

Con respecto al tema de las pruebas preconstituidas se ha hablado también de pruebas simples, circunstanciales y literales. Veamos en qué sentido.

Por ejemplo, Bonnier expresa que la prueba preconstituida se confunde, generalmente, con la prueba literal, ya que desde tiempos inmemoriales se ha empleado la escritura para perpetuar el recuerdo de los sucesos jurídicos, así como todos los demás hechos cuyas huellas se desea conservar. Aclarando que puede haber prueba preconstituida sin que necesariamente conste por escrito, es decir, que no siempre la prueba preconstituida es prueba literal. Ya que lo que define a la primera como preconstituida es que se cristalice de modo anticipado algún hecho que se desea conservar, por algún medio pertinente para tal conservación, entre ellos, claro está, la escritura, pero, además, cualesquiera otros que faciliten esa plasmación previa, de un determinado medio probatorio <sup>(66)</sup>. Por su parte, Prieto-Castro, divide la prueba por su origen, en simple y preconstituida, siendo la primera de ellas lo que se crea en el acto del proceso, así, por ejemplo: la testifical. Dando como ilustración de las segundas, el documento <sup>(66)</sup>. También, Bentham, como vimos, se refirió a las pruebas preconstituidas y a las circunstanciales. En lo que nos interesa resaltar, este autor las concibe como las que dependen del azar, como los testigos <sup>(67)</sup>. Además de la confesión de las partes, de los informes de los peritos <sup>(68)</sup>, etc.

La tesis más amplia y simple sobre la prueba preconstituida, es la que afirma que esta prueba es aquella que existe con anterioridad al proceso que se está ventilando en un momento dado <sup>(69)</sup>. Como se observa, es una delimitación muy amplia de esta prueba; sin embargo, es funcional en la medida en que facilita una apreciación directa y rápida de la misma.

mental es una prueba preconstituida, que tiene por objeto mostrar en juicio la constancia de un hecho o declaración anterior. Por su parte la Sentencia de 30 de octubre de 1952 dice que se le permite al actor y al demandado presentar documentos que sean librados en fecha posterior a la presentación de los escritos de demanda y contestación, siempre que los hechos que se se tratan de acreditar, asimismo, sean posteriores a dicha presentación de los mencionados escritos, (pág. 105 a 113 del libro apuntado de Almagro No-sete).

<sup>(65)</sup> Bonnier, Eduardo, *Tratado de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*. Reus, Madrid, t. II, 1929, págs. 5 y 6.

<sup>(66)</sup> Apud Prieto-Castro, vol. I, pág. 456.

<sup>(67)</sup> Apud Bentham, págs. 145, 166 y 167.

<sup>(68)</sup> Apud Casarino Viterbo, Mario, pág. 77. Camelutti, Francesco, *Instituciones de proceso civil*. EJEA, Buenos Aires, vol. I, pág. 262, 1959.

<sup>(69)</sup> De Stefano, Giuseppe, *Collisione di prove civile*. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1951, pág. 144. Taruffo, Michele, *Studi sulla rilevanza della prova*. CEDAM Padova, 1970, pág. 54.

#### IV

### PRUEBA POR DOCUMENTOS PUBLICOS (\*)

#### A) Preliminares

En la legislación costarricense se dan las pautas a seguir en lo que respecta a la prueba por documentos públicos, con un criterio similar al sistema francés y español.

El tratamiento de este aparte lo realizaremos parangonando nuestra normativa con la de España y otros países que estimemos oportuno y conveniente; ello con el fin de dar un cuadro más completo de esta clase de prueba documental. Asimismo, citaremos jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, que nos parece idónea para ilustrar determinado punto de la cuestión que específicamente estemos analizando.

#### B) Definición del Código Civil.

El artículo 732 del cuerpo legal sustantivo civil de Costa Rica, define los documentos públicos como aquellos que han sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según la formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones. Mediante ley número 3.890 de 19 de junio de 1967, se adicionó ese artículo, con la afirmación de que las fotocopias de los documentos originales tendrán el carácter de tales documentos, si el funcionario correspondiente de la oficina que las autoriza certifica en ellas la razón de que son copias

(\*) Alberto Brenes Córdoba, en su *Tratado de obligaciones y Contratos*. (San José: Lehmann 1936, 2ª ed., págs. 139 a 146, del Cap. XIII). Hace el análisis de la prueba documental o literal.

fieles de los originales, y cancela con el sello de la oficina las especies fiscales de ley.

En lo que atañe a los documentos públicos notariales, la Ley Orgánica del Notariado, en su artículo 733, expresa que es instrumento público la escritura otorgada ante el notario o cartulario, debidamente autorizada <sup>(70)</sup>, y los respectivos testigos instrumentales legitimados para ello <sup>(71)</sup>.

(70) El art. 1 de dicha ley costarricense establece que la persona autorizada para ejercer el notariado tiene fe pública cuando hace constar un acto jurídico o un contrato que tenga por objeto asegurar o hacer constar derechos puramente civiles en los límites que la ley señala a sus atribuciones y con observancia de los requisitos que ella exige. Por su parte el art. 3º del mismo cuerpo legal afirma que para optar al título de notario se necesita ser costarricense por nacimiento o por naturalización, pero de origen centroamericano, y en este último caso graduado mediante examen en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, ser del estado seglar, mayor de edad, abogado de los Tribunales de la República, notoriamente conocido, de conducta y antecedentes honrados y no tener motivo legal de incapacidad para el ejercicio de su cargo; debiendo los naturalizados, además, acreditar que en su país de origen se concede reciprocidad. Estableciendo, el siguiente artículo cuarto de la misma ley que el que quiere obtener el título para ejercer el notariado lo solicitará a la Facultad de Derecho. La petición se presentará por escrito, en papel sellado de cincuenta céntimos, con indicación del nombre, apellidos y el número de cédula de identidad del solicitante, e irá acompañado del título de abogado, del recibo de la tesorería de la Universidad que demuestre el pago de los derechos que causa la expedición del título, del documento que acredite que es mayor de edad y de la constancia o constancias que prueben que el solicitante ha practicado con algún notario, por lo menos durante dos años consecutivos. A su vez, el artículo 8 de la indicada ley, prescribe que para ejercer las funciones de notario, se requiere el título de tal, autorización legal para ejercer la profesión y otorgamiento de garantía hipotecaria, fiduciaria o póliza de fidelidad del Instituto Nacional de Seguros por la suma de diez mil colones.

(71) El artículo 733 del Código Civil costarricense establece que los testigos instrumentales deben ser mayores de dieciocho años, de buena conducta deben saber leer y escribir, y deben carecer de impedimento legal. El art. 734 del mismo Código prescribe que no pueden ser tales testigos, por estar absolutamente impedidos para ello, quienes se encuentren en estos supuestos: 1º, las personas que estén locas o sufran otras incapacidades mentales; 2º, quienes padezcan de sordera o ceguera; 3º, las personas inhabilitadas para ejercer cargos públicos, y 4º, quien haya sido condenado por perjuicio o delito contra la propiedad. Presentan una imposibilidad relativa para ser testigos de ese tipo: 1º, quien esté directamente interesado en el acto o contrato a que se refiere la escritura; 2º el ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano, tío, sobrino, ya lo sea por consanguinidad o afinidad, y el sirviente doméstico del cartulario, y 3º, quien esté ligado por matrimonio o por cualesquiera otro vínculo especificados en el inmediato anterior apartado; 2º, con el otorgante que adquiera derechos en virtud del acto o contrato objeto de la escritura.

## C) Fuerza Probatoria

### a) Nota introductoria

En este apartado analizaremos la fuerza probatoria del documento público, de acuerdo al criterio de si ha sido expedido en el territorio nacional o en territorio extranjero. Es este un medio de estudiar dicha fuerza probatoria, que toma en cuenta el lugar de la elaboración del mismo. Este criterio de análisis nos permite detallar las normas que regulan esta materia y sus peculiaridades.

### b) Documento público otorgado en territorio nacional

De acuerdo con el artículo 735 del Código Civil costarricense, los documentos públicos o instrumentos públicos <sup>(72)</sup> hacen prueba de la existencia material de los hechos que el oficial público afirma en ellos haber realizado el mismo o haber pasado en su presencia en el ejercicio de su funciones, mientras no sean impugnados como falsos. De conformidad con la lectura simple de este numeral, tales documentos hacen plena prueba sólo de los hechos que el mismo contiene, mientras no sean atacados como falsos. En el supuesto de que el documento público sea impugnado como falso, el procedimiento y los efectos legales serán relativos a esta situación que estudiaremos más adelante.

En principio en este aspecto es que el documento público juega en el proceso civil como plena prueba, cuando la parte contra la cual se esgrime no lo ataca por falso, configurándose el otro principio de que "quien calla, otorga".

Como se sabe, en lo referente a estos documentos, se presume su autenticidad, en vista de su autor: el funcionario público o el notario que poseen fe pública <sup>(73)</sup>.

Se pueden dar algunas consideraciones relativas al tema que ahora estudiamos, entre ellas, las siguientes:

1º La fuerza probatoria del documento público se ejerce "erga omnes". En el caso de que se ponga en duda la exactitud del mismo, puede pedir la parte interesada la confrontación o cotejo con el original. Este cotejo de documentos se estudiará en un apartado posterior. } //

(72) Generalmente se hacen sinónimos las palabras "documento" e "instrumento" debido a la influencia de la tendencia estructural o tradicional que concibe el documento como escrito.

(73) Artículo 30 de la Ley Orgánica del Notariado (España), y, art. 1.218 del Código Civil de España. Prieto-Castro, op. cit., vol. 1, págs. 495 y 496. Por su parte, por ejemplo, el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil de Colombia, expresa que los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza.

2º Generalmente, el documento público se presenta al proceso civil, mediante una copia del mismo, motivo por el que los problemas nacen alrededor de tal copia.

3º La copia es eficaz en el proceso dado cuando la parte contra quien se esgriman no impugna su autenticidad.

4º En el supuesto de que en el proceso civil específico se dé la impugnación de la autenticidad de la copia, presentada al mismo, se recurre al conocido mecanismo del cotejo documental, que, como se dijo, se analizará posteriormente.

5º El documento otorgado por las partes ante Cartulario hace fe, no sólo de la existencia de la convención o disposición para los efectos de prueba, sino aún de los hechos o actos jurídicos anteriores que se relacionen en él en los términos simplemente enunciativos, con tal que la enunciación se enlace directamente con la convención o disposición principal, al tenor del artículo 737 del Código Civil costarricense.

6º Si existe una disposición extraña a la convención o disposición principal, no pueden servir de otra cosa los documentos respectivas, que de principio de prueba por escrito, de acuerdo con el artículo 737 "in fine", del Código Civil costarricense.

7º Importa destacar, aunque sea perogrullesco, lo que manda el artículo 738 del citado cuerpo legal costarricense, en cuanto a que la prueba que resulta de los documentos o instrumentos públicos se debe hacer por medio de los correspondientes originales, o por medio de copias sacadas legalmente de tales originales.

8º La copia obtenida de la matriz, con observancia de las formalidades legales, hará fe por sí sola de su exactitud con el original. Pero la parte a quien perjudique puede pedir que se confronte la copia con el original y, si no resultaren conformes, se estará a lo que diga la escritura original o matriz, salvo que ella contenga enmendaduras, raspaduras u otros defectos legales semejantes, pues en estos casos, así como el de no poderse verificar la confrontación o cotejo de documentos, por haberse perdido el protocolo, hará fe la copia mientras, legalmente no se demuestre su inexactitud o falsedad, de acuerdo con la lectura del artículo 739 del código indicado.

9º Por lo que respecta a las certificaciones o documentos públicos extendidos sin citación de partes, no carecerán, por ese solo motivo de valor probatorio, preo la parte contraria podrá solicitar el cotejo documental, en la forma de ley y, si este no pudiese verificarse por alguna razón, el valor del documento quedará sujeto a la prudente apreciación judicial en relación con las otras probanzas, de conformidad con lo que dispone el artículo 266, "in fine", del mencionado Código.

10º Por lo que se refiere a las copias obtenidas de otras copias, el principio que rige es que la fuerza probatoria de las mismas será apreciada libremente por el juzgador, de acuerdo con las circunstancias integrales del caso que tenga entre manos para su resolución.

### c) Documento público otorgado en el extranjero

Es el artículo 271 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica el que se refiere a este aspecto de la cuestión, al decir que los documentos públicos otorgados en otras naciones se equiparán, en su fuerza probatoria, a los documentos públicos otorgados en territorio nacional, si reúnen estos requisitos: a), que el otorgamiento se haya efectuado de acuerdo a las formalidades establecidas en el país donde se hubieren verificado los actos y contratos; y, b), que la firma del funcionario expedidor del respectivo documento esté debidamente autenticada (74).

Además el artículo 272 del citado Código procedimental, manda que a todo documento redactado en cualquier idioma que no sea el castellano, se debe acompañar la traducción del mismo y copia de aquél y de ésta. Pudiéndose hacer la traducción de modo privado y, en este caso, si alguna parte la ataca, manifestando que no la tiene por fiel y exacta, se hará la versión al castellano por el traductor oficial o por el que nombre el juez en defecto de aquél. Ese mismo principio, en cuanto al idioma castellano atañe, se lee en el artículo 58 de la Ley notarial costarricense, cuando afirma que todo instrumento o documento público notarial debe redactarse en castellano(75).

A su vez, el Código Civil nacional establece, en su artículo tercero, que se obliga a los costarricenses a que todo acto o contrato que realicen y que deba tener su ejecución en Costa Rica, cualquiera que sea el país donde se ejecute o celebre el respectivo acto o contrato, queda sujeto a las prescripciones legales que, sobre el estado y la capacidad de las personas, mandan las leyes costarricenses. Añadiendo el artículo octavo del código sustantivo de este país, que en cuanto a la forma y solemnidades externas de un contrato o de un acto jurídico que debe tener efecto en Costa Rica, el otorgante u otorgantes pueden sujetarse a las leyes costarricenses o a las del país donde el acto o contrato se ejecute o celebre.

(74) También en igual sentido, por ejemplo, el art. 600 de la Ley de enjuiciamiento civil de España.

(75) Art. 25 de la ley notarial española, también en ese mismo sentido.

## D) Procedimiento probatorio

### a) Nota preliminar

En esta ocasión, nos referimos al procedimiento que se lleva a cabo en el área procesal civil, en relación con la presentación de los documentos. De modo impropio, incluiremos la faceta de la impugnación del documento público y el cotejo de documentos, como, también, el cotejo de letras, ya que, estimamos, convencionalmente que se pueden relacionar con el global mecanismo del procedimiento probatorio documental.

### b) Delimitación general

El principio que se sigue en materia de la admisibilidad de los documentos públicos, es que la legitimación y el fundamento de derecho han de presentarse en la forma y dentro de las fases preclusivas que establece la ley procedimental civil.

En el supuesto de que no se reconozca la autenticidad del documento público, o se afirmare la inexactitud o diferencia del testimonio, se abre un incidente a prueba por seis días naturales, al tenor de la lectura del artículo 202 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica. Es, éste, el único perjuicio que se abre a pruebas, ya que en todos los demás incidentes hay que ofrecer la prueba al promoverlo, por parte del incidentalista, o al contestarlo, por parte del incidentado. En este incidente citado, establece el artículo 203, se admitirán cualesquiera pruebas legales, además del cotejo documental y del cotejo de letras, por supuesto.

La tónica general es que junto a los documentos de demanda y de contrademanda, respectivamente, se han de acompañar los documentos públicos referentes al proceso correspondiente. Ahora bien, es sabido que existen medios de evadir tal principio, en virtud de la redacción de la misma ley procesal, como se verá seguidamente.

Esta situación se observa en el artículo 198 de la ley procesal costarricense, el cual manda que después de la demanda y contestación no se admitirán más documentos, salvo: 1º, los de fecha posterior a dichos escritos; 2º, los anteriores cuya existencia jure no haber conocido antes la parte que los presenta; 3º, los que no haya sido posible adquirir con anterioridad por causas que no sean imputables a la parte interesada, y siempre que, en su caso, se haya hecho oportunamente la designación del archivo o lugar expresados en el art. 197, anterior <sup>(76)</sup>, y 4º, aquellos que no siendo fundamento de la de-

(76) El art. 197, (Código Civil de Costa Rica) en lo que aquí interesa, manda que si los documentos no los tiene a su disposición la parte interesada, ésta designará el archivo o lugar en que se encuentran los originales, y el tribunal ordenará que se expida exhorto para que sean certificados como acto previo al traslado de la demanda o reconvección.

manda, sirvan para combatir excepciones del demandado o constituyan una prueba complementaria.

Tanto el número dos como el cuatro, vienen a ser "portillos" o supuestos por medio de los cuales la parte interesada introduce, al proceso dado, nuevos documentos. En la práctica así ocurre.

De este modo lo que manda el artículo 197, del citado código, en cuanto que a toda demanda o contestación a la misma deberá acompañarse necesariamente: 1º, el documento que acredite el poder del abogado <sup>(77)</sup> mandatario, cuando éste intervenga; 2º, los documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio, en el caso de tener representación, o cuando el derecho que reclame le haya sido transmitido por herencia o por cualquier otro título; y, 3º, los documentos en la parte interesada funde su derecho; supuesto, éste, que viene a quedar sujeto, relativamente, a la habilidad del abogado de la parte interesada en hacer valer en juicio un documento, con posteridad a la indicada demanda y contestación a ella, amparándose en lo que dispone el mencionado artículo 198.

Por su parte, el artículo 199 de la ley procesal nacional, establece que todo documento que se presente después de la demanda y contestación, a la misma, se dará a la parte contraria, traslado por cinco días, para que manifieste si reconoce el documento como legítimo, eficaz y admisible, o las razones que tengan para impugnarlo, con apercibimiento de que su silencio se tendrá por aceptación del documento. Haciendo prevalecer el artículo 204 del mismo código, el principio de que la parte que es atacada con un documento puede defenderse con otro, al afirmar que para destruir la fuerza probatoria del documento presentado, ya que por adolecer de nulidad el hecho jurídico y de que él da fe, por haber habido un hecho posterior que destruya su eficacia, será admisible cualquier documento que la parte contraria acompañare a su escrito de impugnación; si no lo adjunta, deberá indicarse el archivo o lugar en que se halle, y en el caso que se presentaren otras pruebas admisibles legalmente, el juez concederá un término prudencial para evacuarlas, que no excederá de seis días. Precisando el artículo siguiente, 205, que el incidente que se origine con motivo de la presentación de documentos después de la demanda y contestación, se tramitará en pieza separada y su resolución será reservada para la sentencia definitiva.

De acuerdo con este artículo 205, en el supuesto de que ocurra un incidente como el mencionado ahí, el juez lo estudiará en un expediente aparte del pleito principal, y resolverá lo que proceda cuando redacte la sentencia definitiva.

(77) En Costa Rica no existe la figura del procurador, que, por ejemplo, en España sí tiene relevancia jurídico-procesal.

### c) Falsedad del documento público

Aquí analizaremos el caso en el que un documento público es atacado por la parte interesada como falso.

Es el artículo 206 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, el que atañe a este supuesto, cuando afirma que en el caso de que un documento que pueda tener influencia en el pleito fuere argüido de falso y se instituyere procedimiento criminal para descubrir el delito y su autor, se suspenderá el juicio en el estado en que se halle, hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal o auto de sobreseimiento, ya sea éste provisional o definitivo. Añadiendo que, para decretar la suspensión es indispensable que la parte interesada acredite que ha acusado criminalmente la falsedad y que su acusación ha sido admitida por el tribunal correspondiente.

Este artículo se aplica a toda clase de juicios, y viene a ser la norma genérica aplicable a este fenómeno de la argumentación de falsedad de un documento. Valga la aclaración, importante, de que esta norma rige tanto para el documento público como para el documento privado, ya que ese artículo 206 habla escuetamente de "documento", sin hacer precisión alguna, en el sentido de que se refiera al público o al privado. En la doctrina y en la jurisprudencia costarricense, esta observación es un lugar común. De este modo, cuando analicemos el documento privado en lo que respecta a este punto de la falsedad documental, haremos una nota en la que nos refiramos a este artículo y al 207, que a continuación aludimos.

Efectivamente, este artículo 207 de la ley procesal nacional, establece que la falsedad de un documento (ya sea público o privado, e inclusive, por supuesto, que se hace alusión a los semipúblicos) no podrá ser declarada por la jurisdicción civil, salvo que estuviere extinguida por la prescripción, la acción penal, o que establecida, no pudiese juzgarse por haber muerto los autores o cómplices del delito, o por no aparecer responsables de la falsedad. En estos casos, si el documento (en sentido global y genérico) se hubiere presentado junto con la demanda o la contestación, la prueba de falsedad, se hará en el término probatorio ordinario. Si fuere presentado después, se hará por los trámites de los incidentes<sup>(78)</sup>. En uno y en otro caso, la falsedad se decidirá en la sentencia definitiva. Ahora bien, agrega el artículo señalado, no se decretará la suspensión si la parte contraria diere fianza suficiente para responder de todo lo que obtuviere por la sentencia de las costas que se ocasionaren.

Con relación a la materia de incidentes de falsedad documental, en el medio legal costarricense, se puede decir que no hay un pla-

(78) Los incidentes están regulados en el Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, en los artículos 383 al 394. El art. 386, establece que los incidentes comunes se sustanciarán en pieza separada y no suspenderán el curso de la demanda principal. Añadiendo el art. 387 que la pieza separada se formará a costa de la parte promotora.

zo definitivo para interponerlos en un proceso civil. Es decir, que en cualquier momento se puede interponer un incidente de este tipo, dada la trascendencia que tiene el efecto jurídico de tal incidente.

Claro está que la legislación penal se ocupa de regular este delito de la falsedad documental<sup>(79)</sup>.

De acuerdo con esta legislación el artículo 387 del Código Penal establece que será reprimido con prisión de uno a seis años el que hiciere en todo o en parte, un documento falso, público o auténtico<sup>(80)</sup>, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio; agravándose la pena si este injusto es cometido por funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, de dos a ocho años de cárcel.

Por lo que atañe a la falsedad ideológica<sup>(81)</sup>, las penas establecidas en el citado artículo 357 son aplicables al que insertare o hiciere insertar en un documento público o auténtico declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio, de acuerdo con el artículo 358 del Código Penal. Lo cual es complementado por el artículo 363 del mismo cuerpo legal, que sostiene que el que hiciera uso de un documento falso o adulterado será reprimido con una pena de uno a seis años de prisión.

En lo que respecta a este punto del estudio que realizamos, el artículo 266 de la ley procesal civil nacional manda que la parte a quien se opone un documento público puede pedir que se proceda a cotejarlo con su original. Este cotejo se verificará el día y hora que el juez designe, previa citación de las partes. Si el cotejo no se pudiese verificar por haber desaparecido la matriz y si el documento hubiera sido extendido con citación contraria, no se desvirtuará éste, mientras no se demuestre, por otras pruebas legales, su inexactitud o falsedad.

(79) Tanto el Código Penal como el Código de Procedimientos Penales se encargan de regular esta materia. Se sabe que la falsedad documental puede ser tanto material como ideológica. La falsedad material del documento hace relación a la elaboración misma del documento, mientras que la falsedad ideológica se refiere concretamente al contenido del documento.

(80) Sobre la temática del documento auténtico, se puede consultar entre otros los estudios de Fairén Guillén, *El control de los hechos en la casación civil y laboral española*. "Revista de Derecho Procesal, primera época, vol. IV, 1967, Madrid, págs. 57 a 106. Para la Casación de España, de acuerdo a lo que nos informa en este ensayo dicho profesor, documento auténtico es entre otros el que tiene fuerza probatoria irrefutable, el que tiene la condición intrínseca para advenir su legitimidad, la literalidad de su texto tiene la suficiente fuerza aplicativa para no necesitar aclaraciones, interpretaciones o razonamientos (págs. 57 a 59 ib.).

(81) Esta falsedad sociológica, también se le conoce por el nombre de falsedad intelectual, que es la alteración de la verdad que recaé sobre la sustancia o las circunstancias de un acto, y que se obtiene sin falsificación física de la escritura. Se opone a la falsedad material: (en *Vocabulario Jurídico*, bajo la dirección de Henri Capitant; editado por Depalma, Buenos Aires, 1973, pág. 275).

Por lo que se refiere a las certificaciones o documentos públicos extendidos sin citación de partes, los mismos no carecerán, por ese solo motivo de valor probatorio, pero la parte contraria podrá solicitar el cotejo documental, tal y como ya se indicó, en los anteriores párrafos primero, segundo y tercero del indicado artículo procesal civil. En el supuesto de que este cotejo no se pudiera celebrar o verificar, por algún motivo, el valor del documento respectivo quedará sujeto a la prudente apreciación judicial en relación con las otras probanzas, terminando el párrafo cuarto de ese numeral 266.

El cotejo o comprobación de los documentos públicos con sus originales se practicará por el secretario, sustituyéndose al efecto en el archivo o donde se halla la matriz, a presencia de las partes y sus defensores, si concurrieren. A este fin, se señalará, previamente, día y hora en que haya de verificarse el cotejo documental. También podrá hacerlo el juez, por sí mismo, cuando lo estime conveniente, de acuerdo con lo que disponen los artículos 266 al 270 del cuerpo procesal civil costarricense.

La Ley procesal citada no contempla la situación que plasma el artículo 598 de la Ley de enjuiciamiento civil de España, es decir, la relativa a los documentos que son eficaces en juicio, sin que requieran para este efecto el cotejo documental. Tales documentos son: a) las ejecutorias y las certificaciones o testimonios de sentencias firmes, expedidas en forma legal por el tribunal que la hubiere citado; b) las escrituras públicas antiguas que carezcan de protocolo, y todas aquellas cuyo protocolo o matriz hubiere desaparecido; y, c) cualquier otro documento público y solemne, que por su índole carezca de original o registro con el que pueda comprobarlo.

#### e) Cotejo de letras

Es el artículo 277 de la Ley procesal civil nacional, la que se refiere a este cotejo cuando manda que si negare o pusiere en duda la autenticidad de las firmas de un documento público, cuya matriz hubiere desaparecido, podrá la parte que lo rechazare pedir que se proceda al cotejo de letras. Pero, antes, deberá llamarse al funcionario que lo expidió y a los testigos que lo autorizaron para que declaren sobre su autenticidad, y sólo que éstos no pudieren declarar, se procederá al cotejo pedido. En ambos casos queda a salvo el derecho del interesado para acusar de falso documento. Añadiendo este mismo numeral, que la parte a quien aproveche el documento rechazado podrá también pedir el cotejo de letras, si lo creyere útil para destruir las pruebas que se rindieren contra la autenticidad.

Por su parte, el artículo 279 del Código de procedimientos Civiles (CPC) costarricense, expresa que este cotejo de letras se practicará por peritos, con sujeción a las reglas fijadas en el capítulo IX de este título II, relativo al juicio ordinario de mayor cuantía. Lo concerniente a los peritos se encuentra regulado en este CPC, en los ar-

tículos 284 al 300. Estableciendo el artículo 384 que procederá la prueba de peritos cuando hay hechos que apreciar que exijan conocimientos especiales extraños al derecho. Agregando, que en asuntos en que el juez sea perito o en que tenga conocimientos o preparación adecuadas para resolver sin auxilio pericial, prescindirá de este medio de prueba.

Con respecto a esta última disposición, estimamos que no es conveniente que el juez sustituya al perito, aun como en el supuesto legal, en que el juzgador "tenga conocimientos o preparación adecuados para resolver sin auxilio pericial", y que debe prevalecer el principio de que el juez debe mantener su "papel" de tal en el proceso y no actuar como perito en un juicio en el que tenga que dar la solución jurídica al mismo. La tesis es que el perito y el juez deben ser personas diferentes, ya que en este caso, en el que el juez puede suplantar al perito, actuando como tal, la solución procesal se ve, en nuestro criterio, afectada por esta suplantación, ya que lo que resulte de este peritaje del juez tiene el condicionamiento de la persona que lo realiza. La ley procesal civil española no presenta esta posibilidad de sustitución del perito por el juez, lo cual nos parece sano, desde nuestro punto de vista para el buen desarrollo y resolución de la litis. Otro aspecto que presenta esta disposición legal costarricense es que cuando el juez actúa como perito, es muy difícil, de hecho, que la parte interesada pueda hacer valer el artículo 292 del CPC, que permite que un perito sea recusado. Así, pues, reformando este artículo 284, en la parte final, que habilita al juez para ser perito, el numeral 292, queda vigente para que cualquier perito pueda ser recusado en la medida en que ya no se trata de un recusamiento de hecho a la persona del juez. Además, de que así se evitaría conflictos de facto, generados por la creencia del juzgador de que es perito, cuando bien podría tratarse de una actuación irresponsable de su parte.

La persona que pida el cotejo de letras señalará el documento indubitado (aquel cierto, que no admite duda) con que deba hacerse el respectivo cotejo de letras. En el caso de que no lo hubiere y se tratase de un documento público, se tendrá éste por eficaz. Por su parte, el artículo 281 del CPC, se refiere a los documentos que se consideran como indubitados para los efectos del correspondiente cotejo. Este numeral señala como documentos ciertos y que no admiten duda, a los siguientes: 1º, los documentos que las partes reconozcan como tales de común acuerdo; 2º, las escrituras públicas originales, si se tratase de cotejar la firma del otorgante y los originales y testimonios de las mismas si se tratase de la firma del cartulario; y, 3º, los documentos privados cuya letra o firma hayan sido reconocidos en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa<sup>(82)</sup>.

Asimismo el numeral 282 manda que en el supuesto de que falten los citados medios para realizar el cotejo de letras, la parte a

<sup>(82)</sup> Cuando se estudie lo relativo a los documentos privados, se analizará este caso de documento privado indubitado a los efectos procesales civiles.

quien se atribuya la firma o el documento cuya autenticidad se trate de demostrar podrá ser requerida, a instancia de parte contraria para que forme un cuerpo de escritura, que en el acto le dictará el juez.

En el caso de que se negare a formar tal cuerpo de escritura, el juez podrá estimar como confesa a la parte renuente en el reconocimiento del documento discutido. Es este otro ejemplo de "ficta confesio".

El artículo 283 del CPC establece que el juez hará por sí mismo la comprobación después de oír a los peritos revisores y apreciará el resultado de esta prueba del cuerpo de escritura, conforme a las reglas de la sana crítica, sin tener que sujetarse al dictamen de aquéllos. Esta observación de la norma es consecuente con el peritazgo, ya que éste no obliga, (no es vinculante) al juez. Operando en este supuesto, las llamadas reglas de la sana crítica.

En lo que concierne al perito de letras, se denomina "perito grafólogo", ya que la *grafología* es el arte y la técnica referida a los rasgos y particularidades de las letras que integran el fenómeno de la *escritura*; mientras que la *caligrafía* es el arte y la técnica de escribir "con letras correctamente formada", al tenor del Diccionario de la Real Academia Española.

## V

### PRUEBA POR DOCUMENTOS PRIVADOS

#### a) Preliminares

En la legislación costarricense no se da una definición de documento privado, lo cual es frecuente y generalizado en las legislaciones extranjeras. En este tercer apartado seguiremos, esencialmente, el orden elaborado para los documentos públicos.

Uno de los aspectos clave en esta materia, como se sabe, es el del reconocimiento del documento privado, ya que su relevancia y sus efectos jurídico-procesales están supeditados al acto de reconocimiento de la parte contra quien se le esgrime. Si se trata del documento público éste hace plena prueba en el proceso; cuando se analiza el documento privado, éste se puede homologar a un documento inexistente, salvo que sea reconocido por la parte respectiva.

#### B) Definición del documento privado

De acuerdo con Prieto-Castro, el documento privado es aquel que las partes o terceros, conjunta o aisladamente, extienden sin intervención de funcionario público. Precizando que el artículo 1.223 del Código civil de España también se refiere a este tipo de documento en el caso de las escrituras defectuosas por incompetencia del notario, o por otra falta de forma, si están firmadas por los otorgantes<sup>(83)</sup>.

Sabido es que, en lo relativo al nacimiento de estos documentos, la realidad de la vida civil obligó a las partes a tomarlos en cuenta con vistas al mundo legal. Así, desde las *Partidas*, se admite el documento privado como una de las maneras de obligarse y contratar, aunque siempre, bajo la precisión procesal, de que para que el mismo sea eficaz, jurídicamente y con fuerza legal, es necesario el mecanismo del reconocimiento por los otorgantes, para que surta los efectos jurídicos concernientes<sup>(84)</sup>.

Claro está, que tanto el documento público como el documento privado se conciben en la legislación española y en la costarricense como "escrito", de acuerdo a la tesis "estructural" del documento ya indicada<sup>(85)</sup>.

De conformidad con Núñez Lagos, el documento privado, en sí mismo considerado, es una cosa mueble, ineficaz —jurídicamente—, sin autenticidad de forma ni de fondo<sup>(86)</sup>. Es decir, "scriptura privata non provat, nec fidem facit, nisi recognoscatur". Se puede decir, para delimitar este documento, que el reconocimiento es el medio legal mediante el cual interviene el funcionario público competente (momento estatal) y, a través de este mecanismo, este documento logra el valor de prueba legal<sup>(87)</sup>.

#### C) Fuerza probatoria

##### a) Nota introductoria

El principio es que el documento privado, como tal, carece de fuerza probatoria. El mecanismo que sirve para darle esta fuerza al

(83) Prieto-Castro, *Derecho procesal civil*. Tecnos, Madrid, Serie "Manuales Universitarios Españoles" (MUE), II, vol. 1<sup>o</sup>, pág. 162. 1973.

(84) Penichet y Lugo, Francisco, *De los documentos privados*. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, 1900, págs. 524 y 525.

(85) Manresa y Navarro, José María *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, op. cit., t. III, arts. 524 a 740, pág. 422.

(86) Núñez Lagos, *Reconocimiento del documento privado*. "Revista de Derecho procesal", segunda época, Madrid, núm. 1, 1959, pág. 109.

(87) Núñez Lagos, *Reconocimiento* . . . Idem. págs. 97 a 99.

documento privado es el reconocimiento, como ya se indicó. Por ello, se ha dicho que el problema más importante de este documento es el de su fuerza probatoria, ya que no ofrece garantías de que refleje la verdad<sup>(88)</sup>.

Otro problema que se presenta con estos documentos atañen a su fecha de emisión. Al respecto, Prieto-Castro nos informa que en España el papel de timbre elaborado por el Estado español debidamente numerado, con el fin entre otros, de descubrir, si fuere necesario, una falsedad, por razón de la alteración de la fecha. Este cate drático nos refiere casos en los cuales algunas partes alegaban fechas de documentos privados consignados en papel fabricado por el citado Estado, en circunstancias en las cuales, gracias a la correspondiente numeración de dicho papel, se comprobaba que la Casa de la Moneda y Timbre no había impreso tales documentos con esa numeración, sino que llevaba una anterior. Agregando que la redacción del artículo 1.227 del Código Civil español, estaba redactado con la finalidad de evitar fraudes, derivados de alteraciones en cuanto a la fecha se refiere, al decir que la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público, por razón de su oficio<sup>(89)</sup>.

En Costa Rica, también el papel sellado tiene numeración, que permite su identificación directa, la cual se coloca de modo bien visible, al igual que la correspondiente numeración de los respectivos renglones del respectivo documento.

#### b) Documento privado otorgado en territorio nacional

Como se sabe, la fuerza del documento en cuestión depende de su autenticidad, la cual puede ser reconocida por la parte a quien perjudique, o determinada por medio del cotejo de letras. Ahora bien, la falta de reconocimiento no significa la inutilidad absoluta del correspondiente documento, ya que puede advenirse por otros medios<sup>(90)</sup>. Y en este sentido debe entenderse lo enunciado anteriormente por el notario Núñez Lagos, acerca de que el documento en cuestión no reconocido es una cosa mueble, ineficaz jurídicamente.

Es el artículo 741 del Código civil nacional el que establece que los documentos privados, reconocidos judicialmente, o declarados, como reconocidos conforme a la ley, hacen fe entre las partes y con re-

(88) Prieto-Castro, *Derecho procesal*. Lección núm. 62, correspondiente al primer curso sobre este Derecho, relativo a su parte general. Año lectivo de 1972-1973, referente a la prueba por documentos privados.

(89) Prieto-Castro, Lección núm. 62, *Idem*.

(90) Apud Prieto-Castro, *Derecho procesal civil*. (Tecnos, MUE, II, vol. 1, *idem*, pág. 163).

lación a terceros en cuanto a las declaraciones en ellos contenidas, salvo prueba en contrario. Esto se comprende que sea así, ya que las partes cuestionan el contenido del documento, ya que de él depende la legitimidad del mismo<sup>(91)</sup>.

Ahora bien, hay que tener en cuenta el lugar común de que el documento "materializante" de relaciones jurídicas puede estar encaminado a servir como medio probatorio, lo cual implica, entre otras cosas, el aspecto de la autenticidad del mismo. Y la prueba de esta autenticidad no es prueba documental, sino que pertenece al campo de la inspección judicial o reconocimiento judicial o al área de los peritos<sup>(92)</sup>.

Parte de la temática de este documento incluye la creencia popular de que un documento privado, por el mero hecho de ser incorporado a una escritura pública, pierde el carácter de privado y se muta en un instrumento público. Lo que ocurre aquí es que la forma o la estructura de ese contenido es una escritura pública, pero ella, recoge una convención o un acto de naturaleza privado. Y el contenido del acto o del contrato no deviene en público porque esté en una escritura pública, ya que lo que importa es el contenido jurídicamente relevante<sup>(93)</sup>.

Por lo que atañe a la temática de la *fecha del documento* indicado, el artículo 742 del cuerpo legal sustantivo nacional establece que la misma no se contará respecto de terceros sino desde que se verifique uno de los hechos siguientes: 1º, la muerte de alguno de los firmantes; 2º, la presentación del documento ante cualquier autoridad pública, para que forme parte de un expediente con cualquier fin; y 3º, la presentación del documento ante cartulario, a fin de que autentique la fecha en que se presenta. Por su parte, el artículo 745 significa una excepción a lo dicho en el numeral citado 742, al decir que el principio de que los mencionados documentos no hacen fe de su fecha, con respecto de terceros no se aplicará a documentos que verifiquen convenciones u operaciones comerciales.

El artículo 493 del CPC nacional se refiere a lo dispuesto en el indicado numeral 742, al decir, en su inciso cuarto, que no será admisible la tercera coadyuvante cuando no se justifique el derecho del tercero con título ejecutivo. Añadiendo que el documento, vale o pagará a la orden, que no tenga fecha cierta, anterior al embargo, será considerado como un documento carente de la calificación de título ejecutivo. Sirviendo los medios establecidos en el artículo 742 citado para determinar la fecha cierta.

En el supuesto de que el tercero, al tiempo de tratar, tuviere conocimiento de la existencia del documento, no podrá rechazarlo bajo

(91) De la Plaza, Manuel, *Derecho procesal civil español*. Ed. "Revista de Derecho privado", Madrid, 1942, pág. 458.

(92) Lorca García, José, *Derecho procesal civil*. "Gráficas Cifra, Madrid, 1972, págs. 271 y 272.

(93) Beling, Ernst, *Derecho procesal penal*. Labor, Barcelona, 1943, pág. 233.

el pretexto de que no se halla en uno de los tres casos fijados en el mencionado numeral 742, no considerándose terceros los acreedores de cada una de los contratantes cuando ejerzan los derechos de su deudor, al tenor de la lectura del artículo 743. Advirtiéndose de su el numeral 746 de nuestro código sustantivo, que no puede prevalecerse del artículo 742, aquel que mediante colusión con su causante haya cometido un fraude en perjuicio de la parte.

Otro principio valedero en esta materia documental es que el documento privado no prueba contra el que lo escribió y firmó si siempre ha permanecido en su poder, de acuerdo a lo que manda el artículo 747 del mismo código sustantivo. Esta norma plantea un problema procesal práctico, ya que la expresión "...si siempre ha permanecido en su poder", puede dar lugar a controversias en un juicio determinado, quedando al criterio del juez calificar tal expresión de conformidad con el contexto de juicio determinado. Empero, estimamos, que, en principio, esa indicación es de carácter relativo, es decir, que debe ser interpretada por el juzgador en concordancia con los elementos integrantes del pleito específico que tenga que resolver.

En cuanto a la nota escrita por el acreedor, enseguida, al margen, al dorso, o en cuerpo del documento, aunque no esté fechada, hace prueba en favor del deudor, de acuerdo al artículo 748. Y, en lo que atañe a los asientos, registros y papeles domésticos, únicamente hacen fe contra el que los ha escrito, pero, el que quiera aprovecharse de ellos, no podrá rechazarlos en la parte en que lo perjudiquen, de conformidad con el numeral 749 del citado cuerpo sustantivo civil costarricense.

En el supuesto del documento privado desconocido por el otorgante, hace plena prueba si se cumplen estos requisitos: 1º, si firmado por dos testigos, reconocen éstos su firma, testificando el hecho de haberse otorgado el documento en su presencia; y, 2º, si dos peritos declaran la identidad de la firma del deudor, según se lee en el numeral 750 del mencionado cuerpo legal nacional.

Veamos ahora el supuesto de la firma a ruego. Si una persona a ruego de otra, firma un documento, éste hará plena prueba, si dos testigos más hacen testimoniar sus firmas, reconociendo los tres su respectiva firma, y, además, certificado el hecho de haber presenciado el otorgamiento, según dispone el artículo 751 de nuestro Código Civil (C. C.).

### 1) Temática de la firma

En materia de documentos privados, uno de los aspectos interesantes que tiene el mismo es el relativo a la firma. ¿Qué ha de entenderse por una firma?, o, ¿cuándo se puede decir, legalmente, que un documento está debidamente firmado?

Se cuestiona este punto de la firma cuando se habla de la firma a ruego de otra persona (que ya indicamos de qué manera se resuelve en la legislación costarricense), de la firma por medio de la huella

dactilar, de la firma por medio de un signo (una cruz, una "x", etc.), y de otros modos que ya citaremos oportunamente.

Este tema es muy importante, de acuerdo a la jurisprudencia costarricense, ya que la tesis es que quien acepta la autenticidad de una firma, acepta el contenido del respectivo documento.

Ahora bien, analicemos un ejemplo legislativo. El de la República Argentina. El artículo 1.012 del Código Civil de este país, manda que la firma es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada, no pudiendo ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos. Eso sí, expresa el numeral 1.014, siguiente, en el supuesto de que una persona reconozca los signos o iniciales de un nombre propio y apellidos, como propios, éstos valen como si fuera la verdadera firma. Siendo la regla la de que ninguna persona puede ser obligada a reconocer un instrumento o documento privado que esté sólo firmado por iniciales o signos.

Por su parte, el artículo 1.015 del mismo código indica que la firma dada al pie de un documento en blanco, para que haga fe es necesario que la parte que lo ha firmado de este modo reconozca su firma luego de que el respectivo instrumento ha sido debidamente redactado. Precizando el numeral 1.017 del cuerpo sustantivo, que la parte signataria puede oponerse al contenido del documento, probando que las declaraciones u obligaciones consignadas en él no son las que ha tenido la intención de hacer o contratar, no pudiéndose hacer esta prueba por testigos.

A su vez, Fassi manifiesta que en Argentina la firma por medio de las huellas dactilares vale como principio de prueba por escrito, y, como tal, el juez apreciará su eficacia probatoria de acuerdo a las reglas de la sana crítica<sup>(94)</sup>. Lo cual implica tener en cuenta, entre otras cosas, la suscripción correspondiente de los testigos, la ratificación de éstos<sup>(95)</sup>, la posibilidad del signante, etc.

Claro está que el principio que rige esta materia es que la firma es la forma habitual con la que una persona acostumbra manifestar su conocimiento y su consentimiento respectivamente. La idea prevaleciente, es, pues, la de que la firma es un signo de consentimiento y señal de aprobación del escrito que autoriza, por hallarse conforme a su texto con la verdad declarada, por ejemplo. Se dice, así, que el reconocimiento de la firma equivale a la legitimidad del documento, presumiéndose su contenido o cuerpo como verdadero.<sup>(96)</sup>

Viendo otro aspecto de la cuestión que se estudia, Monton Redondo dice que en la firma hay que distinguir dos facetas: a) la física

(94) Fassi, Santiago. *Código Procesal Civil y Comercial* Buenos Aires: Ed. Astres 1971. Op. cit. t. II. Págs. 7 y 8.

(95) Núñez Lagos, Rafael. *La ratificación*. Universidad Notarial Argentina. La Plata. 1969. *In toto*.

(96) Lavandera y Blanco, Víctor, *Instrumento Público*. "Revista de Derecho Privado", núm. 14, año II, 1914, Madrid, págs. 435 y 436.

o el trazo mismo de la firma, signo, etc.; y, b) la del contenido, es decir, la declaración de voluntad que va implícita en la firma<sup>(97)</sup>.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua afirma que la firma es el nombre y apellido o título de una persona que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena, para darle autenticidad o para obligarse a lo que en él se dice. Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo de España, de 27 de abril y de 21 de noviembre de 1934, expresaron que las cartas particulares pueden tener eficacia probatoria, aun cuando estén firmadas únicamente con el nombre de pila<sup>(98)</sup>. Lo cual es, hasta cierto punto, lógico, ya que es frecuente que en la correspondencia privada se use sólo el nombre de pila como firma. Esto viene a ser una especie de costumbre epistolar-privada. Así, pues, la firma gráfica es aquel signo gráfico habitual que la persona determinada acostumbra estampar en los escritos para manifestar su consentimiento y su conocimiento sobre tales instrumentos o documentos. Este acto del signatario puede tener, circunstancialmente, relevancia jurídica.

En lo que concierne a la firma mediante huella dactilar o digital<sup>(99)</sup>, el artículo 191 del Reglamento Notarial de España, expresa siempre que el notario que no conozca a cualquiera de los otorgantes y cuando, aún conociéndolos, éstos no sepan o no puedan firmar, podrá exigir que pongan en el documento los dos pulgares antes de la firma de los testigos haciéndolo constar el notario, en el mismo documento, las circunstancias del caso, teniendo en cuenta que el artículo 23 de la Ley Notarial Española, no cita como medio de identificación esta forma de firma, ya que al tenor del mismo, los medios supletorios de identidad con respecto a los terceros, vienen a ser las partes,

(97) Apud Monton Redondo, págs. 70 a 73.

(98) Citadas por Monton Redondo en su tesis doctoral citada, en la página 68. Las tomó este autor del Repertorio de Jurisprudencia, editado por Arazandi, Pamplona, 1934.

(99) Díaz de Guijarro, Antonio, *La impresión digital en los actos jurídicos no firmados* "Revista de identificación y ciencias penales", La Plata, Buenos Aires, 1936 vol. XIII, pág. 15). Gambon Alix. *Reflexiones sobre la firma "Pretor"*, Revista técnica de justicia municipal, 1966, núm. 31, pág. 36; Ibarguren, C., *Validez de la impresión digital como firma*. Boletín del Colegio de Abogados de Bancos de la Capital Federal, Buenos Aires, julio de 1967; Mordegliá, *La impresión digital en los documentos privados*. Anales de la Facultad de Derecho de La Plata, Buenos Aires, vol. II, pág. 367; Moreno Murciano, Andrés, *Pruebas no previstas por la ley. Autenticación procesal de documentos subdactilados*, "Revista de derecho procesal, 1950, número 4, Madrid, págs. 663 a 671. *La impresión digital en los documentos privados*. "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", vol. XIV, pág. 97. Parto, *La dactiloscopia y la firma de los analfabetos y ciegos*. "Revista de identificación y ciencias penales", La Plata, 1936, vol. XIII, pág. 128. Esta bibliografía la cita Monton Redondo, en su tesis citada, como nota, 71, en las páginas 70 y 71 respectivamente.

el documento nacional de identidad (DNI), y, el cotejo de la firma con la indubitada de un instrumento público anterior, en que se hubiere dado, por notario, fe de acuerdo con lo que expresa el artículo 192 del mencionado Reglamento español; es decir, sólo en los casos en que la naturaleza de la notificación o requerimiento exijan la identificación del notificado o requerido, en los supuestos en que sea necesario verificar estos actos.

En la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 (España), se afirma que el contrato será extendido por triplicado y autorizado con su firma por el concesionario o contratista y por el trabajador a que se refiera, y si éste no supiera firmar, con su huella dactilar.

También el Tribunal Supremo de España, ha afirmado, por medio de la sentencia de 6 de julio de 1923, que se permite la huella dactilar como firma, considerando tal huella como una demostración de total conformidad con el contenido del documento<sup>(100)</sup>. Expresando, por su parte, el Auto de la Audiencia Territorial de Albacete de 20 de mayo de 1962, que la aceptación de letra de cambio puede hacerse mediante la huella dactilar, ya que ninguna norma legal se opone a que la expresión real del aceptante se manifieste y autentique de este modo<sup>(101)</sup>.

Monton Redondo, asimismo, nos comenta, que la suscripción de un documento privado, por medio de la huella digital, garantiza la identidad de la persona que la ha estampado, pero no que ella conozca el contenido o lo reconozca, ya que, generalmente, quien firma digitalmente suele ser un analfabeto absoluto que no sabe leer ni escribir del todo, o que es ciego y el documento no se le proporciona en escritura Braille, en el supuesto de que supiese leerla. Por ello, para que el documento subdactilado, una vez reconocido o adverado, adquiera valor probatorio será menester que se tenga plena constancia de que la parte que reconoce como suya la firma por huella dactilar, conozca también el contenido del documento correspondiente<sup>(102)</sup>.

Agrega Monton Redondo que con relación a los documentos firmados mediante huella dactilar, no puede operar el artículo 1.226 del cuerpo civil sustantivo español, en cuanto a lo que establece sobre el reconocimiento y mucho menos el mecanismo de la "ficta confesio", por cuanto se debe dudar de que quien firma por esa huella, conozca, efectivamente, el contenido del respectivo documento. De este modo, sólo el reconocimiento voluntario puede aceptarse, englobando tanto la firma por esa huella, como sobre el contenido del escrito pertinente. En esta circunstancia, el juez apreciará con libertad esta situación procesal. Claro está, que en el caso de que la parte no quiera reconocer el documento así firmado, la contraparte puede hacer

(100) Jurisprudencia Civil, vol. 160, 1926, pág. 134. Recogida por Monton Redondo, op. cit., pág. 71, nota 72.

(101) Muñoz Sabaté, Luis, *Técnica probatoria*, op. cit., pág. 365.

(102) Apud Monton Redondo, pág. 72.

uso de otros medios probatorios legales y morales para demostrar la autenticidad de este documento subdactilado<sup>(103)</sup>.

Es importante la observación de Moreno Murciano cuando nos hace ver que el derecho procesal español es anacrónico y lagunoso, lo cual se comprueba cuando se trata este tema de los documentos subdactilados. Ya que lo que dispone el artículo 191 del Reglamento notarial citado no encuentra paralela protección en el derecho procesal, con perjuicio evidente para los analfabetos y para quienes tengan que contratar con ellos, aunque no sean tales, máxime cuando se piensa en que la infalibilidad de la *dactiloscopia* apenas si puede ser aprovechada para los efectos civiles. A propósito de la aplicación de la *dactiloscopia*, a estos efectos, este autor propone que el mecanismo de identificación de las huellas digitales puede ser el siguiente: 1º, impugnación de las mismas en los documentos subdactilados; 2º, comprobación de la huella dactilar de un documento, por medio de otra huella dactilar auténtica; y, 3º, el respectivo informe dactiloscópico.<sup>(104)</sup>

En lo que concierne a la legislación costarricense, se tiene que la firma por medio de la huella dactilar o por otro modo que no sea el usual y acostumbrado del signo gráfico, vale —procesalmente— como un principio de prueba por escrito, quedando al criterio del juzgador el valor probatorio (de conformidad con el contexto de los elementos que formen el correspondiente juicio) de tal manera de firmar el cuestionado documento subdactilado. Ahora bien, en esta legislación no existe una norma que se refiera a esta circunstancia. Podría pensarse en que, mediando testigos, la firma por huella dactilar podría valer como firma en sentido propio y procesal, acudiendo, por analogía, a lo que dice el artículo 751 del Código civil costarricense, cuando expresa que los documentos firmados por una persona a ruego de otra (aquí se leería, analógicamente los documentos firmados por huella dactilar) y por dos testigos más, hacen plena prueba si los tres firmantes reconocen su firma y testifican el hecho de haber presenciado el otorgamiento (esto se podría leer así: harán plena prueba, si los testigos firmantes reconocen su firma y testifican haber presenciado el otorgamiento).

Se puede decir que en Costa Rica cualquier forma de firmar que no sea la tradicional y acostumbrada del signo gráfico, juega procesalmente como un principio de prueba por escrito. Es decir, firmas hechas dactilamente, por medio de una cruz o de una "x", etc., valen en el proceso como principios de prueba por escrito. Es esta la solución jurisprudencial ante la ausencia de normas que regulen estas circunstancias. Por supuesto, que la contraparte puede recurrir a los medios legales probatorios y morales para demostrar la autenticidad del documento litigioso.

(103) Monton Redondo, cit., pág. 73.

(104) Moreno Murciano, Andrés, op. cit., 671 y 673.

No hay duda de que este tema de la firma implica, como se sabe varios aspectos: i) la firma como medio de expresión de la voluntad, en cuanto al conocimiento y consentimiento del contenido del documento; y, ii) el modo de probar que una determinada firma corresponde a un sujeto en particular. Estos puntos, tienen una preponderancia procesal, cuyos efectos jurídicos se analizan de acuerdo a la ponderación de los demás elementos integrantes del pleito dado.

Existe en la vida jurídica otra forma de firmar. Esta es la de los sellos, circunscrito generalmente al giro o tráfico mercantil. La Sentencia del Tribunal Supremo español, de 23 de mayo de 1935, ha dicho que ni el artículo 247 del Código de Comercio, en su párrafo primero (si el comisionista contrata en nombre del cliente, debe manifestarlo; y, si el contrato fuere por escrito, debe expresarlo en el mismo o en la antefirma, declarando el nombre, apellidos y domicilio de dicho comitente), ni de ningún otro texto legal se infiere que baste el hecho material de estar estampado en un documento el sello de una persona o entidad para acreditar que el contrato se celebre a nombre de ella<sup>(105)</sup>. Este es el criterio jurisprudencial por lo que atañe a la relación de firma mediante sello sobre documentos mercantiles, cuyo contenido es contractual. Otra perspectiva es la que se observa en los documentos mercantiles con un contenido no contractual. De acuerdo con la costumbre mercantil se sabe que el tráfico comercial implica rapidez y mucha flexibilidad. Parte de este fenómeno es el uso de albaranes, facturas, recibos, vales, etcétera. Así, tenemos que la jurisprudencia española de menor envergadura, como son las Sentencias de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 9 de junio y 14 de octubre de 1964, han afirmado que la recepción del género, en el caso bajo examen, queda especialmente probada por los albaranes que llevan el sello comercial del demandado, lo cual permite aceptar, salvo prueba en contrario, que fueron recibidos por él. Y que, respectivamente, la firma estampada, mediante sello, en nombre del demandado comprador, quien aceptó en tal nombre una letra de cambio, obliga a quien en su nombre estampó esa firma, pues su representante legal fue quien llevó a cabo la indicada acción de estampar ese sello, disponiendo de igual sello para la antefirma, en el "acepto", que el que acredita la entrega de la mercancía en el albarán, siendo, por otra parte, conocida la actuación como encargado y colaborador del negocio del ejecutado<sup>(106)</sup>.

Así, pues, tanto el sello, la huella dactilar, como otro signo, expresan una voluntad del sujeto y constituyen una representación material de esa voluntad<sup>(107)</sup>.

En resumen, se puede decir que en los documentos obligacionales la firma es esencial como medio de prueba, mientras que en los

(105) *Jurisprudencia Civil*, vol. 219, pág. 151, 1935. Madrid.

(106) *Revista Jurídica de Cataluña*, 1965, pág. 306; Muñoz Sabaté, *Idem*, pág. 367.

(107) Apud Monton Redondo, págs 72 a 75.

documentos no obligacionales o "instrumenta doméstica", escritos espontáneamente, en forma privada y para el sujeto mismo, es el cuerpo global de la escritura, con el contenido y la firma gráfica, lo que hace prueba contra quien lo ha escrito, en todo aquello que conste con claridad" (108), de acuerdo con el artículo 1.228 del Código civil español. Es decir, es en los documentos, con un contenido obligacional jurídico, en los cuales se presenta el problema de la firma por huella dactilar, por signos gráficos como la cruz, la "x", mediante el sello comercial. Son pues, estos documentos o escritos "chirographum" o "syngrapha", en los cuales se presenta esta problemática.

Ahora, preguntémosnos si expresiones como "visto bueno", "bueno", "recibido", "aprobado", etc., pueden jugar como firmas en las relaciones mercantiles. Entre otros, Ricci sostiene que es posible dar una respuesta afirmativa a esa pregunta en documentos en que se expresen sumas de dinero. En el caso de que exista disparidad entre el cuerpo de escritura y el "bueno", por ejemplo, o la expresión equivalente, tiene prioridad la respectiva suma menor de dinero, no importando dónde se encuentre tal indicación monetaria, si en el "bueno" o en dicho cuerpo de escritura (109).

#### C) Documento expedido en territorio extranjero

Se puede decir que este punto se puede estudiar desde dos ángulos: 1º, el del contenido del documento; y, 2º, el del lado formal. O, sea, contenido y continente documental.

De acuerdo al primero, el contenido documental puede ser todo aquel que sea eco de la autonomía de la voluntad del particular, con los límites que establezca la ley, la moral y las buenas costumbres, como se suele decir, al respecto. En lo referente al aspecto formal, se debe poner atención a las formalidades legales del país donde se expide el documento privado y las del país donde se desea que produzca sus efectos jurídicos. Es decir, aquí se da la regulación de la ley nacional y de la extranjera en lo conducente. Por ejemplo, el artículo 7º del Código civil costarricense expresa que para la interpretación de un contrato y para fijar los efectos mediatos o inmediatos que de él resulten, se atenderá a las leyes del lugar donde se hubiere celebrado el contrato; pero si los contratantes tuvieran una misma nacionalidad se atenderá a las leyes de su país. En los testamentos se

(108) La expresión: "todo aquello que conste con claridad", puede analizarse desde estos puntos de vista: i) el de la autoría del documento; ii) el destinatario o beneficiario del escrito, e iii) el propósito con el que respectivo documento se escribió. La ponderación de estos aspectos de la cuestión queda a cargo del juez, por supuesto, al momento de redactar la sentencia respectiva.

(109) Ricci, Francesco, *Tratado de las pruebas*. La España moderna, Madrid, T. I., pág. 267, sin fecha de edición.

atenderá a las leyes del país donde tuviere su domicilio el testador. En cuanto a matrimonios se atenderá a las leyes donde se hubiere convenido establecerse los cónyuges y, a falta de convenio, a las del país donde tenga su domicilio el marido. A su vez, el artículo 8º afirma que las partes deben sujetarse a las formalidades del acto o contrato establecidas en las leyes costarricenses o las del país donde se celebre o se ejecute, en el supuesto de que tenga efectos en Costa Rica. Y, para los casos en que la legislación costarricense exija escritura pública, la misma será insoslayable e imprescindible. Amén de lo que el artículo dispone, cuando expresa que quien funde su derecho en leyes extranjeras debe probar su existencia.

A estas disposiciones de la legislación civil nacional se le debe adicionar lo establecido en el Código de Bustamante, cuerpo legal conocido así en honor y recuerdo del jurista cubano, llamado Antonio Sánchez de Bustamante, firmado en La Habana en 1928 durante la celebración de la Sexta Conferencia Internacional de Estados Americanos, cuando se aceptó ese código de Derecho Internacional Privado presentado a la Conferencia por la Comisión Internacional de Juristas.

#### D) Procedimiento probatorio

Así como en materia de documentos públicos generalmente lo que se presenta al juicio son las copias o las fotocopias de los escritos originales, lo cual tiene pertinencia y valor procesal, según lo vimos ya, en cuanto a los documentos privados, lo exigible vienen a ser los escritos originales.

Las normas que regulan este aspecto de la cuestión tratada, de mayor relevancia, son: 1º, si un documento privado no fuere reconocido por aquel a quien se atribuye, podrá la parte que lo adujere pedir que se proceda al cotejo de letras (art. 278 del Código procedimental civil nacional); 2º, este cotejo se hará de acuerdo con las normas ya citadas, relativas a los peritos (art. 279 de ese Código); 3º, la persona que pida el cotejo de letras, señalará el documento indubitado con que deba hacerse; en el caso de que se trate de un documento privado, el juez apreciará el valor que merezca este documento en combinación con las demás pruebas (art. 280 del mismo cuerpo legal); 4º, teniéndose como documento indubitado, a estos efectos, los documentos privados cuya letra o firma hayan sido reconocidas en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa; 5) también puede el juez, a instancia de parte contraria requerir a la respectiva parte para que haga un cuerpo de escritura, que en el acto le dictará el juez. Si la parte requerida a ello se niega, se le podrá estimar como confesa ("ficta confesio") en el reconocimiento del documento privado discutido, de acuerdo con el artículo 282 del citado Código; 6º el juez hará por sí mismo la comprobación después de oír a los peritos revisores y apreciará en la sentencia el resultado de esta prueba conforme a las reglas de la sana crítica, sin tener que sujetarse al dictamen de los pe-

ritos, como es lógico cuando éstos median conforme al artículo 283 del citado cuerpo legal; 7º, en el caso de que se presenten al juicio documentos privados que formen parte de un libro, expediente o legajo, se pondrá testimonio de lo que señalare la parte que los presente y se le devolverán enseguida, según dispone el artículo 272, párrafo tercero del mismo código; 8º, no se obligará a los que no litiguen a la exhibición de documentos privados de su propiedad exclusiva; aplicándose la misma disposición en el caso de un tercero que no quiere desprenderse de estos documentos, salvo que no afecten el interés público, de acuerdo a la letra y al espíritu del artículo 273 del Código indicado. Y, en el supuesto de que se esté de acuerdo en exhibirlos (exhibición voluntaria), tampoco se les obligará a que los presenten en el juzgado, sino que deberán testimoniarse, por el secretario judicial, en sus casas u oficinas, termina diciendo este numeral; 9º, Los documentos privados y la correspondencia privada serán reconocidos ante el juez por la parte que los haya suscrito o sus causahabientes cuando así se pida, no siendo necesario este reconocimiento cuando la parte a quien perjudiquen lo hubiere aceptado expresamente dentro del juicio o en el caso del artículo 200 (se entenderá que la parte que deje pasar el traslado sin evacuarlo reconoce la eficacia en juicio del documento, teniéndose como reconocida su autenticidad, por dicha parte, si fuere privado), al tenor del artículo 274 del Código procesal mencionado. Añadiendo, el artículo siguiente inmediato, que el reconocimiento judicial de los documentos privados se hará en la misma forma que la confesión judicial.

## VI

### PRUEBA DE DOCUMENTOS SEMIPUBLICOS: LIBROS DE LOS COMERCIANTES

#### A) Preliminares

Ya habíamos hecho referencia a estos documentos semipúblicos y las razones por las que se había estimado que su localización documental jurídica era ésta.

En este apartado solamente haremos relación a los aspectos más relevantes de este medio probatorio documental, dejando de lado cuestiones que estimamos de menor rango o no conducentes para los efectos de este breve estudio.

#### B) Definición

Los libros de los comerciantes pueden ser conceptuados como aquellos documentos que deben llevar los comerciantes en su vida o tráfico mercantil, de acuerdo a las previsiones legales establecidas que sujetan estos documentos a una serie de fiscalizaciones gubernamentales, dada la incidencia de los mismos en la esfera privada de los demás ciudadanos y en la estatal. Siendo el interés público el que hace meritorio este control estatal sobre estos documentos. Estos documentos registran las transacciones u operaciones mercantiles. Lo que podría denominarse la vida mercantil de los que se dedican al comercio.

Prieto-Castro nos dice que dada la especialidad de estos documentos su fuerza probatoria debe limitarse a las relaciones entre comerciantes y a las operaciones mercantiles. La fe, es decir, el objeto de la prueba, se limita al hecho material del asiento, anotación, etc., y no alcanza por consiguiente, a la relación jurídica causa de la vicisitud patrimonial que representa ni a las circunstancias que estén fuera de dicho asiento o anotación. Se trata, pues, de una limitación similar a la fe del notario en el documento que autoriza. Por lo que atañe a las reglas de graduación de la prueba de estos documentos, las mismas son, entre otras: a) prueban contra el que los lleva, pero, como en la confesión, la prueba no es divisible en su perjuicio; b) prueban igualmente en favor del comerciante cuando el adversario comerciante no lleva los libros con arreglo al Código de Comercio, o los lleva imperfectamente, siendo aceptada la prueba en contrario; c) ocurriendo lo mismo en el supuesto de que no se presenten los libros o se manifieste que no se llevaron frente al comerciante que los lleva con arreglo a derecho, salvo demostración de que la falta de los libros obedecía a fuerza mayor, también con posibilidad de probar lo contrario, de lo que resulta de los asientos exhibidos; d) los libros de los comerciantes llevados con arreglo a derecho que se presenten con contradicción, exigen una apreciación judicial completa con las demás pruebas que puedan existir <sup>(110)</sup>.

El artículo 267 del Código de comercio costarricense expresa que los libros de los comerciantes prueban contra su dueño, pero el adversario no podrá aceptar unos asientos y desechar otros, sino que debe tomar el resultado que arrojen en su conjunto (principio de la indivisibilidad de los asientos). Ahora bien, si entre los libros llevados por las partes no hubiere conformidad, y si los de una de ellas estuvieren a derecho y los de la otra parte no, los asientos de los libros en regla harán fe contra los de los defectuosos al no demostrarse lo contrario por otras pruebas admisibles en derecho. En el supuesto de que una de las partes no presentare sus libros o manifestare no

<sup>(110)</sup> Prieto-Castro, *Derecho procesal civil*. Tecnos, "MUE", III., vol. 1º op. cit., págs. 166 y 167.

tenerlos, harán contra ella los de su adversario, siempre que estén llevados en debida forma, al demostrarse que la carencia de dichos libros procede de fuerza mayor o caso fortuito, y salvo prueba eficaz contra los asientos exhibidos. En el caso de que los libros de ambas partes estuviesen igualmente arreglados a derecho y fueren contradictorias, el tribunal resolverá conforme a las demás probanzas.

Así, pues, en principio tiene fuerza legal probatoria aquellos libros de los comerciantes llevados conforme a derecho. El efecto que tienen los libros legalmente llevados, es dar fe comercial. <sup>(111)</sup>, y, en ella radica su fuerza probatoria<sup>(112)</sup>. Puntualizándose que la fuerza probatoria de los mismos no puede aplicarse al supuesto del ejercicio de una acción civil que no tiene carácter mercantil<sup>(113)</sup>.

Nos afirma Núñez Lagos que la autenticidad formal de estos libros reside en la actuación del juez municipal del distrito respectivo, de acuerdo al artículo 36 del Código de Comercio de España (tanto porque se refiere a la nota firmada por este juez, como por el hecho de estampar el sello de su juzgado en los correspondientes folios). En lo concerniente a la fuerza probante material o sustantiva, en contraste con la anterior o formal, se da la situación especial de tener el mismo valor confesorio del documento público y del privado legalmente reconocido. Para este notario, estos libros son documentos privados legalmente reconocidos, cuyo nombramiento se verifica "a priori" ante el respectivo juez municipal<sup>(114)</sup>.

También se ha dicho que estos libros son documentos sin firma en sentido estricto, lo cual no es un problema para probar su autenticidad, en la medida en que están legalizados en oficinas estatales o en los despachos públicos, de tal suerte que es —relativamente— fácil saber a quién pertenecen y los demás datos relativos a ellos. Ahora bien, ya se sabe que por la índole de estos libros (el diario, el mayor, etc.), la costumbre mercantil y contable consiste en no firmarlos por lo que su fuerza y su valor probatorios se garantiza a través de las formalidades que ellos deben llenar para recoger en sus folios la actividad contable de la sociedad o empresa <sup>(115)</sup> <sup>(116)</sup>.

(111) *Jurisprudencia civil*. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1960, t. XCIII. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, (INBOE), núm. 663, págs. 527 a 532, Madrid.

(112) *Jurisprudencia Civil*. Sentencia del Tribunal Supremo del 17 de enero de 1958. T. LXIV. Págs. 146 a 161; y Sentencia de 23 de enero de 1958. Madrid.

(113) *Jurisprudencia Civil*. Sentencia del citado Tribunal Supremo del 18 de octubre de 1967. Tomo de septiembre-octubre de 1967. Págs. 622 a 641.

(114) Núñez Lagos, *Documento auténtico en la Casación civil*, «Revista de Derecho Notarial» RDN—, núms. 33 y 34. 1961. Págs. 96 a 100. Madrid.

(115) Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Ed. Víctor de Zavalia. Buenos Aires. T. II. 1970. Págs. 570 a 571.

(116) El art. 268 del Código de comercio nacional establece, en cuanto a la correspondencia comercial, que ella es documentación privada sobre la que pesa el deber de ser archivada debidamente.

### C) PROCEDIMIENTO PROBATORIO.

En este aspecto probatorio, lo relevante, entre otras cosas, es la exhibición de estos libros y el reconocimiento de los mismos, de acuerdo a derecho <sup>(117)</sup>.

En cuanto al deber de exhibición mencionado, la misma se funda en los principios generales de la exhibición documental, fundamentalmente el de la bilateralidad del juicio, y es un efecto probatorio que la ley otorga a estos libros. Pesa el deber de exhibición sobre el comerciante en cuanto ello no signifique una pesquisa o comunicación, entrega o reconocimiento general, que están fuera de la prueba. No dándose estas hipótesis prohibitivas, en el caso en el cual la exhibición se pide para un asunto concreto o en el que el comerciante a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad. En cuanto al reconocimiento de los mismos, ha de limitarse a los puntos que tengan relación con la cuestión debatida, por lo que al proponer la prueba se debe señalar su alcance en términos concretos, datos específicos y precisos, evitando que se pueda ver en ella una pesquisa general impedida legalmente <sup>(118)</sup>.

El Código de comercio costarricense establece en su artículo 265 que ninguna autoridad podrá inquirir si los libros de contabilidad se llevan arregladamente, ni hacer investigación o examen general de la contabilidad. Tampoco podrá decretarse la comunicación, entrega o reconocimiento general de libros, correspondencia y demás papeles y documentos, excepto en caso de quiebra o de liquidación. Fuera de estos casos, sólo podrá ordenarse la exhibición de libros y documentos de los comerciantes por autoridad judicial competente, a instancia de parte legítima o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto o cuestión que se ventile. El reconocimiento se hará en el establecimiento del dueño de los libros, en su presencia o en la de un comisionado suyo, y se limitará a tomar copia de los asientos o papeles que tengan relación con el asunto litigioso. Cuando se hayan llevado libros o registros especiales o auxiliares, puede ser ordenada su exhibición en los mismos términos y en los mismos casos que los libros mercantiles principales. De estas reglas están exceptuadas las revisiones que dentro de las limitaciones legales pueda hacer la Dirección General de la Tributación Directa para los correspondientes efectos fiscales o tributarios, precisa el artículo 266 del indicado cuerpo legal mercantil nacional.

Con relación a estos efectos fiscales, el nuevo Código Tributario costarricense expresa, en su artículo 110, inciso c), que la Administración tributaria puede requerir la exhibición y efectuar la respectiva revisión de toda clase de libros, registros, comprobantes, correspondencia, instrumentos públicos, planos, documentos y cualquier otro

(117) Prieto Castro, *Derecho Procesal*. Tecnos. II. Vol. 1º. Págs. 166-167.

(118) Idem.

elemento que se relacione directamente con la situación impositiva de los contribuyentes. Y el artículo 123 de este cuerpo legal establece que los contribuyentes y responsables están obligados a facilitar las tareas de determinación, fiscalización e investigación que realice la Administración Tributaria, especialmente conservar en forma ordenada, hasta un año después de operada la prescripción gravable que prescribe el artículo 51 de este mismo código —tres años—, sin perjuicio de lo que dispongan otras leyes, los libros de comercio, los libros y registros especiales y los documentos y antecedentes de las operaciones o situaciones que constituyan hechos gravados.

## VI

### A MODO DE CONCLUSION: CONSIDERACIONES GENERALES

#### *Primera*

En la legislación costarricense se entiende por documento lo que los códigos de influencia del «Code Civil» de la era napoleónica llaman «instrumentos», es decir grafía incorporada al papel. Es la tesis clásica y tradicional de concebir al documento como «escrito».

#### *Segunda*

De acuerdo con ello, los medios de prueba procesal civil hacen referencia al documento como «escrito», dejando, por ejemplo, los medios mecánicos de prueba como principios de prueba, sujetos a la apreciación del juzgador.

#### *Tercera*

Es necesario hacer una reforma a la legislación civil costarricense, con el fin de que esa concepción restringida o «literal» del documento sea ampliada a los indicados medios mecánicos de un modo procesalmente conforme al desarrollo de la técnica moderna.

#### *Cuarta*

Si, desde nuestro punto de vista, por documento debe entenderse la casa mueble representativa de algo jurídicamente relevante, y englobamos en ella tales medios mecánicos probatorios, ello implica que la fuerza probatoria y su respectivo valor en el proceso debe sujetarse a las regulaciones procesalmente más eficaces para resolver los problemas jurídicos.

#### *Quinta*

La mentalidad de los jueces costarricenses, por regla general, es formalista y tradicional. Ello representa un serio obstáculo para el desarrollo de tesis que tiendan a darle una mayor flexibilidad al proceso civil y a cambiar la jurisprudencia que durante décadas se ha venido acumulando en los despachos judiciales. Esa mentalidad es la de un burócrata. Negar que el juez es un burócrata público y que está constreñido por todo lo que la sociología de la organización y la psicología organizacional ha demostrado con estudios de campo, reiterados, es una actitud que se queda en la definición procesal del juez como funcionario encargado de administrar el derecho. Es esta una definición funcional o teleológica. La pregunta relevante es: ¿cómo el juez administra el derecho? ¿Qué condicionantes burocráticos tiene? Lo que importa no es lo que hace el burócrata-juez, sino cómo lo hace, y desde qué condicionantes. Esto lo decimos a propósito de la trascendental tarea del juez en el proceso. No podríamos dejar de hacer notar la naturaleza burocrática del «rol» del que administra el derecho. Ello es imprescindible para una cabal comprensión del fenómeno del proceso civil en general, y de la prueba documental en particular, máxime cuando se piensa en las llamadas «reglas de la sana crítica» y en la libre apreciación del juzgador.

#### *Sexta*

La clasificación que resaltamos como interesante y relevante a los efectos procesales es la muy conocida de documentos públicos, semipúblicos y privados.