

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Álcance de la Fe Pública Concedida al Notario.
Reformas Introducidas a la Práctica Notarial
por la Vigente Ley de Notariado

TESIS

Presentada por el

Br. Julio César Barrientos G.

En el Acto Público de su Doctoramiento

Enero de 1964

San Salvador, El Salvador, C. A.



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

DR. FABIO CASTILLO FIGUEROA

SECRETARIO GENERAL

LC. MARIO FLORES MACALL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DR. ROBERTO LARA VELADO

SECRETARIO

DR. MANUEL ATILIO HASBUN

JURADOS QUE PRACTICARON LOS EXA-
MENES GENERALES PRIVADOS Y APRO-
BARON ESTA TESIS DOCTORAL

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: DR. JOSE MARIA MENDEZ

Primer Vocal: DR. JAIME QUEZADA

Segundo Vocal: DR. FRANCISCO BERTRAND GALINDO

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Presidente: DR. JOSE LEANDRO ECHEVERRIA

Primer Vocal: DR. JOSE IGNACIO FUNES

Segundo Vocal: DR. PEDRO BENJAMIN MANCIA

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: DR. JOSE MARIA MENDEZ

Primer Vocal: DR. ROMULO LEANDRO LEAL

Segundo Vocal: DR. MANUEL RENE VILLACORTA

APROBACION DE TESIS

Presidente: DR. ARTURO ZELEDON CASTRILLO

Primer Vocal: DR. JOSE IGNACIO PANIAGUA

Segundo Vocal: DR. JORGE ALBERTO BARRIERE

DEDICO CON TODO CARIÑO
ESTA TESIS:

A mi santa madre MARIA PATRICIA GUZMAN DE Barrientos, que con sus virtudes me ha confor-
tado en todo momento.

a mi ejemplar padre SALVADOR GRACIANO BARRIEN-
TOS de quien admiro su intachable conducta por
su hombría de bien, quien como mi guía prome-
to emular.

a mis hermanas SOFIA DE CASTRO ELOISA BEATR-
LICA, y ROSA MARGARITA.

a todos mis parientes en especial tíos y pri-
mos.

a todos quienes fueron mis profesores.

y también, de todo corazón, a aquellas perso-
nas, que por el aprecio que me guardan se ale-
gran de veras por el presente triunfo.

P R E A M B U L O

El solo pensar en el último requisito obligatorio, previo a la investidura académica - la tesis - embarga mi mente el cúmulo de temas sobre que tratar; a la vez la nostalgia de la vida universitaria que nos ha dado tantos y tantos momentos de placer unos y difíciles otros. Pero tiempo es que reconozcamos la realidad, tal es, la de no dejar de ser universitario y serlo aún más por la responsabilidad histórica que el profesional lleva invitado; por la deuda que con la universidad y sociedad se tienen ya que lo ha dotado -a modo de sello - de mayor acervo intelectual, personalidad definida.

Llego a la meta con la conciencia de haber llenado orgulloosamente con las exigencias del universitario; digno hijo de la Madre Nutriz que ha sabido cumplir con el deber en la medida de sus posibilidades como humano que es. He escogido este tema - entre muchos - por considerarlo de utilidad y actualidad pues siendo mucho los negocios jurídicos en que interviene el Notario dando fe, necesario es - ya que la ley no lo ha hecho - de limitar en forma concreta su campo de acción y alcance. Se pretende con este modesto trabajo orientar al estudioso y demás interesados en cuestiones jurídicas sobre la actual práctica notarial y fe depositada en el Notario. Respecto a los profesionales talvez no agrego nada a lo que en relación saben por razón de su ejercicio. Si algo sirve, me satisface; si nó, al menos puedo estar seguro de que: no benefició, no perjudicó.

Alcance de la fe Pública concedida al Notario. Reformas introducidas a la práctica notarial por la vigente ley de notariado.

Capítulo I

1.- Breves consideraciones sobre el origen, desenvolvimiento y forma actual de la fe pública.

En las sociedades primitivas no se conoció la fe pública, fue hasta en las sociedades que llegaron a un cierto grado de desenvolvimiento donde se sintió la necesidad de dar certeza a los actos y contratos por medio de la fe pública.

Algo diremos sobre el origen y desenvolvimiento de la fe pública, que es por antonomasia la fe Notarial, cuyo estudio si no nos trae ningún aporte de conocimientos técnicos, nos da al menos el método de desarrollo del tema que nos proponemos estudiar.

La fe es un estado del espíritu que consiste en creer por el testimonio de otros. Fe pública en sentido amplio es una especie de confianza general que inspiran ciertas cosas, signos, símbolos emanados de la autoridad pública en relación con lo que expresan. En sentido estricto fe pública es el respaldo de autoridad que el Estado da de que son ciertos determinados hechos que interesan especialmente al derecho.

El comienzo de la función notarial es modesto, pues consistió al principio en tomar notas de los actos y contratos sobre tablas llamadas tábulas de donde resultó uno de los originales nombres de los Notarios: Tabularis. La historia por otra parte, nos enseña que en un tratado celebrado entre Cartago y Roma, antes de la primera guerra púnica, se estableció que no tendría valor ningún contrato celebrado entre ciudadanos de ambos países, si no

estaba autorizado por Notario, única forma en que lo concertado por las partes podía cumplirse y quedaba así revestido de fe pública. Los antiguos griegos también conocieron los Notarios y en Atenas no podía tener fuerza ejecutiva ningún contrato si éste no se hallaba autenticado por alguno de sus Notarios, conocidos bajo la denominación de *sígraphos* o *apógraphos*, los cuales en el fondo no eran otra cosa que verdaderos escribanos públicos. Haciendo siempre sobre tiempos antiguos tenemos como fuentes de autenticación, a los tribunales y magistraturas, ya que la fe pública es calidad inherente a los actos del poder público que vierten sobre el acto privado aquella fuerza que le falta. La autenticación significaba obtener para un acto privado la autoridad del poder público en alguna de sus manifestaciones.

Según el tratadista Sanahuja el ensayo más antiguo de la función legitimadora se ofrece en Roma mediante la jurisdicción, con la *cesio in jure*. Sus orígenes se remontan probablemente a los tiempos anteriores a las XII Tablas, si bien no alcanzan pleno desarrollo hasta después de esta ley ya que según ella cuando la persona demandada era llevada ante el magistrado *-in jure-* y confesaba el derecho que asistía al demandante, se le tenía por condenada sin necesidad de sentencia.

A principios del siglo III después de J.C. se inicia la documentación pública y el derecho imperial de la última época instituye funcionarios investidos del *ius actorum conficiendorum*, autorizantes de las escrituras entre particulares. Al amparo del proceso pseudo-contencioso afloran, a la realidad de la vida jurídica los conceptos de autenticación, legitimación y forma constitutiva como cualidad del acto necesario para asegurar su existencia dentro de la normalidad. Pero el proceso romano era apto para ensayos de certidumbre jurídica en sus más elevadas manifestaciones.

Y aunque todo ello no se haya desenvuelto, el derecho romano nos ofrece el germen de instituciones de legalización importantes para la seguridad y certidumbre jurídica. En su origen romano los funcionarios notariales aparecen incipientemente sin un instituto específico de autenticación y operan al amparo del poder de imperio que se confiere al pretor y no es que en Roma no existieran ya desde sus albores funcionarios autenticadores pues en las leyes del Corpus Iures Civilis se encuentran los nombres de Tabelio, Tabularius, Scriba, Cursor, Logographus, Amanuensis, Actuarius, Notarius.

Sin duda uno de los más antiguos actos notariales fue en cierto modo el acta de protocolización y la ascensión del tabelión al oficial autenticador no debió ser cosa rápida pues apareció con carácter simplemente privado y los documentos que extendían eran meros instrumenta privata, es decir instrumentos que sólo adquirirían fuerza probatoria por la intervención de los testigos, al contrario de los instrumentos públicos que tenían carácter auténtico como emanados de la autoridad pública y no necesitaban apoyo testifical. Fué entonces que para dar pública fehaciencia a los actos y contratos privados precisó, una vez observadas las solemnidades y requisitos legales, la ratificación ante el magistrado o la aprobación judicial.

Las fórmulas rigoristas del derecho romano sólo podían ser recogidas por quienes tenían por ocupación el estudio de la jurisprudencia, y los particulares a fin de que los documentos se redactaran cumpliéndose las solemnidades prevenidas, acudían a una persona letrada especializada; fueron así documentos cuasi públicos. Porque se hallaban revestidos de todas las garantías para merecer tal aprobación y la ley reconoció ese crédito, esa garantía de veracidad y legalidad de los documentos, por la calidad del

redactor, denominándolos instrumenta pública confecta. La legislación imperial reglamentó e incrementó los poderes del tabelión, los tabeliones al principio no tenían ningún carácter oficial pero la confianza que fueron inspirando, ya por su pericia como por la intervención de los testigos en los documentos que redactaban y las formalidades que en ellos se observaban, redeó a dichos documentos de garantía suficiente hasta el extremo de llegar a considerarse instrumenta pública. Es del caso recordar que vista en esta forma pristima el notariado estuvo en manos de hombres de condición social inferior pero ahora por su pericia y moralidad se ha elevado su rango social.

Evolucionando la fe pública debemos de aludir a la constitución ciento quince de León el Filósofo pues en esa constitución el ingreso al cargo de tabelión exigió requisitos de carácter intelectual y elevadas condiciones morales; pues no ha de ser el aspirante necio y de conducta viciosa sino de buenas costumbres y de singular prudencia, hábil para hablar y diestro en raciocinar, a fin de no ser fácilmente llevado de acá para allá, por escritura de falsarios y argumentos de astutos. En esta época se organizó el colegio a los Notarios y es el tratadista Eloy Escobar de la Riva en su tratado de Derecho Notarial a página 38 quien nos explica e instruye en forma clara las condiciones y resto de pormenores para ser admitido como tabulario en la constitución de León el Filósofo. El delegado del Estado para que a su nombre interpusiera la fe pública debió ser candidato y sujetarse al examen de primicerio y de los notarios o tabeliones que formaban el tribunal a fin de constatar el conocimiento y la ciencia de las leyes y aventajar a los demás en la escritura normal siendo la toma de posesión como dijésemos la investidura un acto de gran solemnidad.

Ya con anterioridad, los interesados debieron acudir para la redacción de sus convenciones o formalización de testamentos a los monjes y clérigos ya que a su cultura unían en aquellos tiempos de zozobra, el prestigio de su ministerio, todo ello en los siglos que inmediatamente siguieron a la invasión germánica. Así nació espontáneamente el notariado eclesiástico para asuntos temporales quedando inculcado en él, el derecho de autenticación. Hemos especulado sobre el notariado puesto que éste lleva invívito la autenticación y con ello la función de dar fe o fe pública, en particular la notarial. Ya a fines de la edad media las leyes de los diversos países tienden a consolidar dicha función y consagran la figura del notariado como cargo público. Se buscaba primordialmente legitimar un negocio jurídico y aquí se persigue darle fuerza ejecutiva, pero el resultado podemos decir que fue la creación de negocios jurídicos con todos los caracteres de autenticidad, legalidad, legitimidad y ejecutoriedad. Los documentos notariales no fueron sólo instrumenta pública, en cuanto se hallaban dotados de la autenticidad que les da el poder público, sino que por haber derivado de una autoridad, revestían así los contratos de valor ejecutivo y de la fuerza de cosa juzgada facultad esta última dada únicamente a las resoluciones judiciales.

En realidad en la historia del mundo civilizado y ya entrando al desenvolvimiento a partir de aquellos tiempos de su origen nos encontramos con tres figuras de notario distintas: a) el profesional privado con matices variados cuyos documentos merecen una cierta credibilidad, pero que no la poseen por entero en tanto no reciban la sanción judicial; al tabelio corresponde esta figura; b) el funcionario público que por recibir la autoridad del poder público extiende documentos de carácter auténtico: corresponde al Notario que se ha creado a la sombra de las distintas sobe-

ranías a partir de la edad media y vinculado a las soberanías nacionales consolidadas en la edad moderna y c) el estudiado últimamente, el *iudex chartularius*, cuya misión es dar sanción oficial para todos los efectos jurídicos e interponer la fe pública a los negocios privados que los particulares deseaban solemnizar.

Hemos hablado casi solamente de la Institución del Notariado en Roma, pues es donde alcanzó un alto grado de desenvolvimiento y se origina por razón de la necesidad de una manera muy particular en otras naciones como Francia, Portugal, Alemania, etc. pues éstas lo regulan según sus necesidades.

El notariado pasó por un estado de postración del cual le salvaron las corrientes nuevas de sistematización en las funciones públicas de la época contemporánea, que trae como consecuencia la elevación clara y definida del titular de la fe pública a la categoría de delegado público authenticador surgiendo a la vida del derecho con un tipo de organización especial que trata de armonizar los intereses de los particulares con los fines públicos de la institución.

En El Salvador, durante toda la época de la Colonia, el notariado estuvo reglamentado por las leyes españolas y por las leyes de Indias; y continuó siendo regulado por dichas leyes, aún después de la Independencia hasta la promulgación del Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas el 20 de diciembre de 1857.

En el período comprendido entre el 15 de septiembre de 1821, fecha de la Independencia, hasta el 20 de diciembre de 1857 en que se promulgó el Código de Procedimientos Judiciales y de fórmula, se dieron algunos decretos relativos al notariado, de los CUALES EL Dr. Isidro Menéndez en su Recopilación de Leyes de El Salvador, nos cita los siguientes: Decreto de la Asamblea Nacional

Constituyente de 9 de agosto de 1823; Decreto de la misma Asamblea Nacional Constituyente de 20 de enero de 1825; Decreto Legislativo de 15 de abril de 1835; Decreto Legislativo de 7 de marzo de 1837 y Decreto Legislativo de 4 de febrero de 1841. Desde la Independencia hasta nuestros días El Salvador ha promulgado tres Códigos de Procedimientos Civiles: el primero es el Código de Procedimientos Judiciales y de fórmulas de 1857; el segundo fue promulgado en 1863, reeditado en 1878; y el tercero fue promulgado en 1881, el cual ha tenido cinco ediciones: la primera en 1893, la segunda en 1904, la tercera en 1916 y la cuarta en 1926 y la última en 1948. Datos tomados de la tesis del doctor Hugo López Mejía quien a su vez los tomo de la tesis del doctor René Padilla y Velasco titulada "APUNTES DE DERECHO PROCESAL CIVIL SALVADOREÑO".

Actualmente la fe pública (del latín fides) es una garantía que da el Estado sobre hechos que interesan al derecho por la creencia -sin ver- de la autoridad del que las dice y por la forma pública como se nos presenta. Los actos que proceden del poder público, no están a la vista de todo el mundo, sin embargo todos debemos darle crédito, cumplirlos y respetarlos. Ya veríamos el desconcierto y desarmonía que se causaría dentro del conglomerado social al poner en duda la verdad de las disposiciones por no haberlas presenciado. El acto jurídico autorizado por la fe pública, se tiene por auténtico, voz griega que significa lo cierto y creído sin ver celebrar dicho acto.

Al analizar el tercer tema dentro del plan de desarrollo de este trabajo ahondaremos lo de la fe pública no sin antes decir algo sobre la actual forma de entenderla.

De fe pública nos trae el tratadista José María Mustá-

pich el concepto que sigue: " como la calidad pública que mediante la intervención de un oficial público, acuerda a ciertos documentos que por tal registren autenticidad y eficacia".

La autenticidad, alta función de certidumbre, la monopoliza el Estado y la ejercita a través de calificados agentes que la otorgan en la forma que aquél designa. Es lógico que en todos los tiempos y lugares se ha sentido con mayor o menor intensidad la necesidad de dotar de certeza y firmeza legal a los actos y relaciones de derecho y cðrrar paso a posibles litigios. Se crea así la institución conveniente no por científica sino por necesidad. La fe notarial lleva invívito una presunción de legalidad porque no debe alcanzar aquellos actos a los que la ley niega valor jurídico ya que al consignar en escritura la calificación que le merece el hecho sometido a su autorización verifica un acto de legalización positiva y específica.

La función legalizadora se ha comparado con la acuñación de la moneda pues realmente hay un parangón porque la operación de imprimir o sellar oficialmente por medio de troquel es el caso típico de autenticación y legalización. La moneda se admite sin tener que pesar el metal como se hizo en tiempos primitivos.

El Notario asiste de manera natural el origen y desarrollo del negocio jurídico que se somete a su autorización y despliega una labor de dirección y ajuste a fin de adecuar el acto a lo que pretenden las partes y el interes de la ley, pues por medio de la legitimación conecta el acto con la situación jurídica que le sirve de base o que condiciona su eficacia. Es a ésto que se le llama configuración jurídica. El supuesto previsto por la ley existe, las partes cuentan lo que pretenden y el Notario amol-

da el caso concreto al supuesto, dicha función como se dejó dicho fue dándose a la luz más que todo por necesidad y no encajó absolutamente en ninguno de los clásicos poderes estatales, pues no es su principal misión aplicar el derecho sino garantizar la verdad del hecho.

El derecho de manera filosofica se enuncia deontológicamente se dice con eso que regula más que todo la zona del deber ser o debe suceder y no del ser. Así vemos que los actos típicamente jurídicos ejemplo una ley, una sentencia etc. imponen deberes prescriben siempre lo que debe ser. Al efecto nos dice El Vecchio que lo que simplemente se afirma o constata no tiene carácter jurídico. Visto así, los actos típicos notariales en que se da fe de la existencia de un hecho, quedarían fuera del derecho. Tales actividades aunque útiles al derecho carecerían de naturaleza jurídica. Pero si los actos o hechos probatorios a autenticar no son jurídicos en cuanto son reproducción o representación de otros hechos, sí lo son en cuanto en esa función de reproducción han tenido que observarse los requisitos prevenidos por la ley para que tuvieran la fuerza probatoria que poseén. Tienen significación jurídica, pues han sido creados conforme a la ley de lo contrario ningún valor tendrían como documento probatorio. Documentos en los cuales ya tendremos oportunidad de ver su valor jurídico al citar disposiciones de nuestra legislación vigente, pues la función notarial se haya destinada a garantizar no solo la verdad del hecho sino su valor jurídico. Las ciencias exactas y la mente del hombre tienen seguridad y certeza semejante a la mente divina nos dice Giorgi. Pero la necesidad jurídica de crear certeza es semejante a la de la ciencia que necesita de contar con principios

elementales como base de sus creencias. Hay una necesidad de crear en el ordenamiento jurídico algo así ~~así~~ como los primeros principios enunciados axiomáticamente. El tratadista Durando, afirma que el origen de la fe pública acordada a los documentos notariales se haya en una ley de Rachi, que prohibió la delación del/ju--ramento contra los documentos otorgados ante los escribanos ~~prohi-~~ COS;

Actualmente nos dice Mustapich " el documentoy notario hállanse estrechamente relacionados con el concepto de fe pública, de cuya conjunción práctica configúrase la institución del notariado de tan relevante función jurídica en el derecho formal".

DESARROLLO DEL SEGUNDO CAPITULO

ALCANCE DE LA FE PUBLICA NOTARIAL.

Creemos haber dejado en claro el concepto de fe pública, ahora ahondaremos particularmente sobre la FE PUBLICA NOTARIAL que es la que interpone el Notario como delegado del Estado para darle certeza a los actos que ante él se celebren. Es pues, de la esencia del Notario y éste con solo intervenir conforme a derecho y autorizar con su firma y sello un acto cualquiera le impone autenticidad que es lo que en el fondo implica la FE NOTARIAL.

Esta fe ha visto ampliada notablemente su alcance en la actual ley de NOTARIADO pues actualmente el Notario no sólo puede dar fe de los actos, contratos y declaraciones sino que puede darle autenticidad a otras actuaciones en que interviene personalmente. Total se plasmó la necesidad de ampliar la función notarial para que ciertos actos, que puedan efectuarse, reciban verdadera autenticidad dentro del alcance y términos de la vigente LEY DE NOTARIADO.

Ahora bien la interrogante que nos viene a la mente es sobre el alcance, sinónimo de comprensión, Hasta dónde comprende esa fe pública? en otras palabras, Hasta dónde llega ella? y en ese "Hasta donde llegar y allí quedarse" empezamos por decir que actualmente es en principio plena e ilimitada; puede interponer el Notario su fe también a toda hora y en cualquier lugar de la República.

Por de pronto y a manera de ejemplo diremos: que el Notario puede dar fe mediante actas que son de varias clases de todo lo que ante él pase, más adelante se valorará en juicio esa prueba preconstituida mediante las reglas del Código de Procedimientos Civiles. Puede perfectamente levantar acta dando fe de que el demandado estuvo pronto a derecho el sexto y último día de -

emplazado en un juicio ordinario y que no pudo presentar el escrito de contestación porque estaba cerrado dicho tribunal por motivo de inspección. Con esta prueba el expresado demandado tendría derecho para que conforme al art. 229 en relación con los arts. 538, 539 todos del Procedimientos Civiles se le concede un nuevo plazo para contestar la demanda, pues al impedido por justa causa no le corre término, puede levantar acta por ejemplo de las razones que el encargado del Registro Civil le expone para no asentar cierta partida de nacimiento. Puede levantar acta también por ejemplo, que la casa comercial X verificó cierta rifa que prometió, pues el Notario estuvo presente.

Siendo el Estado una persona jurídica de Derecho Público cuyas manifestaciones sólo pueden realizarse por personas físicas es natural que los representantes encargados de dicha autoridad no procedan de propia autoridad, sino delegados de aquél. El Notario debe brindar una resultante de jurista, asesor económico y financiero, consejero privado y amigo de sus clientes, pero ante todo amigo de la verdad y la moral. El Notario a contrario de lo que pudiera creerse no está obligado a interponer sus oficios siempre que se lo soliciten, creo puede negarse y no encuentro disposición alguna que lo obligue. Coactivamente se nos impone a todos la certidumbre de los hechos sobre los cuales el Notario da fe si lo ha hecho con los requisitos que se exigen, con esto se facilita el comercio jurídico, descentraliza así esa función pública y la delega en el Notario creando así la fe de que venimos hablando. Siendo que los actos públicos generalmente llevan en sí la garantía de certeza y legalidad y los privados no, es en éstos donde es más amplia la zona de acción y crea una disciplina especial obedeciendo a la necesidad de probar los hechos.

El Notario debe ser un perito en cuestiones jurídicas pues interpreta de esta manera lo que de palabra le dicen las partes, modula los hechos objetivizando o plasmando en la escritura que servirá más adelante de prueba instrumental.

Siguiendo sobre nuestro tema en otras palabras midiendo el alcance de la fe pública concedida al Notario esta fe no opera en principio sobre el derecho objetivo pues éste se formula de una manera abstracta y condicional, sino que opera sobre hechos que originan derechos subjetivos. La función característica de la institución notarial es la de autenticación y determinación del hecho concreto como condición necesaria para que el juez pueda señalar las consecuencias. Si ese hecho no es simple en el mundo exterior sino que es un hecho de la vida jurídica entonces se plantea la pregunta objeto de este trabajo, el saber, hasta dónde? cuál es el alcance de la función de autenticar propia de Notario? Dijimos que alcanza todo acto jurídico que como tal genere consecuencias de derecho cuyo conocimiento requeriría el juez.

Sería inconcebible dice el tratadista Sanahuja que el Notario no pudiera dar fe de haberse otorgado un testamento y sí únicamente de que un individuo le ha hecho una manifestación que por de pronto quedaría sin sentido. La única limitación es que ese hecho de que el Notario va a dar fe contenga validez en derecho, pues caso contrario se queda sencillamente en el puro ámbito de autenticidad. Eso sí, es documento auténtico aunque conforme a las pruebas no tenga valor alguno. Es semejante al caso del testigo que no dijo nada del hecho que se trata de probar por su medio, no por eso deja de serlo, prueba de ello es que no puede presentarse un séptimo testigo alegando que los seis primeros no dijeron nada al respecto.

El Notario debe negarse a dar fe de aquellos actos que no tengan validez en el derecho, actos innocuos e intrascendentes que no producen consecuencias jurídicas, pues esta delegado por el Estado-al igual que otras personas como los Secretarios de los tribunales, Agentes de Bolsa etc.- para dar fe pública de aquellos actos que interesan al Derecho por su trascendencia jurídica. Tiene función jurisdiccional, normativa y a veces ejecutiva. Decimos jurisdiccional porque autenticar un contrato no es autenticar un hecho cualquiera del mundo fuera, sino declarar oficialmente la validez de ese contrato, es decir lo subsume dentro de la proposición general establecida en la norma jurídica y e aquí la índole jurisdiccional de su función; es normativa pues la función de autenticar se ejerce no sobre una relación ya formada o como dijéramos fija sino que al momento de engendrarse se configura. La intervención del Notario como se dijo es decisiva, sea para señalar las cláusulas o disposiciones por el que se rijen las partes, sea para trazar el camino ad-hoc a fin de que las obligaciones que se contraen tengan cumplimiento de manera voluntaria o en casos extremos sea cumplida con intervención del Juez, y es aquí finalmente donde como se dijo es, a veces hasta ejecutiva.

La función del Notario esencialmente autenticadora evita al Juez la comprobación del hecho, circunscribiéndose al conocimiento del Derecho, visto así suple la función dicha una fase judicial que sólo puede imputarse al Estado, como unidad del orden jurídico y soberano. Ejemplo: el Contrato de Mutuo, título que lleva aparejada ejecución, si no se paga conforme a las cláusulas del contrato, el acreedor puede ^{por acción ejecutiva} coaccionar al deudor pues hasta este grado -por decirlo así- no llega la facultad del Notario, pero sí se nos presenta como regulador de cierto poder

ejecutivo pues se debe cumplir sin contención y como de modo automático. Tiene toda la fuerza ejecutiva si además de estar hecho ante Notario - pues por ello no se duda de su certeza- se cumplen los otros requisitos necesarios para tal efecto, tales como plazo vencido, legítima personería, ya vendrá el termino probatorio para que conforme al Procedimiento Civil se pueda redargüir de falso, probar excepciones, etc.

Hemos de distinguir en la escritura pública que como muy bien se le ha dado en llamar prueba antilitigiosa por excelencia, lo que el Notario afirma porque sucedió en su presencia; lo que en la misma resulta declarado y afirmado por las partes, porque a estas últimas declaraciones no se extiende el valor absoluto de la escritura pública. Tan así es, que si las partes declaran ante un Notario hechos referidos al pasado o en general a hechos no sucedidos en presencia de él, éste al autorizar la escritura pública podrá así atestiguar la realidad de las declaraciones, pero no la veracidad de los hechos comprendidos en la misma; y por esto la escritura acreditará de modo absoluto que la declaración fue hecha en su presencia pero siempre se podrá, en virtud de prueba en contrario impugnar la verdad de su contenido; hasta allí, dar fe de la realidad de las declaraciones, no llega el alcance de la fe pública notarial. Siempre puede ^{vertirse prueba} en contrario sobre lo aseverado por las partes según principios generales de prueba. aún contra lo que el Notario afirme haber presenciado se podrá vertir prueba mediante la querrela de falsedad; por ejemplo si el Notario diera fe de que el testador estaba en su sano juicio cumpliendo con lo preceptuado en los arts. 1002 No. 3 y 1011 del Código Civil pues en este caso concreto del testamento el Notario no tiene capacidad para acreditar estado mental del testa-

dor, da fe de haber tenido a la vista una persona normal.

Se dijo pues que el Notario debe ser perito en cuestiones jurídicas, verídico en los hechos que da fe, reservado, imparcial y sigiloso en los negocios jurídicos que autoriza, discreto cuando sea necesario, pues hay actos que por su naturaleza ^{es} necesario dárseles publicidad dentro del marco de la ley. La finalidad de la fe notarial es evitar cuestiones de carácter litigioso pues se llega donde un Notario para que arregle bien los asuntos y no haya después dudas, diferencias o dificultades en la interpretación o aplicación de los negocios jurídicos. Las incertidumbres del hecho no deben existir, se debe dotar al documento de suficiente claridad y fuerza probatoria para rechazar dudas de cualquier índole a su autenticidad o a la legalidad y legitimidad del documento ya que deberán estar determinadas y configuradas las relaciones jurídicas por un técnico en estos asuntos.



DESARROLLO DEL CAPITULO TERCERO

ANALISIS Y CONTENIDO DEL ART. 10. DE LA LEY DE NOTARIADO.

Los programas de la civilización dice el tratadista Ortolan, espiritualizan las instituciones, las desprenden de la *materie* y las trasladan al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta eminentemente cuando se observan los actos jurídicos. Con tales actos, una civilización adelantada asocia inmediata y principalmente lo que es espiritual, a la voluntad de la institución; no pide a la *materie* sino lo que es indispensable para descubrir y asegurar la voluntad. Cabalmente esta es la función de la escritura pública, asegurar la exteriorización de un acto de voluntad cuando por su naturaleza o trascendencia el legislador estima insuficiente otro medio de manifestación, llegando en algunos casos a exigirla como condición de validez del mismo acto. Ejemplo contratos solemnes como la compraventa de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria que no se reputan perfectas ante la ley mientras no se otorguen por escritura pública art. 1605 Inc. 2o. del C.C.

El Estado en la imposibilidad de crear otro sistema oficial de asegurar la autenticación de ciertos actos, ha admitido la intervención de estos funcionarios impuestos por la costumbre, con base a una confianza depositada en determinadas personas. El Notario es un consejero íntimo, un hombre cuyos actos se aceptan como expresión leal de un acto de conciencia, pero para que esto es necesario que su vocación, como la del juez, se forme por los medios y que el acto caiga sobre la acción de los sentidos.

Sobre la importancia de la función pública dicese: ninguna otra como la profesión del Notario es más digna, honorífica y respetable, puesto que es la única en la cual está depositada la

fe pública y en todos los tiempos han sido llamados a desempeñar la personas distinguidas por su lealdad, su rectitud y su saber, ya que es grandísima la importancia de su función social. El Notariado es una especie de magistratura popular, que representa la intervención de la sociedad en la formación de los actos, por la presencia de un oficial regestido de carácter público, que lo transforma en auténtico para constatar la verdad de su contenido en cuanto a la convención realizada y a la fecha del contrato. Interpreta el Notario la intención de las partes e imprime forma al pensamiento de cada uno, les conoce sus derechos, fortunas y dificultades y en momentos últimos de su vida lo conforta, aconseja y plasma su última voluntad por medio del testamento a fin de que aquella surta efectos después de su muerte evitando así con serenidad y cordura un drama familiar o controversia de cualquier índole. Guía además acertadamente por el camino recto de la justicia y de la verdad. Así la misión del Notario es de proyección y mayores aún que la de los jueces mismos, pues éstos sólo resuelven conflictos de derecho ya producidos, en tanto que los notarios con sus luces y su experiencia en los negocios, con su imparcialidad evitan dichos conflictos. Es así como las leyes notariales han tratado de alejarle al Notario los conflictos que a veces se presentan entre el deber y el interés. No permitirá que persona alguna obtenga ilícitamente ventaja sobre otra persona con quien contrate por su intermedio y celará al contrario para que las convenciones sean claras y se vea en ellas los derechos de cada uno. Jamás verá los intereses de su cliente con más preferencia que las de la otra parte y aquel que no sume en su persona lo aquí dicho, una vasta preparación, estará expuesto a ser un instrumento -aún contra su propia voluntad o inconciente- del fraude.

El Notario no hace más que testimoniar el negocio pasando a ser testigo calificado, de ahí se deduce que no crea relaciones jurídicas, se limita a testimoniar la existencia de las declaraciones de voluntad que recibe y los demás elementos que requiere la ley. Así el Notario crea el documento y no más, ni tan siquiera le es permitido agregar las "clausulas de estilo" pues no serían la verdadera expresión de las partes; no servirán para interpretar el negocio jurídico; debe redactarse bien y de manera separada lo que hace o dice el Notario y lo que hacen o dicen las partes; lo que historia y lo que es derecho.

Se empezó por decir algo del notariado pues éste es el tema central del artículo analizado y que a la letra dice: "EL notariado es una función pública. En consecuencia el Notario es un delegado del Estado que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y de otras actuaciones en que personalmente intervenga, todo de conformidad con la ley. La fe pública concedida al Notario es plena respecto a los hechos que, en las actuaciones notariales, personalmente ejecuta o comprueba. En los actos, contratos y declaraciones que autorice, esta fe será también plena tocante al hecho de haber sido otorgados en la forma, lugar día y hora que en el instrumento se expresa. La fuerza probatoria de todo instrumento notarial se regula de conformidad con las leyes respectivas".

Es claro que desde el punto de vista subjetivo el notariado en sí no es una función pública como dice el artículo comentado. El notariado es una institución jurídica ya que instituciones son como dice el Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz en su obra intitulada "Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas"

como grandes unidades formadas por un conjunto de normas que regulan relaciones jurídicas de la misma clase, que tienen unidad de objeto y unidad de fin". Y el notariado está formado por el conjunto de normas jurídicas, que regulan las relaciones por supuesto jurídicas de la misma clase entre los particulares y el Estado. Visto así el notariado es institución jurídica y es su ejercicio lo que constituye la función pública. Funcionario público según los tratadistas Gastón Jaze y Posada es aquella persona que desempeña una función pública. Lógicamente de la lectura de la primera parte del artículo comentado cuando dice, el notariado es una función pública, deducimos que quien lo ejerce es un funcionario público aunque dicho artículo no lo exprese de manera categórica cuando dice que en consecuencia el Notario es un delegado del Estado. Visto como funcionario público al Notario se le pueden deducir todas las responsabilidades de que son objeto aquellos funcionarios, además de las que específicamente se le deducen por capítulo séptimo de la Ley de Notariado vigente.

El medio de prueba como expresión típica y perfecta es la escritura pública del latín scriptura. Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua instrumento público es el firmado a presencia de testigos por la persona o personas que lo otorgan, de todo lo cual da fe el Notario. En función de los criterios clasificadores del negocio jurídico distingue el expositor Giménez Arnau las siguientes especies de escrituras: 1a.) por los comparecientes en unilaterales y bilaterales 2a.) por su naturaleza de la relación jurídica contenida en escrituras inter vivos y mortis-causa; 3a.) por la índole de las pretensiones otorgadas en escrituras a título honoroso o lucrativo 4a.) Por la ti-

picidad o atipicidad de los contratos en nominados e innominados; 5a.) Por las modalidades de las obligaciones en escrituras relativas a actos puros, condicionales y a plazo y 6a.) Por las formalidades del otorgamiento en escrituras con unidad de acto y escrituras con otorgamiento sucesivo.

La fe pública concedida al Notario es plena respecto a los hechos y actuaciones notariales que personalmente ejecute o compruebe y es lógico que tiene que ser plena desde luego que si los está ejecutando o comprobando personalmente, no queda otra alternativa que darles credibilidad plena. Ahora bien en los actos, contratos y declaraciones que autorice—no que ejecute o compruebe personalmente— esta fe será también plena tocante al hecho de haber sido otorgados en la forma, lugar, día y hora que en el instrumento se expresa pues el Notario como dejamos expuesto puede dar fe de lo que oye y ve pero no de las intenciones, deseos o ideas de las partes. El art. 1571 C. nos dice lo que constituye lo dispositivo y lo que constituye lo enunciativo de una escritura siendo lo dispositivo lo que constituye el objeto de acuerdo de voluntades, estos elementos no pueden faltar, en cambio lo enunciativo sí pues son accidentales y para que haga fe respecto de las partes y causa-habientes es necesario que tenga relación con lo dispositivo. Sobre el particular nos ilustra muy bien el doctor Santiago Ricardo Martínez que a folios 39 de su reciente tesis doctoral dice: " Intimamente relacionado con esta materia está el art. 1572 C. que dice: El instrumento público o privado hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato. De este artículo se desprende que en una escritura pública hay partes que son de dos clases: unas dispositivas y otras enunciativas

vas. El conjunto de las primeras, constituye lo que se llama lo dispositivo de la escritura pública; el conjunto de las segundas, forma lo que se denomina lo enunciativo. Lo dispositivo es lo que constituye el acto mismo a que el instrumento se refiere, es aquello que constituye el objeto del acuerdo de las voluntades de las partes, es el acto jurídico en que las partes han querido convenir y de que quieren dejar constancia en la escritura pública; de manera que estos elementos no pueden faltar en ella porque si alguno de ellos se omite las partes no obtendrían la prueba completa que persiguen. Es decir, que determina las obligaciones que las partes se propusieron constituir y regular, es el hecho jurídico que se quiso establecer. Así en un contrato de compraventa, forma parte de lo dispositivo de la escritura pública la determinación de la cosa y del precio, porque eso es lo que constituye en su esencia el contrato de compraventa. En cambio, lo meramente enunciativo consiste en aquellas declaraciones puramente accesorias en que se hace mención de los preliminares del acto, o de circunstancias no esenciales, que por esto se podrían en todo caso suprimir, sin que quedase modificado el hecho o la convención jurídica a cuya certificación tiende la escritura pública. Así tratándose de un contrato de mutuo, lo dispositivo es la declaración del mutuario de que ha recibido el dinero del mutuante; pero sería algo meramente enunciativo, la declaración que el acreedor pudiera hacer de que se han pagado hasta la fecha de la escritura los intereses ya producidos. La escritura no tiene el mismo valor probatorio por lo que respecta a lo dispositivo y a lo enunciativo. Por lo que respecta a lo dispositivo, la escritura pública hace fe entre los otorgantes y sus causa-habientes, según se comprende del artículo 1577 C. que lo corrobora el artículo 1578 C.

segundo. La escritura pública hace fe también en lo meramente enunciativo con tal que tenga relación con lo dispositivo del acto o contrato en forma directa, porque la ley cree que las partes al otorgar la escritura pública, discutieron estas enunciaciones y convinieron en ellas. En caso contrario, no hace fe porque la ley estima que las partes no han puesto igual cuidado en la redacción de esas enunciaciones. Para determinar si lo meramente enunciativo tiene o no relación con lo dispositivo, es necesario apreciar el caso en concreto y el juez será quien deba resolver en definitiva la forma en que debe interpretarse una cláusula".

Respecto de los efectos que para terceros produce la escritura pública la referida tesis nos continúa explicando muy bien cuando a fs. 40 nos dice: "De los términos expresados en el art. 1571 C. parecé desprenderse que el instrumento público hace fe respecto de terceros sólo en cuanto a su fecha y al hecho de haberse otorgado y no respecto de las declaraciones en él contenidas. Pero a pesar de los términos empleados es necesario convenir que también hace fe respecto del hecho de que las declaraciones fueron formuladas ante el Notario y que el acto se celebró. Respecto de lo que no hace es sobre las obligaciones o descargos que pudieran afectar a terceros por el hecho de que estos no han concurrido por su voluntad en ella; sin embargo, la prueba para acreditar la falsedad de tales declaraciones corresponde a los terceros que la alegan. Es interesante transcribir el comentario que sobre el particular hace el eminente maestro don Arturo Alessandri Rodríguez, sobre el art. 1700 del código civil chileno, que es idéntico al art. 1571 de nuestro código civil y se expresa diciendo: "Y cual es el valor probatorio del instrumento público con respecto de tercero: en que situación quedan los terceros

los extraños al otorgamiento del contrato, los que no intervienen en él, o los que no pueden suceder ni a título singular ni a título universal respecto de los otorgante? con relación a estos terceros, y aún cuando del artículo 1700 (1571 C) pareciera desprenderse que el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha, y no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los otorgantes, hay sin embargo, que reconocer que el instrumento público respecto de terceros, hace fe no sólo en cuanto a su fecha, no sólo en cuanto al hecho de haberse otorgado, si no también en cuanto a la verdad de las declaraciones que los contratantes u otorgantes han hecho en el instrumento, es decir, en cuanto al instrumento acredita que efectivamente se celebró el acto o contrato a que se refiere. Esta uniformemente eceptado por la doctrina y por la jurisprudencia moderna que el instrumento público tiene respecto, de terceros el mismo valor probatorio que respecto de los otorgantes; de lo contrario tendríamos que admitir el absurdo de que un instrumento público, revestido de autenticidad porque lleva el sello del Estado, sería auténtico para uno y no lo sería para otro; y llegaríamos todavía al absurdo más manifiesto de que no tendría como probarse ante los terceros la celebración del acto o de los hechos a que el instrumento se refier. Veamos un ejemplo. Cómo se acreditaría el matrimonio, Cómo se acreditaría la defunción de un individuo, si los instrumentos públicos no tuvieran valor probatorio respecto de terceros? basta con este ejemplo, para convencerse que el artículo 1700 (1571 C.) no puede decir lo que a primera vista parece decir; y aún cuando eso quisiera decir, lo que no quiso decir, habría que interpretar la ley en sentido con

trario. De esto se desprende que el instrumento tiene fecha cierta con respecto de terceros; a este respecto no hay ninguna dificultad pues lo dice el artículo 1700 (1571 C.) que el instrumento público hace plena fe también en cuanto a su otorgamiento, es decir en cuanto a la circunstancia de que ha sido realmente otorgado; y que también prueba el instrumento público respecto de tercero, que es efectivo lo que los otorgantes dijeron en el instrumento, porque el instrumento público hace plena fe respecto a terceros, en cuanto a los hechos que el funcionario público que lo autorizó ha presenciado en cuanto a los hechos que al funcionario público le constan y que ha visto. El funcionario público que autorizó el instrumento público, puede certificar, en primer lugar, la autenticidad de la fecha puede certificar enseguida, el hecho de haberse otorgado el instrumento y podrá finalmente atestiguar, porque eso sí que le consta a él que se hicieron las declaraciones que el instrumento indica, que los otorgantes del instrumento aparecieron ante él y dijeron tales o cuales cosas, porque eso el funcionario lo ha visto con sus propios ojos. Pero al Notario y el ministro de fe pública que interviene en el acto no le consta la veracidad de las declaraciones que los otorgantes hicieron; él lo más que puede atestiguar es que Pedro y Juan pongamos por caso, se pusieron de acuerdo en un sentido determinado; pero él no puede saber si esas declaraciones corresponden a la verdad o si no corresponden. Entonces los terceros están obligados a aceptar el mérito probatorio del instrumento en cuanto a los hechos que el ministro de fe atestigüe y como el ministro de fe no puede atestiguar la verdad de las declaraciones en él contenidas, los terceros pueden impugnar esas declaraciones y atacarla de falsas, por

cualquier razón que aleguen; pero mientras los terceros no demuestren la falsedad de las declaraciones, no demuestren que son falsas las estipulaciones que en el instrumento se contienen, tendrán que aceptarse como verdaderos, porque el instrumento público goza de una presunción de autenticidad respecto de todo el mundo, presunción que no se destruye, mientras los terceros no prueben sus afirmaciones de impugnación de dicho instrumento. En consecuencia, lo que ha querido decir el artículo 1700 (1571 C.) al establecer que el instrumento público no hace plena prueba respecto de los terceros en cuanto a la veracidad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados, no es que el instrumento público no haga plena prueba a su respecto, en cuanto al hecho de haberse otorgado el contrato a que el instrumento se refiere, sino únicamente que lo que en el instrumento se dice, no lo obliga ni los alcanza.

En otros términos el art. 1700 (1571 C.) del Código Civil al igual que el art. correspondiente del código Francés y al igual que muchos autores de Derecho, confunden dos cosas que en el Derecho son inconfundibles: los efectos del contrato de que da constancia el instrumento y la fuerza probatoria del instrumento y es por eso que este artículo, que está reglamentando la fuerza probatoria de un instrumento público, innecesariamente entra a reglamentar los efectos que respecto de las partes producen las declaraciones que en el instrumento contiene. Es incuestionable que jurídicamente consideradas las cosas hay una diferencia notable entre la fuerza probatoria del instrumento y los efectos del contrato que da constancia el instrumento, nadie puede entrar a discutir que el acto jurídico o convención de que da constancia el instrumento, no puede producir efectos sino con respecto a las par-

tes que lo han celebrado, porque es un axioma de Derecho, que para que una persona se obligue a otra por un contrato o declaración de voluntad es menester que consienta en dicho acto o declaración en consecuencia sólo las partes que han procedido a otorgar el instrumento quedan obligadas, pero los terceros ^{/no} ~~que~~ quedan ligados ni afectados en forma alguna por el acto a que el instrumento se refiera." Sigue diciendo para terminar a folios 45."En conclusión podemos decir que el instrumento público tiene respecto de terceros el mismo valor probatorio que respecto de las demás partes, pero los terceros no quedan ligados ni afectados en forma alguna con las declaraciones o disposiciones de que da constancia el instrumento; y como a esos terceros no les puede costar la verdad de las declaraciones que las partes hayan hecho ante el Notario, les es lícito a los terceros impugnarlas y destruirlas, porque no hace fe el instrumento público respecto de ellos en cuanto a la verdad de esas declaraciones; y en eso estriba la principal diferencia del valor probatorio respecto de las partes y respecto de terceros".

Visto así lo relativo a la escritura pública que es donde se plasma la fe notarial veremos ahora lo que por delegado del Estado, según términos del artículo comentado debemos de entender. El artículo en referencia no nos dice categóricamente que el Notario es funcionario del Estado aunque creo que lo es por las razones que más adelante expondré así como las que nos expone el Dr. Hugo López Mejía cuando dice: "Se ha creído que el Notario no es un funcionario Público, porque no desempeña su cargo por elección ni por nombramiento; ni tiene una remuneración de parte del Estado, sino que es remunerado por los particulares a quines sirve de conformidad al arancel respectivo. A mi juicio

el Notario es nombrado por el poder público; es por acuerdo de autoridad competente que se le autoriza para ejercer el notariado, y tal autorización no es de por vida, sino que generalmente se le renueva cada año, pudiendo ser removido aun antes del año si el poder público juzga que hay causa suficiente para ello. Esá acuerdo esa autorización son su nombramiento. El ser remunerado por particulares conforme al arancel, no es una característica esencial que puede llevarnos a concluir que los notarios no son funcionarios".

Decimos que somos de opinión que la ley no debería de usar términos ambiguos como lo hace en este artículo, sino ser categórica diciendo expresamente que el Notario es funcionario público. Así se le pudiera imputar todas las responsabilidades de que son objeto aquellos. Si así se hiciera estaría obligado a que como tal preste sus servicios siempre que conforme a la ley se lo soliciten e incluso se podría -si es que se quiere acabar con el monopolio en la escrituración y la competencia desleal- distribuirle igual cantidad de trabajo recibiendo remuneración de parte del Estado y éste percibiría derechos por prestar tales servicios profesionales. Ahora el Notario no tiene la atribución de mando. Es más en la base psicológica de su función no sólo no cuenta con poder coactivo, sino que ha de valerse de un estado de ánimo que ocupa el polo opuesto de su sujeción de una autoridad, cual es la libre y espontánea libertad de los particulares de acudir al Notario de su confianza.

Continuando con el comentario que nos hemos propuesto vemos que por este artículo se han ampliado las funciones notariales pues al Notario no solo se le deja como instrumento de fe respecto de actos, contratos, y declaraciones que ante él se otorgan, como lo hacia la anterior ley sino que alude a actuaciones

nes que personalmente ejecuta y cuya comprobación le encomienda la ley. Esto lo veremos ampliamente en el capítulo cuarto de este trabajo.

El inciso último del artículo que analizamos dice: "la fuerza probatoria de todo instrumento notarial se regula de conformidad con las leyes respectivas." Es lógico que diga así pues si enumerara los artículos no concordarían con la enumeración que nos trae el nuevo Código de Procedimientos Civiles que ya se está elaborando. Veamos actualmente tales artículos. En la escala de pruebas conforme al art. 415 Pr. el instrumento público o auténtico ocupa el quinto lugar haciendo plena prueba arts. 255, 258 Pr. siguiendo con el artículo 416 Pr. dice: que cuando ambas partes presenten pruebas del mismo género se absolverá al demandado ya que si alguna de ellas es preferente se estará a ésta. Preferencia que no se establece en materia penal aunque sí se introdujo dentro de las reformas de 1957 se derogó según decreto legislativo 145 del 20 de septiembre de 1962. El concepto de instrumento público su ^{GU}relación y valor probatorio nos lo establece en código civil en su Libro 4o título XXI y el Código de Procedimientos Civiles capítulo 4o del libro 1o.

Continuando con el instrumento público que es donde se plasma la fe pública nos encontramos con el art. 254 Pr. el cual dice que el instrumento privado escrito en el papel sellado correspondiente reconocido judicialmente tiene el valor -sin serlo- de escritura pública, pero viendo detenidamente esa disposición vemos que debe estar escrito en el papel del sello correspondiente Pregunto ? y si no lo está? respondo /si está en papel sellado de mayor valor no hay problema el resto a favor del fisco .El problema jurídico surge cuando está escrito en papel de menor precio. En la práctica los jueces ordenan conforme a la ley de papel se-

llado el pago en la Administración de Rentas de veinte veces el valor del papel sellado que debió haberse usado. Hasta allí bien pero que los faculta a que le den el valor de escritura pública si no está redactado en el papel correspondiente con sólo pagar la multa, disposición ninguna. Así lo hacen porque nuestra legislación civil es copia de la chilena y allí si hay disposición expresa que los faculta. De manera expresa se podría introducir tal facultad dentro de la nuestra.

Es íntima la relación entre el alcance de la fe pública y el valor probatorio de la escritura pública, que a veces conforme al procedimiento civil convierte los juicios en causas ordinarias de mero derecho, ya que el juez falla sin más que esperar. Los documentos son necesarios para que se declare o reconozca un derecho, deben ser depositados ante el organismo estatal encargado de la función jurisdiccional mediante las pruebas que pueden ser instrumentales, orales, técnicas y judiciales división ésta más que todo de carácter formal pues las pruebas de la clase que fueren deben relacionarse por escrito aún en los juicios verbales. Hay pruebas que tienen una naturaleza especial como las presunciones y las confesiones extrajudiciales que son más todo pruebas complejas. Así vemos que la confesión extrajudicial verbal se prueba mediante la testimonial. La confesión extrajudicial escrita mediante la prueba documental e igualmente la prueba por presunciones.

Notábamos un contrasentido que nos traía el art. 1570 C. cuando lo relacionábamos con el art. 9 de la Ley de Notariado próxima pasada. Veamos: documento auténtico es autorizado por el mismo que lo hizo y contiene hechos privativos, mientras el instrumento público está autorizado por persona en quien reside una autoridad pública especialmente delegada esto es ante un Nota-

rio público y contiene hechos y cosas ajenas que pasan a su presencia. En este sentido todos los documentos autorizados por un Notario en sus funciones tuvieron que ser instrumento público, pero nuestra legislación nos decía que sólo lo eran los autorizados por un Notario e incorporados en un protocolo art. 1570 C. y art. 9 de la anterior ley de Notariado en consecuencia el resto de los que autorizaba y no los incorporaba en un protocolo no eran instrumentos públicos—según interpretación muy apegada al texto de la ley—. Así como la legalización de firmas, actas de notificación al deudor de quien es su nuevo acreedor, etc... veíamos pues en contrario sentido ya que teniendo el Notario la facultada de dar fe y el derecho de ser creído, los documentos que autorizaba de la clase que fueran y en la calidad de su función notarial debían ser instrumentos públicos. Contrario sentido que en el capítulo cuarto según veremos desaparecen, pues nuestra Ley de Notariado vigente en su art. 2 nos dice: "Los instrumentos notariales o instrumentos públicos son: escritura matriz, que es la que es la que se asienta en el protocolo; escritura pública o testimonio, que es aquella en que se reproduce la escritura matriz; y Actas Notariales, que son las que no se hacen en el protocolo". Y el art. 32 de la misma ley nos dice correctamente que es la escritura matriz y no el instrumento público —como decía la anterior— quien debe reunir trece requisitos siendo el primero que se otorgue ante persona autorizada para ejercer el notariado y el segundo que se asiente en el protocolo. Es del caso recordar que instrumento no es lo mismo que título, éste es la causa del derecho que se tiene por ejemplo decimos a título de venta y aquél la prueba escrita de tal título tan es así que se puede tener una cosa sin tener otra.

Dentro de las facultades concedidas por el artículo que analizamos cabe preguntar si encontrándose el Notario en su bufete -distinto a las notarías que en otros países existen- puede hacer uso de la interpretación analógica en los casos jurídicos que se someten a su orientación y entiendo que efectivamente debe extenderse a todas las facultades y medios que conforme a derecho le sean necesarios. Y si la institución notarial tiene como función fundamental la de aplicar el derecho en su normalidad, y llega momento que deba y puede valerse de la Analogía, Por qué no se va a sostener que incluso puede llenar conforme a derecho una laguna en la ley escrita? Al Notario no se le puede negar esa posibilidad dentro del límite de sus atribuciones pues allí está actuando como si fuera juez, ya que la analogía viene a ser una transportación para su aplicación, de una norma legal o de un principio de derecho preexistentes y que sirvieron para resolver un asunto a otro asunto jurídico cuyo contenido y forma no regulan las leyes, ni el derecho, Cábemos siguiendo con el análisis hacer otra pregunta la de si puede el Notario preconstituir como prueba la costumbre?. Contestamos que sí, aunque muchos lo ponen en duda, pero la costumbre jurídica es fuente del Derecho Notarial y por lo mismo es de absoluta necesidad tenerla en cuenta muchas veces en la redacción de los documentos públicos notariales pues el artículo en mención dice que es delegado del Estado encargado de dar fe con arreglo a las leyes. Siendo que el Notario tiene la misión de aplicar el derecho en su vida normal no está solo frente al precepto legal que consigna el Código y demás leyes y disposiciones emanadas de los poderes, sino que también contiene en esas otras normas que deben su creación a la voluntad individual y colectiva del pueblo, y es que llevadas a

la vida real, cristalizan en una costumbre jurídica, resulta evidente que no solo cabe tenerla en cuenta en la redacción de los documentos públicos notariales sino que es forzoso su cumplimiento como consecuencia de su naturaleza esencial y de la voluntad del Legislador que declara a dicha costumbre de carácter obligatorio. En el régimen contractual debe tener fuerza jurídica el derecho consuetudinario por ejemplo cuando el Notario dice por voluntad de las partes que el depositario puede hacer uso de la cosa objeto del depósito - sin medir el alcance del término uso- hay que entender la costumbre jurídica con la cual además de ser el documento notarial fiel expresión de la voluntad de las partes y fuente de derecho en las posibles contiendas jurídicas se puede considerar la determinación del límite de la costumbre, que lleva a dicho documento una prueba preconstituida no sólo del alcance y extensión de ella sino que también de la existencia indudable de ella misma. Cuando el derecho consuetudinario está escrito no hay dificultad pero cuando no lo está y se alega como usos repetidos y además practicados por un pueblo la cuestión cambia de aspecto, pues entonces estos usos alegados se fundan en hechos realizados y estos hechos deberán ser probados por quien los alega. Este derecho consuetudinario escrito dije no ofrece dificultad, no debe probarse, ni siquiera en la parte que pueda afectar su vigencia, pues el estudio y conocimiento del derecho general, obligatorio para el juez, dirá a éste, si aquel derecho consuetudinario escrito y además alegado está o no vigente. Ahora bien; el documento público autorizado por Notario en la esfera de su competencia, puede revestir dos modalidades diferentes, a saber: la del acto y la de la escritura. Nuestra legislación notarial distingue dos clases de actos; los que contienen hechos que el Notario conoce por referencia y aquellos que el Notario da fe y asevera su exis-

tencia por haberlos presenciado. Los primeros no pueden constituir prueba preconstituida. Son manifestaciones de parte que no prueban la verdad del hecho alegado, sino la existencia de una manifestación de terceros, que bien escaso valor tienen pues estas manifestaciones consignadas en acta notarial ni tan siquiera tienen el valor de confesiones y declaraciones testificales, presentadas ante juez competente. Sin embargo, cuando el acta notarial consigna hechos que el mismo Notario ha presenciado, la prueba preconstituida existe, porque la autoridad del funcionario Notario da completa validez y absoluta firmeza del hecho consignado.

DESARROLLO DEL CAPITULO CUARTO.

IV.- Reformas propiamente dichas introducidas a la práctica Notarial por la actual Ley de Notariado.

He de empezar por encuadrar el desarrollo del tema y con el fin de evitar repeticiones que traen monotonía, aclaro que cuando en el desarrollo del tema me refiera a la ley de Notariado que dejó de estar vigente hasta el 15 de diciembre del año mil novecientos sesentidós, abreviaré con las letras L.D. Ley Derogada, como iniciales y cuando me refiera a la vigente o sea la publicada en el Diario Oficial No. 225 Tomo 197 del 7 de diciembre de mil novecientos sesentidós y vigente desde ^{el 16} del mismo mes abreviaré con las letras L.V. (Ley Vigente).

De la lectura del tema se desprende que dicho desarrollo versará sobre las reformas propiamente dichas que a la práctica notarial introdujo la L.V., estas líneas no van a fin de que se me excuse lo corto que parezca este trabajo, sino para que no se crea que se escaparon muchas diferencias que hay entre la L.D. y la L.V. Basta ver que la anterior ley la constituían 31 artículos y la actual 85. Conforme a la L.V. no cabe hablar de reformas sino de derogación de aquella ley usando los mismos términos del art.84. La práctica notarial es una y respecto de ella si cabe hablar de reformas.

La Ley de Notariado próxima pasada, publicada en el Diario Oficial de fecha 2 de octubre de 1930 estaba incorporada como título tercero del Código de Procedimientos Civiles pero a estos tiempos más de 30 años de cumplir su cometido, se volvió imperiosa la necesidad de sustituir la por otra ley especial, aparte del Código de Procedimientos Civiles, que conservara lo bueno que aquella tenía y la superara adoptando medidas que tendieran

a facilitar el ejercicio del notariado, pues la L.V. derogó preceptos tendientes como se dijo a superar. En la L.V. se establecen innovaciones de las cuales las más importantes cfeó son: la facultad de escribir a máquina en el Libro de Protocolo y la de agregar nuevas fojas en casos determinados; la admisión de la mujer como testigo instrumental; la supresión de la cartulación a los jueces de Paz; regulación en forma de los protocolos usados por los jueces de Primera Instancia y en especial a los funcionarios del servicio consular y diplomático y de sus actuaciones sujetándolos casi a las mismas obligaciones de los Notarios, pues antes la apertura y el cierre de sus protocolos tanto como sus actuaciones no estaban supervigiladas por el jefe de la Sección de Notariado, hoy sí; regula las auténticas y actos notariales, en fin hace más expedita la práctica notarial dándole amplias facultades a los notarios, sin limitaciones de ninguna clase en el ejercicio de la función notarial en lo que respecta al espacio y al tiempo, restringiéndole más en las actividades que atañen a su persona y parientes.

Desde que entró en vigencia la ley actual han venido surgiendo una serie de dudas y dificultades en la práctica, pero gran parte de ellas quedarán resueltas al aprobar 22 modificaciones que a la Honorable Asamblea Legislativa le han pedido las distintas asociaciones de abogados. Modificaciones que de ser desestimadas se presume razonarán sus motivos, razonamientos que dejarán muchas cosas en claro, aunque la mayoría de las peticiones no son para esclarecer planteamientos jurídicos sino para hacer más expedita la práctica notarial.

La fe pública de la que venimos hablando se ve ahora en la nueva ley de notariado que entró en vigencia el diez y seis

de diciembre de mil novecientos sesenta y dos - además del mayor alcance de que hemos hablado - más respetada, pues suprime en la mayoría de los casos los testigos de asistencia que hacían rebajar tal función necesitándose hoy conforme al art.34 de dicha ley su concurrencia sólo en el otorgamiento de testamentos y donaciones de cualquier clase, cuando el Notario lo creyere conveniente, en todos los casos cuando alguno de los otorgantes lo pida expresamente o cuando sea ciego, mudo, o no pudiere expresarse en el idioma castellano. Decimos que se ha dignificado esa función al suprimir, en principio, testigos de asistencia, que en la práctica no estaban presentes en el momento del otorgamiento y solo se les llamaba para firmar en el lugar que de antemano se les indicaba hasta con una cruz, como señal después de objetivado el negocio, prueba de lo dicho es que las legalizaciones modernas han suprimido dichos testigos desde hace algún tiempo, pues nunca fueron obstáculos para cometer falsedades. Decimos una firma es auténtica si se le atribuye al individuo que la estampó y el documento es auténtico si el que lo expidió es el mismo que allí consta. La función de autenticar se extiende más allá del campo de percepción sensorial del autenticante, pues el Notario puede dar fe de que una firma ya puesta es propia de tal individuo porque éste así se lo afirma aunque no haya visto que la estampó Art.52 Notariado. La ley exige para autenticación además de los requisitos ya dichos en la persona del autenticantes otros de carácter físico como firma y sello del Notario que deben estar registrados en un libro que para tal efecto lleva la Honorable Corte Suprema de Justicia. La fe de que venimos hablando no solamente abarca los elementos del acto que pueden percibirse por los sentidos, sino que llega a aceptar la significación jurídica del propio acto y

esta función mediante la cual el fedatario verifica el enlace del acto con su significación es la legalización.

Entrando de lleno al tema diré que no son todas las reformas a las que me referiré, pues pecaría de alcanzativo al afirmar lo contrario. Pero sí de manera consciente puedo afirmar que he hecho un esfuerzo por recordar todas las reformas que hasta hoy se han revelado en virtud de la ley actual y no podemos negar que con la aplicación de todas las disposiciones -hasta ahora imposibles poco más de un año de vigencia- saldrán a la práctica otros problemas y reformas que por hoy se me escapan.

Se ha conservado el principio de que el notariado es una función pública y se ha ampliado notablemente, como ya lo hicimos ver en el capítulo segundo de esta tesis, los alcances de esta función, ya que el Notario no sólo debe de dar fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen, sino que da autenticidad a otras actuaciones en que personalmente interviene de conformidad con la ley. Así cuando el Notario se le encarga la notificación de la cesión de un crédito o cuando interviene en el protesto de un cheque o letra de cambio no está dando fe de ningún acto que se celebre ante sus oficios como si lo fuera en una permuta por ejemplo que es otorgada por las partes contratantes. En los casos que dejamos dicho por el contrario, es el Notario a quien le corresponde intervenir directamente, haciendo la notificación o el protesto aquí solo da autenticidad a dichos actos que por tener valor jurídico trascienden al derecho.

Es del caso mencionar que en el proyecto de ley de notariado que oportunamente remitió el Ministro de Justicia para su aprobación a la Honorable Asamblea Legislativa incluía una serie de altos funcionarios que no podían ejercer el notariado con el

objeto decía de que el notariado no sirva de motivo para que en algunos casos personas inescrupulosas trataran de obtener el favor de ciertos funcionarios públicos, solicitando sus servicios notariales en la autorización de escrituras por valor más o menos cuantioso. Pero la Honorable Corte Suprema de Justicia consideró esto como exceso de celo por lo que fue de opinion que se suprimiera, y así lo estimó la Honorable Asamblea Legislativa.

Se introdujo innovaciones en la forma de llevar los libros de protocolo, dándole facilidades a los Notarios como más adelante expondré. Se regula de mejor manera la expedición de testimonios y se autoriza al Notario para extender copias simples de las escrituras debidamente firmadas para determinados efectos. Se establecen los requisitos que deben contener toda acta notarial para su otorgamiento y la obligación de remitir una copia de ellas a la sección de Notariado o al juez en su caso, lugar donde podran ser consultados por los interesados.

En la anterior ley sólo de las actuaciones en el protocolo se enviaba testimonio a la Corte Suprema de Justicia pero por el peligro de perder una simple acta notarial donde por ejemplo se autorizase el reconocimiento de obligaciones cuantiosas y de ello no quedar constancia ante la autoridad pública, es que se remite copia de dicha actuación.

En relación a las auténticas es obligatorio levantar acta, cuando se trata de reconocimientos de firmas puestas en documentos de obligación o descargos. Cuando se trata de legalizar firmas puestas en otra clase de documentos o solicitudes, memoriales o escritos bastará que el notario ponga su firma y sello presedida de una razón sobre la identidad, y si fuere la firma del propio Notario, el sello junto a su firma, dará a ésta

toda la legalidad debiendo llevar los timbres de ley, aún en este último caso según D.L. del 31 de mayo de 1963.

Con el fin de reunir en un solo cuerpo todas las disposiciones que regulan el notariado se han incorporado a la L.V. los preceptos que regulaban la función notarial por parte de los cónsules de carrera y jefes de misión, disposiciones que aparecían en la ^{ley} orgánica del servicio consular por lo que conforme al art. 84 quedó derogado y dichos funcionarios quedan sujetos casi a las mismas obligaciones impuestas a los notarios.

Pasando al articulado de la L.V. empezaré por la autorización de instrumentos por los mismos notarios, por sí y ante sí como otorgantes. Según el art. 13 de la ley anterior

relacionada con el 110 Pr. el mandatario sustituía el poder que su mandante le había conferido así: "En... Ante mí y por mí, N.N. Abogado y Notario de... años de edad y vecino de... declaro: que el anterior poder general (o especial) que don X X me confirió en ... (lugar, horadía, mes y año), ante los oficios del notario X, con expresas instrucciones de mi mandante, lo sustituyo en todas sus partes a favor de... de tales generales, para que lo ejerza con arreglo a derecho y sin limitación ninguna (o con tales limitaciones). Leído lo escrito, lo ratifico, sello y firmo". No iba en el protocolo sino al pie del poder o en hoja separada. Si existían otras sustituciones anteriores debían relacionarse. Conforme al art. 9 de L.V. debe ser hecha dicha sustitución por escritura pública so pena de nulidad absoluta. Al llegar a este punto las opiniones de los entendidos y de nuestros funcionarios judiciales se dividen, para unos la sustitución del poder conferido basta hacerlo en acta notarial ante otro Notario argumentando con razones atendibles, dentro de ellas que el mandatario simple y lla-

namente está haciendo uso de su mandato, desde luego cuando no se le ha prohibido sustituirlo. Ahora bien como de opinar -por supuesto con argumentos jurídicos- se trata, con el respeto de quienes opinan de la manera antes expuesta, creemos que si bien vendría una reforma en tal sentido o volver al sistema antiguo que es una de las peticiones hechas ante la Honorable Asamblea Legislativa, mediante esta no se haga debemos estar con el criterio de la Honorable Corte Suprema de Justicia quien en reciente oportunidad de la cual sólo tuve conocimiento en dicha Corte sin mayores detalles reiteró su opinión de que fuera en escritura pública. Creemos pues que el acto jurídico de sustituir un poder tiene por fin establecer relaciones jurídicas, tan es así que ^{si} el segundo apoderado o sea a favor de quien se sustituyó el primer poder gana un juicio a favor del comitente, aquél puede hacerle a éste reclamaciones legales, en virtud del complejo de relaciones que surgieron a raíz de tal sustitución. Reforzando este aserto cito al tratadista José María Mustapich quien a folios 159 del primer tomo de su obra Derecho Notarial diferenciando escrituras y actus nos dice: "La actividad notarial está dirigida a autorizar actos jurídicos o bien a sentar comprobaciones de hechos jurídicos, es decir actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato establecer o extinguir relaciones jurídicas o meramente comprobar la existencia de acontecimientos susceptibles de producir efectos jurídicos. He aquí la base de la distinción de las escrituras y las actas. El acto jurídico, el negocio jurídico constituye la materia de la primera, mientras que los hechos son fundamentalmente el contenido de las actas notariales". Por otra parte Cómo desvirtuamos que la sustitución no constituya contrato ya unilateral o bilateral? Ya que hay una convención de donde surgen obligaciones entre sí o con

relación al mandante o comitente y conforme al art. 50 de la L.V. ningún contrato puede hacerse en simple acta. Además reproduciremos los párrafos de la Honorable Corte Suprema de Justicia de los cuales se desprende la intención, tal es que sólo puedan los Notarios otorgar por sí y ante sí su propio testamento, conferir poder que ellos mismos otorguen a autorizar una sustitución de él mismo. Ciertamente no especifica que deba hacerse dicha sustitución en escritura, pero como sigue diciendo que no es conveniente que lo hagan de otras actuaciones pues el protocolo queda en su poder durante el año de su vigencia por lo tanto pueden hacer alteraciones en la escritura matriz y es sabido que son las escrituras las que se protocolizan y no las actas. En fin el problema jurídico queda bien planteado para los estudiosos quedando en espera de que nos lo resuelva la Honorable Asamblea Legislativa al considerar las peticiones de las que hemos hablado y si aún con ellos quedan dudas pedir interpretación auténtica al respecto.

Se ha pedido volver al antiguo sistema *aggravado* así: que esta reforma ha causado molestias a los Notarios, ya que vino a cambiar sin motivo el expedito sistema de la legislación anterior en esta materia.

La Honorable Corte Suprema de Justicia al mandarsele a dar al respecto sobre el proyecto que en su oportunidad elaborara el Ministerio de Justicia al respecto dijo: "se propone la anterior redacción para el art. 10 -que era el que correspondía al proyecto- con el fin de mejorar el ejercicio del notariado y de lograr mayor garantía de honestidad de parte de los Notarios. La legislación vigente, lo mismo que el proyecto, facultan a los Notarios, para autorizar instrumentos en los que ellos solos se obligan; pero esta Corte estima que tal autorización no es conveniente porque responsabilidades accesorias surgidas de tales instrumen-

tos pueden ser omitidas deliberadamente por algún Notario y porque a éste le queda la posibilidad de cometer alteraciones en la escritura matriz despues de firmado el instrumento ante los interesados, pues el libro de protocolo durante el año de su vigencia quedará en su poder. Sin embargo el tribunal cree necesaria la excepción de que los Notarios puedan otorgar por si y ante si su propio testamento, conferir poder o autorizar una sustitución del mismo, en los tres casos sin asistencia de testigos, ya que en los dichos casos no puede resultar perjuicio para tercero; pues solo se trata de declaraciones de voluntad de los cuales, una de ella tendría efectos despues de su fallecimiento y las otras no son más que tnedientes a la delegación de la personalidad para ciertos actos". Y más o menos así argumentó para ser de opinión que se suspendiera la facultad concedida al Notario para autorizar instrumentos en virtud de los cuales se obligaban sus parientes agregando que podian existir rivalidades entre ellos, originadas talvez por disputas herenciales o de cualquier otra índole, lo que conduce a verdaderos odios en la familia que en un momento dado podian inclinar a un Notario a perjudicar a sus parientes valiendose de su función notarial. Estas controversias las sanciona la ley con nulidad absoluta cuando se trata del número primero y segundo y unicamente con la nulidad en las cláusulas de que resulta el provecho en el caso del ordenal tercero del art. 9 pues consideró que en este último caso, si bien se ha violado la ley, tambien puede suceder que terceros puedan resultar perjudicados con la nulidad de todo en instrumento, motivo por el cual opinó que se consignara que únicamente es nula la cláusula de la cual pueda resultar provecho al propio Notario o a los parientes a que se refiere el artículo. Al respecto la petición

que obra en la Asamblea y de la que ya hemos hecho mención, pide que se suprima la palabra absoluta pues la nulidad absoluta conforme al art. 1553 C. puede y debe ser declarada por el juez aún sin petición de parte; puede alegarse por todo el que tenga interes en ello salvo el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley, y no puede sanearse por la ratificación de las partes ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años. Pide pues que se deje sencillamente "nulidad" pues es lo cierto sigue diciendo que en muchos casos la nulidad perjudicaría al que contrató con el pariente del donatario, y debe dejarse a dicho contratante según su conveniencia, la facultad de impetrar la declaración de nulidad. Creo oportuno intercalar ciertas opiniones que comentando la ley derogada recabó el acucioso y distinguido jurisconsulto de grata recordación doctor Angel Góchez Castro que dice: " Como es frecuente el caso de que un Notario dueño de bienes raíces otorgue ante sí las escrituras de venta de sus propios inmuebles, conviene hacer notar que tal práctica no es legal. El art. 13 de la Ley de Notariado permite a los notarios autolizar ante sí los actos en que ellos solos se obliguen v.gr.: el testamento, un poder, una donación sin intervención del Notario, el reconocimiento de un hijo natural, para notificársele a éste; contraer una deuda y garantizarla, etc. se trata, pues de actos unilaterales y la compraventa es un contrato en el cual naturalmente las dos partes hacen declaraciones de voluntad que les obligan; la tradición en que uno entrega y el otro recibe, la fijación del precio y entrega de él, etc. Recabé a este respecto el parecer de los doctores Emilio Sánchez Buitrago y Félix Antonio Gómez y opi-

non que no es legal que un Notario autorice ante sí las escrituras de venta de sus propios inmuebles”.

Pasando al articulado de derecho positivo decimos: el art. 2 nos divide los instrumentos notariales o públicos en tres clases: escritura matriz que es la que se asienta en el protocolo y la regla del art. 32 al 42 de la ley. El art. 32 en su numeral 12 ordena que leído el instrumento, sea firmado por los otorgantes, por los testigos e intérprete si lo hubiere y por el notario. Si alguno de los otorgantes no supiere o pudiere firmar, se expresará la causa de esto último y dejará la impresión digital del otorgante de la mano derecha o en su defecto de cualquier otro dedo que especificará el notario y si esto no fuere posible, se hará constar así y en todo caso firmará además a ruego, otra persona mayor de dieciocho años o uno de los testigos.

Escritura pública o testimonio que es aquella en que se reproduce la escritura matriz y la regla del 43 al 49 y las actas notariales que no se asientan en el protocolo y las reglas del art. 50 al 56 de la misma ley. Al art. 49 se le ha propuesto agregar la siguiente frase "también podrá expedir testimonio en papel de treinta centavos exclusivamente para presentarlos a la Delegación Fiscal Departamental o a la Dirección General de Contribuciones Directas en diligencias para la tasación de impuestos sobre donaciones, de impuestos de renta y vialidad, de impuesto de registro de matrícula de comercio y otros" Para legalizar, una práctica muy útil adoptada por la Delegación Fiscal de este departamento.

La anterior ley careció de esta atinada diferenciación pues la actual nos hace un perfecto distingo desde las escrituras públicas que además de ~~protocolizarse~~ deben celebrarse con todas

las formalidades legales, hasta las simples auténticas con el sello y firma del notario precedidas de una simple razón o solo el sello del notario cuando sea de éste la firma en los escritos o memoriales que personalmente hace a autoridades o funcionarios.

El art.4 en su número tercero estableció claramente ✓ que para los salvadoreños que hayan obtenido su título universitario en el extranjero necesitan para ejercer aquí en El Salvador el notariado, someterse a un examen de suficiencia es decir creó éste examen y ya la Honorable Asamblea Legislativa había suprimido el examen que por el art.123 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se le exigía al doctorado en Jurisprudencia y Ciencias Sociales en el país para el ejercicio del notariado.

El Art, 38 faculta escribir los instrumentos a mano con tinta o a máquina; pero obliga, cosa que no lo hacía la anterior ley, a que las escrituras que no lleguen a concluirse por desistimiento de las partes o por cualquier otro motivo a conservar el número correspondiente y se terminará con una razón firmada por el notario expresando la causa por la cual ha sido suspendida. Relacionándolo con el art.21 vemos que el notario agregará a cada libro de protocolo un índice en el cual expresará por orden de fecha los instrumentos autorizados, los nombres de los otorgantes y los folios en que se encuentran. Las escrituras cerradas o sin efecto que hubieren sido suspendidas se incluirán en el índice según el art.21.

La cuarta perfección de las que hemos hablado dice que no hay objeto alguno en incluir en el índice del protocolo las escrituras cerradas o sin efecto que hubieren sido suspendidas muchas veces la escritura se suspende cuando todavía no aparece el objeto del contrato (p.ejemplo, una posible escritura de compra

venta que se suspenda cuando sólo se haya consignado el nombre y generales del vendedor y la descripción de los inmuebles), y en tal caso no habría datos para consignarla en el índice. Debe permitirse simplemente como antes que en el índice solo se ponga el número de la escritura y la razón de suspendida.

Conforme al art. 39 cuando se trata de actos o contratos sujetos al pago de impuestos o en que se necesiten las solvencias de ellos para su inscripción los notarios advertirán a los otorgantes la obligación de estar solventes, haciendo constar esta advertencia en el instrumento sin que sea necesario relacionar en él mismo las constancias respectivas. La tercera petición de las que hemos venido hablando dice de que tal como está el artículo deja lugar a dudas por cuanto la Ley de Alcabala, por su parte exige que dicho impuesto -que no es solvencia- se pague previamente al otorgamiento del instrumento de traspaso y que se deje la disposición a que aludimos unicamente al caso de solvencias de impuestos como renta vialida y pavimentación.

Respecto a los testamentos la L.V. nos trae a la práctica notarial reformas sutanciales que siguen: lo\$ del Juez de Paz que ahora no puede hacer testamentos nuncupativos o de ciegos pues los cerrados ni conforme a la ley derogada podian; el capítulo tercero del título tambien tercero del código de la sucesión por causa de muerte y donación entre vivos y que se refiere a los testamentos otorgados en el extranjero ante funcionario diplomático o consulares está totalmente reformado pues antes no se regulaban de manera clara y eficaz como lo dejamos expuesto oportunamente.

La L.V. nos habla de las incapacidades en el artículo de las causales de inhabilitación en el siete; las de suspensiones en el ocho y las prohibiciones en el art. 9.

El art. 32 L.V. que fue el art. 9 de la L.D. tras varias reformas, nos dice correctamente, haciendo desaparecer el contrasentido de que hablábamos en el capítulo III, que la escritura matriz y no el instrumento público como decía, debe reunir trece requisitos; aquella ley exigía doce. Aquí vemos ciertas variantes ya nos habla de minuta cuando alguno de los otorgantes no supiere el idioma castellano, éstos formularán en su propio idioma la expresada minuta de sus manifestaciones, la traducción hecha por el intérprete la agregará el notario al legajo de que trata el art. 24 y cuando se protocolice un documento que no quede agregado al legajo del anexo del protocolo, se devolverá al interesado con una razón firmada y sellada por el notario en la que indicarán los demás datos que especifica el art. 57.

Modifica lo de los testigos diciéndonos, en que caso los exige conforme al art. 34 quienes pueden ser de uno u otro sexo, mayores de dieciocho años, domiciliados en la república excepto los otorgados ante cónsules o diplomáticos, que tengan profesión u oficio, conocidos del notario. Si alguno de los otorgantes fuere extranjero su nacionalidad decir la y si fuere mujer, viuda o casada, decir su nombre de soltera o el nombre con que figura en los antecedentes y con razón, pues ayuda a su mejor identificación.

Ahora aunque el notario conozca a los otorgantes no puede dar fe de su conocimiento, debe identificarlos con documentos pertinentes o testigos de conocimiento; los solicitantes de las modificaciones de que hemos hablado al respecto, dicen que esta obligación que les exige el No. 5 del art. 32 contiene el absurdo ^{que} de obliga al notario a cerciorarse de la identidad de los comparecientes, aún en el caso de que él los conozca personalmente

y piden sé faculte al notario para dar "fe de conocimiento".

El art. 84 ha dado base para creer según unos, que en testamento solemne no hay necesidad de tres testigos según el capítulo 10 de L.V. no hay que interpretarlo así pues dicho artículo deroga ciertos artículos del Código Civil, deroga ciertas leyes y modifica otros artículos del mismo código civil entre ellos el 1009, pero lo modifica en el sentido de quitarle al juez de Paz las facultades de hacer testamentos, pues este funcionario por otras disposiciones no puede hacer ninguna clase de testamentos y no toca lo de los testigos por lo que interpretando en sentido estricto, como debe de hacerse, quedan vigente los tres testigos de asistencia. El art. 40 de L.V. solo faculta para autorizar testamentos a los notarios, jueces de Primera Instancia en defecto de aquellos y agentes diplomáticos y consulares salvadoreños, rebaja de siete a cinco el número de testigos en los testamentos cerrados. En esta clase de testamentos como también lo exigía la ley D. se necesitan dos cubiertas cerradas sin andar el notario cerciorándose si el testamento que consta dentro, está o no firmado, pues conforme el art. 41 basta que así lo exprese de viva voz el testador. Una de ellas legalizada se entregará al propio testador o persona que éste designe o la guardará el notario y la depositará en la sección de notariado haciendo constar en poder de quien queda la cubierta legalizada. La otra cubierta será entregada por el notario con un testimonio del acta respectiva extendida en papel común a la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sección de Notariado o Juez respectivo, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de esta y conforme el art. 47 el notario deberá extender testimonio en papel sellado de menor valor de los testamentos públicos que se otorguen ante sus oficios, testimo-

nio que presentará dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su otorgamiento, a la Sección del Notariado o al Juzgado de Primera Instancia de su residencia, o del en que haga el testamento. Dicho jefe - y ésta es innovación importante - revisará los testimonios de testamentos dichos y dentro del tercero día de recibidos lo remitirá a la Corte Suprema de Justicia haciendo constar en la nota de remisión las informaciones que notare.

El art. 15 de L.D. exigía como la actual en su art. 46 remitir testimonio en papel común dentro de los quince días siguientes a la oficina correspondiente con la diferencia de que la L.V. facultaba mandar esos testimonios hasta en copias mediante papel carbón o cualquier otro medio mecánico una vez sea nítida; sigue diciendo el art 46 que si durante el año de vigencia de un libro de protocolo, un notario por cambio de domicilio hubiere enviado testimonio a distintas oficinas, lo comunicará así al funcionario a quien entregue el último testimonio referente al mismo libro a efecto de que dicho funcionario los pida si fuere procedente a las demás oficinas.

Según el art. 43 al extender un testimonio se anotará su saca al margen del protocolo con expresión del nombre de la persona a quien se da y la fecha en que se expide. Dicho testimonio podrá ser expedido durante el año de la vigencia del libro de protocolo o dentro de los quince días subsiguientes a la fecha en que caduca por lo que no es correcto remitir a la oficina respectiva antes de este plazo el protocolo aun cerrado, pues durante dicho plazo es el notario quien tiene que extenderlos. Conforme al art.44 Inc.1o. los testimonios deben extenderse en el papel sellado correspondiente cuando causen dicho impuesto y se consignarán en ellos, además de las circunstancias ya conocidas, la fecha de

la caducidad del libro del protocolo y el nombre de la persona a quien se extiende. Conforme al art. 49 Inc. 4o. el notario podrá, siempre a solicitud de parte interesada, extender copias en papel simple de las escrituras que autorice firmándolas y sellándolas y sólo servirán para demostrar la existencia del instrumento dicho cuando la ley no exija la presentación del testimonio respectivo.

Por acta notarial entiende el tratadista Novoa como "el documento público autorizado por notario en el que a requerimiento de parte con capacidad intelectual suficiente, se hace constar un hecho que presencie o le conste al notario, que no puede ser objeto de contrato y cuyo recuerdo conviene conservar en forma auténtica".

Características: 1) Es un instrumento público que conforme al art. 51 de la ley de Notariado se otorgará con las formalidades de tales en lo que fuere aplicable. Esos requisitos los establece el art. 32 de dicha ley; 2) Autorizado por notario competente con arreglo a las leyes; 3) Se refiere a hechos jurídicos; 4) Han de referirse a hechos lícitos. Doctrinariamente se entiende por actas en sentido restringido como aquellas que están incorporadas al protocolo, clasificándose en actas de presencia, de referencia, de notoriedad, de protocolización y de depósito. Y actas en sentido amplio son las no incorporadas al protocolo. Ejemplo: Testimonio por exhibición, de reconocimiento de firma, etc.

Pasando al articulado de nuestra ley decimos: respecto a las actas notariales, reconocimiento de documentos privados, protocolizaciones y auténticas dá reglas, son ellas: conforme a los arts. 50 y 51 las actas notariales se referirán exclusivamente a hechos que por su índole no pueden calificarse como contratos; no se asentarán en el protocolo pero si se otorgarán con las formalidades de

los instrumentos públicos, en lo que le fuere aplicable. El art. 51 nos dice que en las actas notariales de esta índole será una relación circunstanciada de su objeto, de lo que los interesados expongan, y del número de hojas de que se compone, las que llevarán la firma y sello del notario.

El art. 52 al referirse a las actas de reconocimientos de documentos privados dice que las autorizará el notario a petición de cualquier interesado que le presente un documento privado ya de obligación, de descargo o de cualquier otra clase que hubiera otorgado. El acta se levantará en hoja separada o si fuere posible a continuación del instrumento que se le presente con las formalidades de los instrumentos públicos, acta en la que se identificará el documento con expresión de las cláusulas esenciales del mismo, tales como las que trata de interés, plazo, cantidad.

La fe que da el notario es de que la firma puesta al pie del documento es de la persona que suscribió a su presencia o si fue puesta antes, que la reconoce ante él, reconociendo tanto el contenido como la obligación del documento, si éste estuviere suscrito por otra persona a ruego del compareciente.

Conforme al art. 53 el notario extenderá una copia en papel común de las actas que conforme a los art. 50, 51 y 55 de la L.V. levante debiendo de hacer uso de papel carbón o de otro medio mecánico de reproducción simultánea, con una razón al pie de ser conforme la copia con su original, firmada y sellada, deberá remitirse a la sección de notariado o juzgado según el caso, dentro de quince días siguientes al otorgamiento como dejó expuesto.

Se ha pedido que se redacte así: "El art. 53 se redacta así :” el Notario extenderá una copia en papel común de las ac-

tas a que se refieren los artículos precedentes, pudiendo hacer uso para ello de papel carbón o de cualquier otro medio mecánico de reproducción. Estas copias llevarán al pie una razón que expresen su conformidad con el original, serán firmadas y selladas por el notario, quien conservará todas las correspondientes a un año calendario, para remitirlas dentro de los primeros quince días del mes de enero subsiguiente a la Sección de Notariado en la Capital o al competente juzgado de Primera Instancia en los departamentos. Las copias podrán ser consultadas en la oficina del notario o en la sección de notariado o juzgado respectivo y sólo podrán ser utilizadas cuando las actas originales sean impugnadas en juicio de falsedad civil o criminal y fuere necesario su confrontación. La exposición de motivos respectiva dice que la reforma que se sugiere introducir al artículo 53 tiene por finalidad en primer lugar suprimir el calificativo de simultánea, que ha dado motivo para que no se admitan las actas impresas; y en segundo lugar autorizar a los notarios para que conserven las copias de las actas notariales y de auténtica que otorguen durante un año calendario pues la remisión periódica dentro de los quince días, ha creado en dichas oficinas un verdadero problema de conservación y archivo.

Hoy el capítulo sexto regula en cuatro artículos muy bien el procedimiento que será sumario con intervención del Fiscal General de la república en caso de destrucción, extravío o inutilización del protocolo; antes lo único que existían fueron los decretos legislativos del 28 de noviembre y publicados en el Diario Oficial del 23 de diciembre de 1932 que a groso modo daban un procedimiento casi similar al actual con intervención del fiscal del partido del distrito; o el juez de oficio si el notario no promovía la justificación de su pérdida o extravío; se remitía tal como ahora

la información ya terminada a la Corte Suprema de Justicia quien por último resolvía pudiendo el interesado obtener de la presidencia del supremo tribunal testimonio o traslado del testimonio que por ley debía remitir el notario, justificándose previamente aquella pérdida o extravío.

La L.V. en su capítulo séptimo regula las responsabilidades en que incurren los notarios por los perjuicios que por negligencia, malicia o ignorancia inexcusable se ocasionen a las partes; puede por tal motivo inhabilitarse, suspenderse, se le pueden imponer multas de cinco a veinticinco colones previa audiencia del notario cuando las infracciones no produzcan nulidad del instrumento. Las infracciones que produzcan nulidad de él o de alguna de sus cláusulas se multarán de veinticinco a doscientos colones y si se tratara de testamentos con multa de doscientos a quinientos colones sin perjuicio de ser responsable de daños y perjuicios y de ser suspendido o inhabilitado.

Protocolo es palabra híbrida, pues se compone de una raíz griega protos y una raíz latina collun. Protos significa primero, collun significa lugar. Siendo así quiere decir etimológicamente primer lugar o lugar principal. Podemos definirlo diciendo: que es la colección hecha por rigurosos orden de fecha, de las escrituras públicas otorgadas ante el mismo notario, durante un período no mayor de un año. Son los protocolos de hojas sueltas los que a mi criterio se adaptan más a las exigencias modernas y si no se ha generalizado su uso es por el riesgo de perder dichas hojas ya que se reciben sueltas, pero esto perfectamente se puede con mucho cuidado subsanar, guardarlas en un folder e ir sacando las que se vayan ocupando. Otra razón p r

la que muchos notarios se han quedado con la misma práctica del protocolo empastado es sencillamente por que es más fácil hacer lo que ya se hizo prácticamente en otras ocasiones. Pero veamos bien que para adquirir un protocolo de hojas sueltas - innovación ésta a la práctica notarial de las más importantes- es muy sencillo. He aquí el procedimiento: se presentan dichas fojas, no menos de veinticinco, a la sección de notariado en la capital o en las poblaciones al juzgado de lo Civil, al primero si son varios. Dicha sección o juzgado pone una razón en la primera foja en la que irá por ejemplo " No.479.-El infrascrito jefe de la sección de notariado (o juez primero de lo civil de tal parte) entrega al doctor X , el libro segundo del protocolo, compuesto de cien folios del papel sellado correspondiente de la emisión de tal año que lleva esta oficina, con la razón de ley en la primera hoja numeradas correlativamente así: 453601 al 453700. Para constancia firma. Sección de notariado de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador treinta de octubre de mil novecientos sesentitrés. Firma del jefe de Registro, del notario quien lo recibe y del secretario del tribunal referido. Hay en esta clase de protocolo la ventaja con base en el art. 20 de la L.V. de que si redactándose una escritura se terminan las fojas sin aquella haberse terminado, podrá agregar las hojas de papel sellado del mismo valor que fuere necesario para la terminación de dicho instrumento, debiendo presentar en este caso el libro ya formado al funcionario respectivo dentro de los cinco días siguientes a la fecha del otorgamiento. El funcionario las legalizará, si fuere procedente, dejando constancia del numero de la emisión y de toma de razón de las hojas agregadas en el libro de entregas correspondientes. Prácticamente se

agrega otra para la razón de cierre. Tiene también la ventaja—y este es el mayor objeto— de poderse redactar dichos instrumentos a máquina. Ahora bien para evitar el riesgo de extrayiar las hojas sueltas hay que guardarlas en un folder horadando las hojas de papel sellado e introducir algún objeto mecánico evitanto así dicho riesgo.

Ahora en la práctica la sección de notariado insiste en la redacción de las escrituras en algo que siempre se ha exigido por el art. 45 del arancel judicial que es el hacer mención en el cuerpo de la escritura que se instruyó a los otorgantes sobre los efectos del contrato celebrado y además que a los otorgantes se les leyó íntegramente en un solo acto su contenido, ahora por exigencia del art. 32 No. 10 y 11 L.V.

A raíz de haberse derogado por la L.V. la ley sobre documentos privados del 23 de abril de 1904 publicada en el Diario Oficial del 30 del mismo mes y sus reformas, dejando vigente la ley de documentos privados del 19 de febrero de 1881, que es por medio del cual se registran los documentos privados en la alcaldía municipal en los libros que para tal efecto llevan según lo dice el artículo 667 C. surgió la duda de que si dichas actas notariales, auténticas y legalización de firmas ya no pagarían el impuesto de cuarenta centavos por el papel sellado y si se pidían hacer en papel simple adhiriéndole sólomente los setenticinco centavos en timbres. A raíz de esta duda la Honorable Asamblea emitió el Decreto Legislativo ya antes expuesto en el cual se ordenó que las actas notariales, reconocimiento de documentos privados auténticas de firma ante notario, cada folio será de cuarenta centavos. Si las legalizaciones de firma se hicieran en la misma hoja de

papel en que se incluye el documento privado correspondiente, su solicitud, memorial o escrito de toda clase, se adherirán los timbres fiscales por valor de cuarenta centavos sin perjuicio de adherirle también los que exige el número cuarenticuatro del art.13 de la ley de papel sellado y timbres.

No omito manifestar que la honorable Corte Suprema de Justicia fue de opinión que los notarios pudieran llevar dos protocolos a la vez, y creo estimó correcto al deshechar tal opinión la Asamblea Legislativa, pues por hoy no se ve tal necesidad.

Capítulo quinto.

CONCLUSIONES

1a.- Concluyo con que la fe pública, por necesidad tiende a inmortalizarse; no así la fe pública notarial en particular; pues ésta si el Estado, la cree innecesaria o crea otra fórmula como suplirla, lo puede hacer, bastaría para ello quitarle al notario esa fe que por el art. 1o. de la ley de notariado ahora se le concede.

2a.- Concluyo sugiriendo facultar expresamente al juez para que le dé el valor de escritura pública al documento privado que está redactado en foja de papel sellado de menor precio, pagando conforme a la ley de papel sellado veinte veces el valor de la hoja de papel que debió usarse; pues preparados como son ahora los jueces de primera instancia, y escojitados como son los jueces de paz que conocen en los juicios de menor cuantía - menos de doscientos colones- no se concibe que se les pase por alto la sanción dicha de papel sellado, evadiend o así tal impuesto indirecto.

3a.- Sugiero declarar de manera expresa que el Notario es funcionario público, para poderle imputar todas las responsabilidades de que son imputables a aquellos. Por ejemplo hoy se duda -y con razón- si el Notario que camina por la calle es funcionario público y si contra resoluciones de él, por ejemplo declarando sin lugar un testimonio, esta resolución admite amparo.

4a.- Distribuirle ideando un sistema ad-hoc, igual cantidad de trabajo para terminar así con el monopolio y la competencia desleal en relación a los honorarios. Quien solicite los servicios profesionales pagará derechos al Estado y éste remunerará a dichos profesionales de igual manera. Claro esta sugerencia, para llevarla a cabo, será preyo concienzudo estudio jurídico y socio eco-

nómico.

5a.- Creo atinadas las reformas pedidas a la vigente ley de notariado por las distintas asociaciones de abogados ante la Honorable Asamblea Legislativa y a las cuales hago referencia cuando ésta es oportuna en el cuarto capítulo de éste trabajo.

6a.- Sugiero reformar el art. 492 Penal que a la letra dice: "El que fingiéndose dueño de una cosa la enajenare, arrendare, gravare, empeñare o hipotecare, será castigado con una multa equivalente al triplo del perjuicio que hubiere irrogado, sin que pueda exceder de quinientos colones. En la misma multa incurrirá el que diere a conocer de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada, y el que vendiere separadamente una cosa a dos o más personas." En un sentido de evitar en lo posible el fraude. Por ejemplo creo que mucho se lograría quitándole al artículo mencionado la frase "sin que pueda exceder de quinientos colones" pues quinientos colones para nuestra época, resulta poco comparado con el perjuicio que puede ocasionarse.

CAPITULO I

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL ORIGEN, DESENVOLVIMIENTO Y FORMA ACTUAL DE LA FE PUBLICA..... pag.6

CAPITULO II

ALCANCE DE LA FE PUBLICA NOTARIAL..... Pág.16

CAPITULO III

ANALISIS Y CONTENIDO DEL ARTICULO PRIMERO DE LA LEY DE NOTARIADO..... Pag.22

CAPITULO CUARTO

REFORMAS PROPIAMENTE DICHAS INTRODUCIDAS A LA PRACTICA NOTARIAL POR LA ACTUAL LEY DE NOTARIADO..... Pág.40

CAPITULO V

CONCLUSIONES..... Pág. 63

BIBLIOGRAFIA

CONSULTADA.

- 1) *Derecho Notarial*.....Adolfo Orellano:-
- 2) *Tratado de Derecho Notarial*.....José María Mustapich.-
- 3) *Derecho Notarial*.....José María Sanahuja.-
- 4) *Escrituras Públicas*.....José María Mustapich.-
- 5) *Diccionario de Derecho Privado
sobre Derecho Civil, Común, Foral,
Mercantil, Notarial*.....Director Dr, Ignacio de Casso
y Romero.-
- 7) *Derecho Notarial*..... José María Mengual y Mengual.-
- 8) *Derecho y Práctica Notarial (tesis)*..Dr. Santiago Ricardo
Martínez;
- 9) *Derecho Notarial*.....(tesis).Dr. Salvador Alemán Eche-
verría:-
- 10) *El Notariado en El Salvador(Tesis)*. Dr. Hugo López Mejía.-