

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y  
CIENCIAS SOCIALES

LA PRUEBA  
INSTRUMENTAL  
EN EL PROCESO CIVIL

TESIS DOCTORAL

JAIME ROBERTO RIVERA DAMAS



SAN SALVADOR, MAYO DE 1969, EL SALVADOR

351672

T  
347-06  
R621P  
1969

F. J. y C. C. S. S.

G. 3

DEDICATORIA

- A mis padres
- A mi esposa
- A mis hijas
- A mis Hermanos

CON TODO CARIÑO.

PUNTO V

OBJETO DE LA PRUEBA INSTRUMENTAL

PUNTO VI

CARGA DE LA PRUEBA INSTRUMENTAL

PUNTO VII

PROCEDIMIENTO PROBATORIO

PUNTO VIII

VALORACION DE LA PRUEBA INSTRUMENTAL

PUNTO IX

I M P U G N A C I O N

B I B L I O G R A F I A

CITA DE AUTORES

LA PRUEBA INSTRUMENTAL EN EL PROCESO CIVIL

PUNTO I

BREVE IDEA DEL PROCESO CIVIL Y DE LA PRUEBA

PUNTO II

DE LA PRUEBA INSTRUMENTAL

- a) Cuestión terminológica y concepto ✓
- b) Evolución histórica ✓ ( 1-Prueba preconstituida
- c) Razón de ser ( 2-Notable eficacia probatoria
- d) Fundamento ✓ ( 3-Solemnidad como requisito de existencia
- e) Naturaleza jurídica ✓
- f) Caracteres generales: ( 4-Instrumento como medio de prueba

PUNTO III

DE LA CLASIFICACION DE LOS INSTRUMENTOS, Y  
PRIMERAMENTE DE LOS PUBLICOS Y AUTENTICOS .

- a) Características
- b) Valor probatorio de los instrumentos públicos y auténticos
- c) Escrituras Públicas
- d) Copias
- e) Copias de Copia
- f) Escritura que desvirtua otra anterior
- g) Fuerza obligatoria de las copias cuando no existe matriz
- h) Instrumentos inscritos desaparecidos
- i) Escrituras defectuosas

PUNTO IV

DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS

- a) Concepto
- b) Diferentes elementos: Parte enunciativa y Dispositiva
- c) La firma como requisito de validez
- d) La llamada firma en blanco
- e) Eficacia probatoria de los instrumentos privados
- f) La fecha de los instrumentos privados
- g) Autenticación y reconocimiento
- h) Reconocimiento judicial
- i) Algunos documentos privados no firmados que la ley contempla expresamente: Asientos, Registros, o papeles domésticos, Valor Probatorio.
- j) Notas escritas o firmadas por el acreedor. Valor Probatorio.

## I N T R O D U C C I O N

BREVE IDEA DEL PROCESO CIVIL Y DE LA PRUEBA. En su más amplia acepción, la palabra proceso significa un conjunto de fenómenos, de actos y acontecimientos, que se suceden en el tiempo, manteniendo entre sí determinadas relaciones de vinculación o entrelazamiento. Así entendido, el -- proceso es un concepto o término genérico, por cuanto se aplica lo mismo a la ciencia del derecho que a las ciencias naturales. Existen, por tanto, procesos químicos, físicos, biológicos, etc., como existen procesos jurídicos. Para que se de este particular fenómeno denominado proceso no es suficiente que los acontecimientos que lo integran simplemente se sucedan en el tiempo. Es necesario, además, que mantengan en su desenvolvimiento ciertos vínculos que los hagan solidarios los unos a los otros, habida cuenta del fin a que tienda todo proceso o de la causa generadora de los mismos.

Proceso Jurídico. "El proceso jurídico, explica don Eduardo Pallares (1), es una serie de actos jurídicos que se suceden en el tiempo y se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se quiere realizar -- con ellos. Lo que da unidad al conjunto y vinculación a los actos es precisamente la finalidad que se persigue lo que configura la institución - de que se trata".

Habitualmente, existen en sentido jurídico, muchas clases de proceso, tales como el legislativo, administrativo, judicial, civil, penal, laboral y tantos otros más como actividades diversas desarrolla el Estado a través de sus distintos órganos, animado del propósito de alcanzar

o hacer realidad en la medida de lo posible aquellos valores que justifican y dan sentido a su existencia, como son el bien común, la justicia, paz, seguridad y orden social.

La doctrina del proceso jurídico ha sido elaborada, según los autores, en torno al proceso judicial que, por esta circunstancia, se considera como el proceso tipo. Carnelutti (2) afirma que es el proceso por autonomía y que basta decir "proceso" para que se entienda que se trata de aquél.

Hay que aclarar que proceso jurisdiccional es un concepto más amplio que el de proceso judicial. Aquel existe siempre que un órgano que posee jurisdicción entra en actividad, y es sabido que la jurisdicción no es exclusiva de los tribunales sino que pueden gozar de ella tanto el poder ejecutivo como el legislativo, y hasta los particulares. En cambio el proceso judicial, tiene un ámbito más restringido y se puede conceptuar aproximadamente, como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver mediante un acto de juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión. Esta autoridad, no es otra que aquellos órganos a quienes por ley compete normalmente la titularidad de administrar justicia.

La palabra proceso, afirma un autorizado jurista (3), viene del Derecho Canónico y se deriva etimológicamente del vocablo latino "procedo", término que significa avanzar.

El profesor Couture (4) observa que, a la idea de proceso se llega por confrontación con las otras soluciones posibles para derimir conflic-

tos de intereses con relevancia jurídica. Producido un quebrantamiento de las previsiones hipotéticas contenidas en la ley, los fines de ésta se frustran y debe arbitrarse una solución que haga cesar el conflicto. En este caso agrega, cuando menos tres soluciones son posibles:

a) La llamada autotutela, vale decir la reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias. Esta reacción se haya - prohibida normalmente por las legislaciones, que inclusive han llegado a considerarla como delito. Pero no toda forma de autotutela es ilegítima; así son actos lícitos la justa defensa, la huelga y el derecho de retención;

b) La sumisión o renuncia total o parcial. En este caso la parte perjudicada por el quebrantamiento de la norma sacrifica todo o parte de su derecho. La doctrina llama a estas formas autocomposición o sea la solución voluntaria del conflicto por las propias partes; y

c) El proceso, caso en el cual las partes plantean sus diferencias ante la autoridad y quedan sometidas, expresa o tácitamente a la decisión de ésta.

"La idea de proceso es una idea teleológica. Se haya necesariamente referida a un fin. El proceso es un procedimiento apuntando al fin de cumplir la función jurisdiccional". (5)

El procedimiento, es solo el lado externo del proceso, y constituye el modo o forma de como va desenvolviéndose éste, los trámites a que está sujeto y la manera de sustanciarlo, que puede ser orginaria, sumaria , verbal, etc.

Con el adjetivo civil, se está limitando o circunscribiendo el campo de acción del proceso así calificado, al conocimiento de la materia cubierta por el Código Civil, sus leyes complementarias y afines. Esa materia esta integrada por los derechos sobre la personalidad, relaciones patrimoniales y de familia.

En cuanto a la naturaleza jurídica del proceso civil, cuyo estudio consiste en determinar si ese fenómeno forma parte de alguna de las conocidas/ figuras/del derecho o sí, por el contrario, constituye sólo una categoría especial, se han formulado diversas teorías de las cuales no es posible ocuparnos en este trabajo. Unicamente diremos que una de las que gozan de mas aceptación es la de la relación jurídica, según la cual el proceso consiste en un conjunto de ligámenes y de vinculaciones, que la ley establece entre las partes y los órganos de la jurisdicción, y entre las partes entre sí.

P R U E B A. Según el diccionario de la Real Academia Española, prueba es "acción y efecto de probar. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa" Y probar: "Es justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa con razones, instrumento o testigos".

En sentido jurídico, y, específicamente en sentido procesal, prueba, es a la vez un sistema de averiguación de la verdad y un método de comprobación de la misma. Sin embargo, la prueba civil es, salvo contadísi-

mas excepciones, fundamentalmente un método de comprobación, de demostración, de corroboración de la verdad o de la falsedad de las proposiciones argumentadas por las partes.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles en el Art. 249 define la prueba como "el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido".

Probar significa desarrollar una actividad en el juicio encaminada a convencer al juez sobre la verdad del hecho que se controvierte ante él, es decir, la prueba se dirige al juzgador, ya que en el ánimo de él es que hay que influir para lograr que el fallo sea favorable a las pretensiones de las partes.

El Proceso Civil tiene un caracter finalista, cual es indagar sobre la verdad del hecho cuestionado. "Carnelutti en su "Tratado de la -- Prueba Civil", dice que ésta no puede ser una verdad real sino una ver-- dad formal que puede o no coincidir con la realidad fijada en la sentencia por el juez; pero que hay que aceptar por política, o sea, por ser más práctico y seguro para la seriedad de la actividad judicial. El proceso sirve para que el juez con base en la prueba aportada normalmente por las partes, pueda emitir sus fallos en forma imparcial."(6)

De lo dicho se advertirá que en el proceso civil, la parte más importante la constituye la prueba, pues gracias a ella los litigantes demuestran la verdad o falsedad de las proposiciones, es decir dan vida o

existencia a un hecho pasado, actualizándolo; y será labor del juzgador confrontar este hecho con la hipótesis contenida en la norma general y abstracta, constituyendo precisamente el fallo judicial: una confrontación de la verdad real probada con la verdad hipotética contenida en la ley.

Las pruebas pueden ser, según una clasificación muy conocida: -- instrumentales, oreales, técnicas y judiciales, naturalmente esta división atiende al aspecto meramente formal, ya que todas las pruebas de la clase que fueren deben de relacionarse por escrito.

Don Eduardo Pallares (7), trae la siguiente clasificación de las -- pruebas tomada, según él manifiesta, del tratado de las pruebas judiciales de Jeremías Benthan, y del "Sistema" de Carnelutti, y es así:

- a) Directas o inmediatas;
- b) Indirectas o mediatas;
- c) Reales y personales;
- d) Originales y derivadas;
- e) Preconstituidas y por constituir;
- f) Nominadas e innominadas;
- g) Históricas y críticas;
- h) Pertinentes e impertinentes;
- i) Idóneas e ineficaces;
- j) Útiles e inútiles;
- k) Concurrentes y singulares;
- l) Morales e inmorales, legales o ilegales

Por su parte, el Código de Procedimientos Civiles en el Art. 253 prescribe que "las pruebas se hacen con instrumentos, con informaciones de testigos, con relaciones de peritos, con la vista de los lugares o -- inspecciones ocular de ellos o de las cosas, con el juramento o la confe

sión contraria, y con presunciones". Lo mismo establece el Art. 1569 C.

Nosotros, en este modesto trabajo centraremos nuestro estudio de manera exclusiva en una de dichas probanzas: la instrumental; circunscribiendo su eficacia al proceso civil. Aclarando, por otra parte, que únicamente nos ocuparemos, dada su complejidad, de algunos de sus aspectos. Pero antes haremos referencia al discutido problema propio del tema de la valoración de la prueba- consistente en determinar a qué cuerpo legal, si al Código Civil o al de Procedimientos, corresponde por su naturaleza tratar la materia de la prueba. Entre nosotros se encuentra regulada en ambos códigos. Y muchas legislaciones le aplica este doble tratamiento.

Los doctrinarios del Derecho aun no han logrado ponerse de acuerdo sobre a qué cuerpo de leyes ha de corresponder el ocuparse exclusivamente de la prueba. Se afirma que determinados temas de ésta, como son la carga de la prueba, su efectividad, su admisibilidad, la determinación de los medios probatorios, pertenecen al derecho material porque, para la seguridad de las convenciones que celebran las partes, es bueno preestablecer la prueba. Además, hay situaciones en las que las formalidades van tan estrechamente unidas al acto que sin ellas éste no tiene valor alguno, y esas formalidades, tales como el de hacerlo constar por escrito, sirven de prueba. Esta opinión, tuvo decidida influencia en el legislador patrio. Así por el Art. 416 Pr. nos enteramos que la admisibilidad de la prueba se determina de conformidad a la ley sustantiva; y abona esta tesis el dato de que la prueba no sólo sirve para hacerse valer en juicio; tal como lo comprue-

ba el hecho de que todo el que desea contraer matrimonio ha de acreditar su edad. De donde se advierte que la prueba no ha de presentarse sólo en juicio, pues existen casos muy frecuentes, como el citado, en que se presenta sin él.

En el Art. 1569 y siguientes del Código Civil, se consigna todo lo referente a la prueba de las obligaciones. Idéntico apartado encontramos en el Código Civil Chileno, fuente del nuestro y a su vez inspirado - en el Código de Napoleón, el cual, por su parte, recogió las enseñanzas de Pothier, quien había concluido que, tratándose de las obligaciones, al final había necesidad de establecer los medios como se probaban éstas.

La cualidad de considerar a las normas relativas a las prueba como derecho sustantivo y como derecho adjetivo al mismo tiempo, viene de los juristas romanos. Su prestigio y su tradición son, pues, enormes.

Chiovenda y Liebman, citados por Rafael De Pina, dicen "Una de las primeras características de las legislaciones latinas consisten en la discriminación de dos grupos de normas sobre las pruebas, a saber: las que regulan el Onus Probandi, los medios de prueba, su admisibilidad y sus -- efectos, y que se encuentran encerrados en los códigos de Derecho Privado; mientras que en los códigos de procedimientos civiles no se encuentran sino las normas que rigen las formas y el procedimiento. En verdad, esta separación no tiene ninguna razón de ser, pues también las normas del primer grupo pertenecen sin ninguna duda posible al derecho procesal, teniendo -- únicamente por finalidad regular los medios de investigación en el curso

del proceso" (8).

El criterio romanista, profesado todavía por la doctrina del derecho civil francés, en opinión del doctor Zavaleta, a quien seguimos en esta discusión (9), carece en absoluto de razón de ser, desde que su única justificación consiste en mantener una distinción acerca de las disposiciones que establecen las condiciones requeridas ad-substancian para la existencia de un acto jurídico, condiciones que regulan la forma necesaria y no la prueba de los mismos. Las normas sobre la prueba, continua diciendo, son procesales y deben de tratarse en el derecho procesal, y por ende, -- estar contenidas en el código de procedimientos civiles, porque no se debe olvidar que tienen un carácter eminentemente público y no pueden ser jamás de derecho privado. Propugna porque todas las normas contenidas en el derecho privado pasen al derecho procesal, afirmando que con ello la eficacia de las pruebas no sufriría desmedro alguno, pues las formalidades a que están sujetos ciertos actos jurídicos serán requisitos de validez pero no de prueba.

Por nuestra parte consideramos acertadas las observaciones formuladas por el citado profesional, en razón de que las normas que rigen la materia probatoria son de carácter eminentemente público.

#### DE LA PRUEBA INSTRUMENTAL

QUESTION TERMINOLOGICA Y CONCEPTO. Grande es la confusión que reina en -

torno a determinar el verdadero sentido y alcance de las expresiones instrumento y documento. Y como consecuencia de esa imprecisión de ideas, las legislaciones, suelen a veces identificarlas, considerándolas sinónimas, y otras veces diferenciarlas, dándoles una distinta connotación.

Modestamente intentaremos hacer un poco de luz sobre este delicado problema.

Según el Diccionario de la Real Academia, INSTRUMENTO, es el conjunto de diversas piezas conuinadas adecuadamente para que sirvan con determinado objeto en el ejercicio de las artes y oficios, y tambien "los objetos y aparatos que sirven para producir sonidos musicales.

En ambas acepciones ha empleado el legislador la palabra instrumento en los numerales 3o. y 4o. del Art. 1488 C.

"Desde el punto de vista jurídico, y en su mas amplio sentido, instrumento es todo lo que sirve para instruir una causa, todo lo que nos conduce a la averiguación de la verdad, todo lo que nos da luz sobre la existencia de un hecho o convenio. En este sentido la palabra instrumento concuerda con su significado etimológico porque deriva del verbo latino "instruere", que quiere decir instruir.

En sentido riguroso, no se entiende por instrumento, sino el escrito en que se perpetua la memoria de un hecho, el papel o documento con que se prueba o justifica alguna cosa, la descripción o nota de lo que uno ha dispuesto o ejecutado o de lo que ha sido convenido entre dos o mas personas."(9a.)

Por su parte la palabra documento, tiene etimológicamente estas acepciones: "Instrucción, aviso o consejo dado a alguien", "escritura, instrumento o acta en que se hace constar alguna cosa", y, finalmente, "todo aquello que enseña algo".

Como decíamos, no hay acuerdo en la doctrina respecto al significado de los términos prenotados. Don Eduardo Pallares (10), para quien -- instrumento y documento, tomado éste en sentido restringido, son términos sinónimos, formula severas críticas contra los que, posiblemente apoyados en aquella de las acepciones etimológicas de la palabra documento, según la cual este vocablo significa "todo aquello que enseña algo", han llegado a sostener que la prueba documental no solo consiste en un papel escrito en determinado idioma, sino en cualquier objeto que puede proporcionar -- ciencia respecto de los puntos litigiosos; esto es, incluyen en la prueba documental, la fotografía, las películas de cinematógrafo, los discos de fonógrafo, los planos y diseños de los arquitectos y así sucesivamente. Y manifiesta que no es de esta opinión porque piensa que existe una diferencia sustancial entre las cosas que contienen algo escrito con sentido inteligible y las ya mencionadas que carecen de él. El lenguaje humano en cualquiera de sus formas está constituido por conceptos generales de uso universal, mediante los cuales los hombres se comunican entre sí, siendo aquel una nota esencial de la especie humana. Por esta circunstancia no le parece lógico asimilar los documentos a las fotografías, a los discos de fonógrafo, películas de cine, que no contengan nada escrito. Fundándose

en lo anterior formula la siguiente definición: "Documento es toda cosa que contiene algo escrito con sentido inteligible; explicando que usa el verbo escribir en sentido restringido o sea la actividad mediante la cual el hombre expresa sus ideas y sus sentimientos por medio de la palabra escrita; no siendo necesario que la escritura se haga sobre papel. Puede escribirse en pergamino, sobre madera, tierra cocida como hicieron los asiáticos en épocas remotas, en la piedra y en general en cualquier cosa. Tampoco es indispensable que el lenguaje esté formado con vocablos. Los papiros egipcios que contenían jeroglíficos, constituyen una prueba documental, -- siempre que sea posible traducir su significado. Y concluye sosteniendo que el Código de Procedimientos Civiles Mexicanos sigue en parte esta doctrina cuando no incluye en la prueba documental, las fotografías, los discos fonógrafos etc. sino que agrupa estos medios de prueba entre las circunstancias.

Los tratadistas Carlos Anabalón Sanderson (11) y Hugo Alsina (12), asignan al vocablo documento una significación mucho más amplia y comprensiva que la que reservan para el término instrumento. De tal suerte que de acuerdo al pensamiento sustentado por ellos se concluye que si bien todo documento es instrumento, no todo instrumento es documento. Se advierte entonces, que documento e instrumento no son términos sinónimos. En efecto, Anabalón Sanderson manifiesta que el instrumento es, "todo acto

escrito o firmado por alguien, o ambas cosas, a la vez, llamado a dar fe de un hecho", concepto que estima más restringido que el de documento, - puesto que éste es "cualquier objeto escrito o grabado que sirve para comprobar un hecho", es decir, no solamente los instrumentos y papeles de todas clases, sino también un monumento, un disco, una medalla, etc.

Por su parte, Alsina entiende por documento "Toda representación objetiva de un pensamiento la que puede ser material o literal". Estas últimas son propiamente las escrituras destinadas a constatar una relación jurídica y para las cuales se reserva el nombre de instrumento. En cambio los otros documentos materiales (quipos, tarjetas, marcas, contraseñas) debe de acreditarse su existencia por medio de otro tipo de pruebas, como la pericial y la inspección ocular.

Examinemos ya cual es el sentido y alcance de ambas expresiones en nuestro sistema legal positivo. Del estudio del articulado, tanto del Código de Procedimientos Civiles como del Código de Instrucción Criminal, encontraremos que en el cuerpo de leyes primeramente nombrado, los vocablos instrumento y documento, son términos sinónimos. Distinto acontece -- en el Código de Instrucción Criminal, donde a virtud de las reformas introducidas el 19 de septiembre de 1962, que crean la prueba documental, se distingue, dándole una connotación diferente a la tradicional, entre prueba instrumental y documental. Art. 410 I.

El distingo radica en lo siguiente:

a) La prueba instrumental es la especie de la prueba documental. f

que es el género. Es decir, desde este punto de vista, la diferencia que observamos es la que existe entre el todo y la parte, puesto que, a tenor de la disposición citada, la prueba instrumental es una clase de prueba documental; tanto es así que el instrumento no deja de ser a la vez documento; y en

b) La valoración de la prueba instrumental se rige y gobierna por ← principios distintos de los que se aplican a la prueba por documentos. Una obedece a los postulados de la valoración legalista y la otra a los de la sana crítica.

El primer criterio de clasificación expuesto radica en la mayor o menor extensión de ambos medios probatorios; así los instrumentos públicos, auténticos y privados, son las únicas probanzas instrumentales existentes. El segundo, en la mayor participación de raciocinio y apreciación que el juzgador tiene frente a la pieza de convicción presentada; o sea que la -- prueba documental tiene, pues, que pasar por el tamiz depurador del entendimiento del juez.

Visto como queda, que en nuestro Código de Procedimientos Civiles, se hace una perfecta sinonimia entre instrumento y documento, destaquemos además, como primordial característica de los mismos el hecho de ser en la práctica procesal el vehículo a través del cual se produce la prueba escrita o literal; y con esto último queda determinada su ser y extensión, pues para que sean tales, necesariamente deben ser escritos, escritura que podrá estar gravada en papeles u otro modo idóneo. Consecuente con

este orden de ideas, jamás podría hacerse valer civilmente como prueba instrumental o documental, cintas magnetofónicas, discos de fonógrafos, marcas, etc.

Pero lo anterior no significa que no puedan figurar como piezas de convicción en el proceso civil salvadoreño. Su admisibilidad es procedente, más su existencia deberá acreditarse por los otros medios de prueba que el código reconoce, especialmente la pericial y la inspección ocular. Sobre el particular, don Rafael Gallinal (13) comentando una disposición del Código de Procedimientos Civiles, Uruguayo, exactamente igual a nuestro Art. 253 Pr., expresa: "Nuestro código no contiene una limitación de los medios de prueba acompañada de una declaración de taxatividad. Algunos códigos enumeran taxativamente los medios de prueba, como el español, chileno y otros. Pensamos con Ricci y Lessona, que se pueden admitir otros -- medios fuera de los enumerados, que no hayan sido prohibidos por la ley. Es por ésto que se admiten entre los medios de prueba, el fonógrafo la cinematografía, el disco fonográfico, el telefonógrafo y otros medios, los cuales no pueden ser prohibidos por la ley. Como enseña Guzzori, "para la admisibilidad de un medio de prueba se requiere dos condiciones: Su legalidad, es decir que el Código Civil o de Comercio, según la causa deba decidirse con el uno o con el otro, no lo prohiban; y que sea concluyente, esto es, que el hecho sobre que versa la prueba, tenga influencia en la decisión. El juez debe ocuparse de la verosimilitud de los hechos que se quie-

ren probar o de la posibilidad de reunir la prueba. Porque no estando el medio prohibido por la ley debe admitirlo, sin perjuicio de apreciar su resultado en el momento de la sentencia".

En el proyecto del Código Procesal Civil de nuestra República, se legisla expresamente sobre esta materia. En efecto, dicho proyecto de acogida a la prueba científica y documental, en la sección consagrada a la -- prueba innominada. El artículo pertinente es el 528, inciso 2o. y 3o. que dicen: "También admitirá toda clase de documentos, tales como planos, copias, copias dactiloscópicas, versiones taquigráficas, talones, contraseñas, emblemas, uniformes, distintivos, periódicos, fotografías, películas cinematográficas, fonografías, inscripciones en edificios o monumentos y en fin todo medio que contribuya a formar la convicción del juzgador y que sean legal y moralmente procedentes.

La apreciación de cualquiera de esas pruebas se hará según su naturaleza y semejanza con los demás medios probatorios y las reglas de la sana crítica."

Con esta disposición el proyecto elimina la sinonimia que el vigente Código de Procedimientos hace de los vocablos instrumento y documento, dándole a este último su exacto y moderno significado en un todo acorde con las más recientes enseñanzas de la ciencia procesal.

CONCEPTO DE PRUEBA INSTRUMENTAL. En sentido amplio, se entiende por prueba

instrumental según Díaz Uribe (14), "la que se rinde por medio de instrumentos públicos o privados, firmados o no firmados".

En la clasificación que hace Benthan de los medios de prueba, en casuales y preconstituidos, la prueba instrumental ocupa lugar preferente entre estos últimos ubicándola en la categoría de probanzas superiores.

Siendo las pruebas preconstituidas, las que se forman con anterioridad e independencia del juicio, no cabe duda que los instrumentos constituyen un medio de prueba preconstituido por excelencia, toda vez que se preparan de antemano al litigio, con el fin de prevenirlo u obtener justicia en el caso de que el objetivo primero no se logre.

Presentado en juicio, si se trata de un instrumento público o auténtico, que no ha sido impugnado en forma alguna, o de un privado reconocido o tenido por reconocido, su fuerza probante es plena, lo que significa que ilustra suficientemente al juez para resolver el pleito en que el instrumento milita.

En la clasificación carneluttiana de los medios de prueba, la instrumental se coloca entre las históricas reales, por cuanto es apta para representar el objeto que hay que reconocer.

La utilidad procesal de la prueba por instrumentos -testigos mudos, pero incorruptibles- es grande, pues sirve para acreditar cualquier hecho;

e incluso hay hechos cuya única forma de prueba es ésta, como ocurre con los señalados en el Art. 1572 C., en los que se excluye a la confesión, tradicionalmente considerada como la reina de las pruebas. Art. 1584 C.

EVOLUCION HISTORICA. La prueba instrumental la encontramos reglamentada en todas las legislaciones que florecieron en la antigüedad. Su origen y evolución constante obedece a la necesidad de probar con más seguridad las relaciones jurídicas que, primitivamente, tenían por único resguardo el principio religioso del temor a la divinidad que, dicho de paso, no tiene nada de científico.

Así, Ursicino Alvarez Zuárez (15) en su bien documentado trabajo "Los Orígenes de la Contratación Escrita", señala que en el derecho Asirio, Babilónico, y Etita, ya existían documentos con las características esenciales que tienen los instrumentos contemporáneos.

El Derecho Romano también hace lo propio en la mancipio, forma adquisitiva del dominio y en el nexum, modo formal de adquirir obligaciones. Y a tanto llegó el formalismo del Derecho Romano que el instrumento logró en su máxima etapa constituirse en el único medio de prueba de las obligaciones. Sin embargo, fue hasta el siglo XI, con el surgimiento de la famosa escuela de Bolonia que el instrumento "como medio de prueba y no como solemnidad contractual" conquistó el rango de probanza preferente.

A medida que la escritura fue popularizándose lo cual tuvo lugar en gran parte con el descubrimiento de la imprenta, la prueba instrumen-

tal adquiere mayor importancia y difusión, y, como consecuencia, la prueba por testigos que hasta entonces era una de los medios demostrativos más usuales, se ve relegado a un segundo plano, fenómeno fácilmente explicable si se toman en cuenta las mayores ventajas que uno de dichos medios probatorios tiene sobre el otro.

Fue al restringirse por primera vez la admisibilidad de la prueba testimonial cuando la escritura comenzó a prevalecer sobre aquella en el régimen de las pruebas. Un estatuto de Bolonia de 1453, aprobado por el Papa Nicolás V, prohibió la prueba por testigos de los pagos de más de 50 libras y de los contratos de mas de 100; luego, un estatuto de Milán de 1498 también prohibió la prueba testimonial respecto de ciertos actos, y, posteriormente, la ordenanza de MOULINS requirió la prueba escrita en todo contrato que excediese de 100 libras, pasando de allí al Código de Napoleón y a las legislaciones modernas. Ello trajo como consecuencia que el principio de "testigos vencen escritos", fue substituido por el de "escritos vencen testigos", y actualmente, las legislaciones y la doctrina, sólo permiten contraponer los testigos a los escritos cuando se trata de situaciones muy especiales.

RAZON DE SER. Hemos visto que en la mas remota antigüedad, la palabra, bien propia o ajena, fue más que suficiente para establecer con relativa firmeza la existencia de los negocios jurídicos celebrados por las partes. Así, y refiriéndonos en concreto a la prueba testifical bien podemos decir que

constituyó en aquella época lejana una de las pruebas jurídicas por excelencia. Pero tal sistema impuesto por las circunstancias, produjo pésimos y lamentables resultados, dadas las limitaciones, flaquezas y propósitos mal intencionados, inherentes a la misma naturaleza del hombre. Tanto es así, que ningún otro medio probatorio ha suscitado -y con absoluta razón, por supuesto -tantas dudas y recelos como lo ha sido la prueba testifical, al grado que actualmente constituye uno de los medios de convicción más anémicos con que cuenta el derecho probatorio moderno. En efecto, el testigo, como órgano autónomo de prueba que es, constituye un medio tan inseguro y peligroso, entre otras, por las siguientes razones:

- a) Por la falibilidad del ser humano; y
- b) Por la maldad de los hombres.

A tales circunstancias obedece que las legislaciones, se hayan visto obligadas a restringir en forma paulatina y gradual la probanza por testigos hasta donde lo ha permitido la naturaleza del objeto a probar. Así por ejemplo, existen claras limitaciones no sólo en el campo de su eficacia probatoria, sino también en el terreno de su admisibilidad. Por supuesto que tales limitaciones han tenido vigencia en la medida proporcional en que la escritura -elemento extrínseco de la prueba literal- se afianza, difunde y fortalece, hasta llegar a formar parte del patrimonio cultural de las grandes mayorías populares.

La razón de ser de la prueba instrumental consiste pues, en alcanzar la firme seguridad que en los negocios jurídicos es indispensable, --

tanto para preservar el orden público y social, como para lograr la tranquilidad y confianza de los particulares en el tráfico legal, objetivo que estaba muy lejos de ser realizados por la prueba testifical.

F U N D A M E N T O. El instrumento constituye una probanza autónoma y directa, comprendido en el género denominado de las pruebas preconstituidas que, como es sabido envuelve todas las clases existentes, desde los más -- primitivos, como los equipos usados por los incas en el legendario Perú, hasta los actuales documentos que inspira la más delicada y fina de las corrientes doctrinales del derecho, consecuente con los prodigiosos avances de la tecnología, tales como: la cinta cinematográfica y magnetofónica etc

La ciencia, y sobre todo la ciencia del derecho, no puede desligarse del pasado, porque su desenvolvimiento histórico ascendente obedece al principio de causalidad, que vincula la causa con el efecto, el medio con el -- fin y el antecedente con el consecuente. Sin el equipo primitivo no existiría el testimonio literal moderno, y, la validez probatoria de ambos medios fue, mutatis mutandi, de idéntica fortaleza y vigor.

Para que la prueba instrumental sea valedera en el proceso civil es indispensable por regla general que las partes la aporten como carga - procesal, en virtud de que ellas determinan el objeto de la litis, y, además, porque son las que se encuentran mejor informadas de los hechos y de sus probanzas respectivas.

De lo dicho se desprende que fundamentalmente, no existe a través del tiempo ninguna diferencia de tipo teleológico entre las distintas probanzas literales conocidas. El instrumento más antiguo encuéntrase vinculado con el instrumento más moderno porque el nervio vital que los une ha sido siempre el mismo: Crear en el juzgador que conoce de la controversia la sólida convicción de verdad, para poder decidir, objetiva y fundadamente, a cuál de las partes en pugna corresponde la justicia, todo en razón de - que el juez desconoce la verdad o falsedad de los hechos controvertidos, lo cual le obliga recurrir a la prueba -para nuestro caso- a la prueba instrumental.

De lo que se colige, que el fundamento jurídico de la prueba por instrumento, radica en la mayor confianza que el juez debe guardar a la - representatividad de los mismos, en vista de que las partes, previa y reflexivamente, han elaborado la figura jurídica capaz de poder garantizar en forma segura los negocios por ellas celebrados. Y es natural y lógico que así sea, pues es más creíble lo que de una manera meditada y consciente se ha previsto y dispuesto como medio de convicción que sirve de base al juzgador para solucionar un conflicto probable, que lo que ocasional y circunstancialmente pueda, según los casos, servir de probanza en un proceso.

NATURALLEZA JURIDICA. El instrumento es el continente donde se consignan como contenido los más disímiles negocios que el hombre pueda celebrar

donde constan la más abigarrada gama de derechos y deberes existentes y, por fin, donde se concretizan las voluntades póstumas -testamentos- que cierran el fin del ciclo existencial humano. Es pues, el estudio de la naturaleza jurídica del instrumento un tema de vital trascendencia social.

El problema de determinar la naturaleza jurídica del instrumento se plantea frente a la doctrina y legislación positiva de la manera siguiente: En primer lugar, el análisis del instrumento se encuentra íntimamente vinculado a la forma, a la prueba y al negocio jurídico que contiene. O sea, que el instrumento puede ser estudiado desde tres puntos de vista distintos, aunque no independientes entre sí. Y el estudio del instrumento, pese a opiniones autorizadas que sostengan lo contrario, para nosotros es de derecho sustantivo en cuanto a la estructuración del documento porque la estructuración instrumental constituye el requisito de validez formal. Estos requisitos de validez formal son, fundamentalmente dos:

- 1) La configuración del instrumento en sí; y
- 2) Partes intervinientes.

La forma instrumental que es una declaración de voluntad exteriorizada, una presentación, un ropaje o vestimenta con que se presenta a la vida del derecho un negocio jurídico, queda comprendida fuera de los límites de nuestro trabajo pues constituye un tema propio del derecho notarial. También es evidente que rebasa los alcances de este estudio, el análisis del instrumento desde el ángulo del negocio jurídico que contiene, ya que para nosotros el instrumento cobra atención única y exclusivamente cuando

se estudia como prueba judicial civil; y, como las probanzas constituyen un medio cuyo procedimiento está ordenado a la verificación de la litis, resulta que su estudio le corresponde al derecho procesal, y, por lo tanto, la naturaleza jurídica del instrumento es de derecho adjetivo o formal. Digamos entonces como conclusión que la naturaleza del instrumento es un tema propio para los procesalistas.

Ubicado como está dentro del campo estricto, propio y exclusivo del derecho procesal, nos corresponde ahora concretizar, por elementales razones de carácter técnico expositivo, la naturaleza procesal del instrumento en relación con los denominados motivos de prueba.

Recuérdese que en principio, hay por una parte, determinados medios de prueba de índole directa, puesto que entre el juzgador y los motivos de prueba existe el contacto cercano e inmediato de la percepción; y por otra parte, existen ciertas probanzas en que falta tal cercanía de vivencia personal, siendo indispensable por absoluta necesidad práctica, recurrir en estos medios probatorios a la reconstrucción o a la representación de los hechos pasados a probar.

Este último grupo de probanzas constituye la categoría de prueba que la doctrina denomina y comprende bajo el vocablo de indirectas. Ahora bien, el instrumento es una de las probanzas indirectas por percepción de cosas y no de relatos, que por cierto conlleva una de las eficacias más vigorosas, en virtud de que el único elemento interpelado entre el juez y

los motivos, es tan solo uno: La conversión material de hecho en cosa. En conclusión pues podemos expresar lo siguiente:

- a) Que el instrumento como prueba, es tema propio del derecho procesal;
- b) Que el instrumento es normalmente una probanza procesal autónoma; y
- c) Que el instrumento es probanza procesal autónoma de índole representativa de carácter material.

Desde luego que no desconocemos que la prueba instrumental tiene como base en el orden científico la prueba testifical; ya que el instrumento no es más que el testimonio humano consignado por escrito de una manera permanente; pero esto importa llevar las cosas hasta sus últimas consecuencias, y a nosotros lo que nos interesa en el presente punto es destacar la naturaleza jurídica próxima e inmediata de la probanza en estudio, objetivo que pretendemos haber logrado con lo anteriormente expuesto.

CARACTERES GENERALES. El procesalista Mario Aguirre Godoy en su obra "La prueba en el Proceso Civil Guatemalteco", pag. 121, señala, siguiendo a Hugo Alsina, como principales caracteres de la prueba instrumental los siguientes:

- a) El hecho, ya destacado, de pertenecer a las llamadas pruebas preconstituidas, que en virtud de mandato legal o por voluntad de las partes, se elaboran con anterioridad al juicio, haciendo constar el nacimiento, la modificación o extinción de un derecho, obligación o relación jurídica;

b) Alto grado de eficacia probatoria, no solo en razón de la certeza que imprime a los hechos que se perpetúan en el documento, sino porque permite que se interprete con un máximo de exactitud lo que su autor o autores quisieron dejar exteriorizado. A este respecto, Caravantes (16) se expresa así: "La prueba instrumental es una de las más eficaces y de las que producen más beneficiosos resultados después de la confesión, no solamente por la exactitud con que consigna los actos a que se refiere en todos los pormenores y circunstancias, evitando que se borren de la memoria o que se desvirtúen por el tiempo o las distancias, sino porque hallándose prescritas de antemano por la ley las solemnidades necesarias para su constitución y autoridad, saben los otorgantes las que deben llenar para asegurar su fuerza y eficacia y para llevar la convicción al ánimo de los jueces".

c) Otro aspecto importante de esta prueba, es que puede estar instituida como solemnidad, "Ad-solemnitatem", caso en el cual el otorgamiento es requisito indispensable para la existencia misma del derecho. Aquí la formalidad indicada debe observarse so pena de que el acto no nazca a la vida jurídica, ya que la existencia misma depende en estos casos de que se cumpla o no con dicha exigencia formal. Se dice entonces "que la forma da el ser a la cosa: Forma dat esse Rei". En nuestra legislación podemos señalar como casos típicos que requieren indefectiblemente la formalidad de la escritura pública: Las donaciones entre vivos de cualquier especie

de bienes raíces, Art. 1279 C.; el contrato de constitución de renta vitalicia Art. 2025 C.;

d) Finalmente, el instrumento puede estar vinculado solamente a la prueba del derecho, "Ad probationem", ya sea por disposición de la ley o por simple exigencia de las partes contratantes. En estas situaciones la falta de la escritura no conlleva la inexistencia del acto; éste ha nacido a la vida del derecho y bien se puede, llegado el caso justificar su existencia por cualquier otro medio de convicción legalmente admisible. En esta función del instrumento, su otorgamiento puede requerirse como medio de prueba del acto, pero como prueba única que excluya a las demás Art. 1572 C., o bien el documento es nada más una de tantas pruebas del derecho de que se trata.

No obstante que el instrumento en su doble carácter de formalidad y prueba, desempeña normalmente papeles diferentes, tal como se ha tratado de hacer ver, suele con frecuencia incurrirse en confusiones. Es por ello que insistimos en que el documento como solemnidad constituye un elemento esencial para la existencia del acto, es parte integrante de la obligación, nace en el momento mismo de la celebración del negocio jurídico, convirtiéndose en requisito esencial de éste; en cambio el instrumento como prueba, no es otra cosa que el medio de justificar la existencia del negocio jurídico, y puede tener su nacimiento en el momento mismo de celebrarse el acto o contrato o después de su celebración. Sin embargo, en el terreno

práctico ambas funciones del instrumento tienen la misma importancia, pues la ausencia de la primera impide que el acto llegue a existir, en tanto - que la falta de la segunda hace incierta la existencia del negocio jurídico de que se trata. Parodiando a Carlos Emérito González, y teniendo muy presente lo antes expuesto, podemos decir: Que con la forma instrumental el negocio existe, y con la prueba instrumental, el negocio persiste:

#### DE LA CLASIFICACION DE LOS INSTRUMENTOS, Y PRIMERAMENTE DE LOS PUBLICOS Y AUTENTICOS.

Existen muchas clasificaciones de los documentos, de las cuales las más corrientes se apoyan en estos dos criterios: La persona de quien proceden y el contenido.

A) De acuerdo al primer criterio, hay dos grandes clasificaciones: la una bipartita y la otra tripartita, y ambas tienen acogida en nuestra legislación. En efecto, el Código Civil en el Art. 1569, divide los instrumentos en públicos y privados, y el Código de Procedimientos Civiles en el Art. 254, en públicos, auténticos y privados. Esta discrepancia obedece a que el Código Civil se inspiró en el Código Civil Chileno; y el de Procedimientos, en esta cuestión, en las leyes españolas, haciendo las fuentes citadas una clasificación bimembre y trimembre, respectivamente.

La clasificación bipartita en opinión de muchos juristas, carece de

exactitud y precisión, pues todo instrumento auténtico es también público, ya que no hay verdadera autenticidad que no dimanase de autoridad pública y todo instrumento público es igualmente auténtico, por razón de la fe o -- crédito que merece. Empero esta crítica, afirman otros, no es del todo - exacta por cuanto confunde haciendo sinónimas las expresiones público y auténtico, lo cual desde un punto de vista estrictamente científico no es correcto, porque hay documentos privados que no por eso dejan de ser auténticos, y citan como ejemplos los testamentos ológrafos y los títulos de crédito que son al mismo tiempo auténticos y privados.

Entre los autores clásicos no siempre existió acuerdo respecto a las diferencias que existen entre los documentos públicos y los auténticos. A este respecto Caravantes (17) expresa: "Siguiendo el espíritu y aun la letra de las Leyes de Partidas, y en especial de la primera, Tit. 18, part. 3a., dividían los autores los documentos en públicos y auténticos. Por auténticos palabra griega que significa autorizados, fehacientes, entendían los enunciados en la Ley 1a. y 114 Tit. 18, part. 3a., esto es, por corroborados con sello del Rey, príncipe, arzobispo, obispo, cabildo y demás personas constituidas en dignidad, con sello o como dice la ley 1a. de la partida citada, por persona auténtica: Leyes 1a. y 114, Tit. 18 part. 3a. Por públicos, entendían los documentos o escritos otorgados con las solemnidades legales ante escribano público y en que se consigna un convenio, un -

testimonio u otra disposición análoga.....Distínguese el documento público y el auténtico por los autores, entre ellos Febrero, Gregorio López y Paz Jordán en que el primero para que haga fe, es necesario que se haya otorgado ante escribano y con las solemnidades de testigos y demás que prescribe el derecho, y en que verse sobre hechos ajenos, y el segundo se autoriza por el mismo que lo hizo y contiene hecho suyo y privativo, no ajeno, y aunque no se otorgue ante escribano público ni testigo, ni con solemnidad alguna, hace prueba por sí sin tener que sujetarse a otro, si bien sólo lo hace en contra del que lo otorga y no a su favor....."

En concepto de Pallares (18), el documento auténtico no es siempre documento público y lo importante, a su juicio, es subrayar el hecho de que hay documentos privados fehacientes, que valen por sí mismo y producen plena prueba sobre su autor sin ser por ello documentos públicos. Y destaca que la palabra auténtico tiene las siguientes significaciones: documento que no deja lugar a duda; el que está autorizado o legalizado; el que hace prueba por sí mismo; el que procede de la persona que en el documento aparece como su autor.

Los instrumentos públicos o notariales, como también se les llaman son los otorgados con las solemnidades legales, ante notario, juez cartulario, agente diplomático o consular salvadoreño e incorporados en un -- protocolo o registro público, Art. 1570 inc. 2o. C. y 257 Pr., en rela-

ción con el Art. 5 de la ley de notariado, y son: a) Escritura matriz; b) Escritura pública y c) Actas notariales. Consultando las disposiciones citadas se ha definido entre nosotros el instrumento público, así: "Es el autorizado con las formalidades legales a instancia de parte, incorporado o no en un protocolo, por quien tiene conforme a la ley facultad de cartular".

(19)

A los documentos auténticos lo define el prenotado Art. 1570 C., -- equiparándolos a los públicos, como el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario; y también el Art. 260 Pr., pues al -- enumerar qué instrumentos se entienden por auténticos, trae en el numeral primero una acertada definición de los mismos al decir que: "Son los expedidos por los funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones". Son pues documentos auténticos de conformidad al citado art. 260 Pr., en relación con los Arts. 522 C., 8 Ley de adopción y 57 Ley del Ramo Municipal, los siguientes:

1o. Los expedidos por los funcionarios que ejercen un cargo por - autoridad pública, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones;

2o. Las copias de los documentos, libros de actas, catastros y registros que se hallan en los archivos públicos expedidos por los funcionarios respectivos en la forma legal;

3o. Las certificaciones sobre nacimientos, adopciones, matrimonios, divorcios y defunciones, dados con arreglo a los libros por los que los tengan a su cargo;

4o. Las certificaciones de las actuaciones judiciales de toda especie, las ejecutorias y los despachos librados conforme a la ley.

Los instrumentos privados son de cuatro clases: a) simplemente -- privados, b) privados reconocidos, c) los registrados en las alcaldías conforme a la ley del 19 de febrero de 1831, d) los legalizados ante notario en la forma que faculta el Art. 52 de la Ley de Notariado.

Los instrumentos públicos y los instrumentos auténticos desde el punto de vista probatorio --que es el que nos interesa en este trabajo no tienen ninguna diferencia, pues ambos hacen prueba plena y perfecta; es decir, instruyen lo suficiente al juez en caso de litigio para pronunciar sentencia; llevan en sí la presunción o garantía de veracidad o autenticidad; dan certeza de que los hechos a que se refieren, son o han sucedido tal como en ellos se expresa, o sea que han sido legalmente otorgados por las personas y de la manera que en los mismos instrumentos se expresa. Art. 17 inc. 2o. C.

Se diferencian, en la calidad de las personas que los autorizan; los públicos son autorizados por notarios, personas que detentan la fé pública del Estado por concesión legal, y los auténticos por funcionarios públicos en los negocios que son de su competencia. Pero aun esta pretendida diferencia no es del todo bien clara y fundada, en razón de que los notarios ejercen una clase de función pública que, en especiales y determinados supuestos, llegan a asimilarse un tanto a la que desempeñan los funcio-

nerios públicos propiamente dichos. Esto se infiere de la letra del art. lo. inc. lo. de la Ley de Notariado vigente que dice: "El notariado es una función pública. En consecuencia, los notarios son simples delegados del Estado para dar fe conforme a las leyes de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen, todo de conformidad con la ley".

Lo anterior pone de manifiesto con mayor relieve lo débil de la distinción entre instrumento público y auténtico, diferencia surgida en la edición del Código de Procedimientos Civiles de 1860, pues los cuerpos de leyes sobre esta materia anteriores a la fecha indicada estaban en perfecta armonía con la disposición contenida en el Art. 1569 C. que consagra la división bipartita de los instrumentos.

Se conviene, además, en señalar como nota diferenciadora, que en los instrumentos públicos siempre se trata de hechos o convenciones de terceros y no del que interpone la fe pública, mientras cierta clase de documentos auténticos constituye hechos de la parte que los expide.

Fácilmente se advierte que el anterior criterio diferenciador es bien relativo y, por lo tanto inexacto.

La Ley de Enjuiciamientos Civil Española de 1855, al enumerar entre los instrumentos públicos y solemnes, tanto a los otorgados ante notario como los expedidos o librados por corporación o persona constituida en autoridad o dignidad o por cualquier otro funcionario pú-

blico en referencia al ejercicio de sus funciones, puso fin a la discusión mantenida por los intérpretes del Derecho Español acerca de lo que debía entenderse por documento público y por documento auténtico.

Por su parte, los redactores del proyecto del Código Procesal Civil para nuestro país, conscientes de lo inapropiado de la clasificación tripartita, adoptan en el Art. 493 la clasificación bimembre. La disposición está concebida textualmente así: "Los instrumentos son públicos o privados. Son instrumentos públicos los autorizados o expedidos por quien ejerza el notariado conforme a la ley respectiva. Son también instrumentos públicos los auténticos, es decir, los expedidos por funcionarios que ejerzan un cargo por autoridad pública por lo que se refiere exclusivamente al ejercicio de sus funciones. Todos los demás instrumentos, como la correspondencia, los libros de los comerciantes y, en general, los hechos por personas particulares en actos que no son de su oficio, son instrumentos privados. Tienen también el valor de instrumentos privados, el instrumento público defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma".

† El instrumento privado, por el contrario, para que haga fé, para que lleve en sí el sello de autenticidad, es necesario que sea reconocido por la parte a quien se opone, o que se haya verificado la firma que lo calza o que se le reconozca conforme a la ley, o se registre en una alcaldía, o se legalice ante notario.

B) Por su contenido, el instrumento se clasifica en constitutivo, que es el que contiene una declaración de voluntad, y narrativo o testimonial, que es el que contiene una declaración de verdad, Esto último se convierte en confesorio cuando la declaración que en el se hace, perjudica jurídicamente a su autor.

CARACTERÍSTICAS. De las ideas contenidas en las definiciones arriba transcritas, se concluye que dos son los requisitos necesarios para que un instrumento ostente el carácter de público o auténtico en nuestra legislación positiva. Ellos son: a) Que sea autorizado por un funcionario competente; y b) Es necesario el cumplimiento de ciertas formalidades. Ambos requisitos ameritan una ligera explicación.

De conformidad al primero, se exige que el notario o funcionario público, autorice con su firma el instrumento imprimiéndole con ello autenticidad. El notario o el oficial público, para dar nacimiento y validez al instrumento público y auténtico, debe actuar investido de tal carácter, por lo que no se cumpliría con la condición que analizamos si no está en posesión de su cargo ya sea por suspensión, inhabilitación o cualquiera otra causal. Tampoco debe hallarse incapacitado para intervenir en el documento que autoriza por las circunstancias de ser él o alguno de sus parientes personas interesadas en el acto.

El segundo requisito de los instrumentos públicos o auténticos, se refiere a las solemnidades que en cada caso particular deben cumplirse, Estas solemnidades se traducen en la observancia de ciertas ritualidades o formas extraordinarias, y en la intervención de funcionarios especiales que con su presencia y actuación cumplen con la necesidad social de imprimir una mayor seguridad a los actos jurídicos en que intervienen.

VALOR PROBATORIO DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS Y AUTENTICOS. Tócanos examinar aquí el grado de convencimiento que un instrumento público o auténtico llevado al juicio civil es capaz de producir en el ánimo del juzgador. Es decir, veremos ahora la utilidad práctica de los documentos mencionados, que no es otra cosa que la de permitir a los litigantes acreditar la verdad de sus alegaciones. Para una mayor claridad en el desarrollo de este punto, es conveniente hacer una doble distinción, relacionada con el documento considerado en sí mismo, esto es, en sus elementos externos; y en cuanto a su contenido.

I) El documento considerado en sí mismo. Considerado en sí mismo, es decir, en sus elementos externo el instrumento público o auténtico esté amparado por la presunción de autenticidad. Pero sólo gozan de esta presunción aquellos documentos que en su otorgamiento se llenaron a cabalidad los requisitos de haber sido autorizados con las solemnidades le-

gales por el funcionario competente. Observadas tales exigencias son reputados auténticos, autenticidad que en la práctica significa una - presunción de verdad en orden a que fueron legalmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se expresan. En gracia pues a la presunción de autenticidad, quien los hace valer como prueba, está relevado de la obligación de justificar, por ejemplo, - que dicho instrumento ciertamente emana del funcionario público que lo autoriza; recayendo, en cambio, el peso de la prueba sobre aquel que impugna su calidad de auténtico.

Las anteriores ideas contenidas en los Arts. 17 y 323 C.; armonizan con las que el Art. 1570 C., consagra para referirse al valor probatorio de esta clase de instrumentos, pues dice: "Que el instrumento público (o auténtico) hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha" En esta prescripción se alude al mérito probatorio por excelencia tanto del instrumento público como del auténtico, pues para la ley civil no hay entre ambos diferencia sustancial alguna. En los puntos señalados: "otorgamiento y fecha" nadie, sean partes o terceros, podrá poner en duda que el documento realmente se otorgó y en la fecha que él indica. "Que un instrumento haga plena fé o plena prueba quiere decir, observan Alessandri y Somarriva (20), que por sí solo basta para acreditar el hecho a que se refiere, sin que sea necesario para que produzca convicción el auxilio de otros medios probatorios. Pero esto no quiere decir que la

plena fé no pueda ser contradicha; y, por el contrario, puede ser desvirtuada por el mérito de otras pruebas".

Como señala De la Plaza (21), la autenticidad del documento público deriva de tres factores esencialmente: La oficialidad de la persona que lo redacta, pues interviene o un notario o un funcionario público; la competencia, que consiste en que únicamente puede autorizar esta clase de documentos aquel a quien la ley concede ésta facultad; y luego la forma, por que se requiere que estos documentos esten extendidos con las solemnidades previstas por la ley.

Los factores mencionados constituyen a su vez las razones fundamentales en virtud de las cuales el instrumento público y el auténtico, hacen plena prueba.

Todo lo anterior corresponde a lo que se denomina materialidad de los instrumentos.

II) El documento considerado en cuanto a su contenido. El instrumento sea público o auténtico constituye el recipiente en el cual se -vierten diversos tipos de enunciaciones, las cuales se hace necesario tratar por separado, dado que su fuerza probatoria no es la misma. También hay que considerar el mérito probatorio de esas enunciaciones entre las -partes y luego en relación a terceros, pues sus efectos son diferentes.

Analizaremos en primer lugar el valor probatorio de las declaraciones del funcionario:

a) Valor probatorio de las declaraciones del notario o funcionario público que producen efecto erga omnes.

Contrariamente a lo que podría creerse, no todas las declaraciones del funcionario público hacen plena fé. Solamente producen este -- efecto las siguientes: 1) Las que el funcionario público enuncia respecto a hechos cumplidos por sí mismo, esto es, en cuanto a los hechos que personalmente ejecuta, por ejemplo: las declaraciones del notario en que expresa que él en un solo acto dio lectura al instrumento; 2) Las declaraciones atingentes a hechos que percibe por sí mismo, por haber ocurrido -- en su presencia captándolos directamente por sus propios sentidos, por -- ejemplo el relacionado con la entrega del dinero; 3) Las declaraciones relativas a hechos que ha comprobado con los medios que la misma ley suminis-- tra, como cuando el notario afirma que se cercioró de la identidad de los otorgantes por medio de las respectivas cédulas de identidad personal; o -- cuando el funcionario del registro civil identifica por ese mismo medio a la persona que suministra datos sobre un nacimiento, defunción etc.

La ley, al otorgarles plena fe a las declaraciones de la natu-- raleza que hemos anotado, lo hace fundamentalmente/<sup>atendiendo/</sup>a que el funcionario -- actúa en el otorgamiento de documentos públicos o auténticos como minis-- tro de fé. Pero considera también las solemnidades bajo las cuales son pronunciadas y la circunstancia de referirse a hechos simples que pueden apreciarse sin la necesidad de conocimientos técnicos.

b) Declaraciones del funcionario que no producen plena fe.

Son todas aquellas declaraciones que el funcionario o notario hagan en el documento y que, desde luego, no sean de las comprendidas en el literal anterior. Se encuentran en esta situación, las que consigne el funcionario confiado en el dicho de otras personas, como son las relativas al estado civil o la nacionalidad de las partes. Tampoco hacen plena fé las declaraciones del funcionario que importan una mera apreciación personal desprovista de bases científicas, como es la atingente con el estado mental del testador y que deben hacer los notarios al autorizar un testamento.

Al afirmarse que estas declaraciones del funcionario no hacen fé, se quiere indicar que no prueban la exactitud, verdad o sinceridad de las mismas.

Estudiaremos ahora el valor probatorio de las declaraciones de las partes.

Establece el Art. 1571 inc. 1o. C. que: "El instrumento público hace plena fé en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hacen plena fé sino en contra de los declarantes".

Cabe distinguir en este punto la formulación de las declara--

ciones de las partes y la verdad o sinceridad de esas declaraciones. En lo primero, el instrumento hace plena fe respecto de cualquier persona, toda vez de que se trata de un hecho ocurrido en presencia del funcionario. Lo dicho tiene asidero no sólo en la disposición trascrita sino también en el Art. 17 C. que en conjunto establecen la plena fé del instrumento en cuanto al hecho de haberse otorgado por las personas y de la manera que en ello se expresa.

En lo relativo a la sinceridad o veracidad de las manifestaciones que las partes consignan en el instrumento, con el objeto de determinar la fuerza probatoria que les corresponde, se distingue entre declaraciones dispositivas y declaraciones enunciativas.

LAS DECLARACIONES DISPOSITIVAS constituyen el acto mismo; es el acuerdo de las voluntades de las partes que versa sobre el objeto de la obligación, mejor dicho, sobre las cosas objeto de la negociación. Claro - Solar (22) precisa estas ideas manifestando que lo dispositivo "es la parte del instrumento en que se deja constancia de los elementos esenciales del hecho jurídico de que se ha querido proporcionar prueba escrita, de suerte que no podría suprimirse algo sin destruirlo o a lo menos desnaturalizarlo". Tales por ejemplo las manifestaciones que las partes hacen sobre el precio y la cosa en la venta.

LAS DECLARACIONES ENUNCIATIVAS son aquellas que no constituyen

el objeto del acto de que se trata; comprenden relatos accesorios formulados por algunas de las partes que versan sobre hechos o actos jurídicos anteriores al negocio jurídico que se celebra. Así la mención de que la compra se realiza para satisfacción personal del comprador, satisfacción deseada por mucho tiempo, constituye una declaración de esta naturaleza.

VALOR PROBATORIO DE LAS DECLARACIONES DISPOSITIVAS. En el Art. 1571 inc. lo. C., se nos da a entender claramente que el instrumento público no hace plena fé contra terceros en lo relativo a la verdad de las declaraciones dispositivas que en él hayan formulado los interesados, punto sobre el cual si prueba en forma completa contra estos últimos.

Pero si bien con respecto a la sinceridad de las declaraciones dispositivas, el instrumento público no hace plena fé frente a terceros, aunque si justifica en esa medida el acto externo de su formulación, tales declaraciones se presumen verdaderas respecto a ellos de conformidad a uno de los principios fundamentales de la teoría de la prueba denominado Onus Probandi, según el cual lo normal se presume y lo anormal o excepcional debe probarse. Ahora bien, como lo común y corriente es que las partes cuando concurren ante la presencia de un funcionario público, formulen declaraciones serias y veraces, toca a los terceros interesados en demostrar la falsedad de las declaraciones dispositivas, aportar la prueba necesaria para desvirtuar su contenido.

Si como queda expuesto, bien pueden los terceros ajenos al negocio destruir la presunción en cuestión por alguna de las vías de impugnación admisibles, en razón de que es muy posible que esté en contradicción con la verdad de los acontecimientos, se discute, en cambio, que igual facultad tengan los otorgantes.

Quienes niegan a las partes el derecho a levantarse contra sus propias declaraciones consignadas en instrumento público se fundan en que el Art. 1571 C. en forma imperativa dispone que dichas declaraciones hacen plena fé en contra de los manifestantes.

La opinión contraria sostiene que las partes pueden impugnar las propias declaraciones. Alegan que si bien es cierto que estas se encuentran protegidas por una presunción de verdad, es perfectamente factible que los mismos otorgantes concurren con otras pruebas completas a destruirlas. A esta última corriente de opinión pertenece Somarriva, quien afirma: "En cuanto a los otorgantes no cabe duda que pueden impugnar el instrumento por nulidad o por falta de autenticidad. ¿Pero se admitirá prueba en contra de las declaraciones que en él han formulado? La afirmativa nos parece evidente, porque si bien el instrumento público produce plena prueba, nada obsta a que en contrario se rinda otra plena prueba, confesión de parte, por ejemplo, y en definitiva al juez de la causa le corresponderá apreciando en forma soberana la prueba rendida, dar o no por probado que las declaraciones contenidas en el instrumento son falsas (23).

"La Corte de Valparaíso -continúa el mismo autor- en una sentencia de - compraventa dice; "Como aplicación del principio contenido en el Art. 1770 C. (1571 C. nuestro), el inc. 2o. del Art. 1876 (1678 inc. 2o. C. nuestro) no admite prueba alguna en contrario de las aseveraciones hechas por las partes en el escrito de haberse pagado el precio, salvo la encaminada a probar que la escritura es nula o falsificada. En nuestro concepto -prosi- gue- tales afirmaciones son erróneas, porque la mejor confirmación de que por regla general las partes pueden probar contra las declaraciones que - hagan en un instrumento público es precisamente el inc. 2o. del Art. 1876, porque si el legislador necesitó decir y lo dijo, que las partes no podían probar contra la declaración contenida en la escritura de haberse pagado el precio, es porque por regla general son admitidas a probar en contra de lo declarado en un instrumento. De lo contrario la citada disposición se- ría inútil, carecería de objeto, y no es dable presumir que el sabio le- gislador coloque una disposición innecesaria. Naturalmente que por testi- gos no podría probarse en contrario de lo declarado en el instrumento por- que ello lo prohíbe el Art. 1709 inc. 2o. (1581 C. nuestro)".

Por nuestra parte consideramos que los otorgantes pueden al- zarse contra sus propias declaraciones consignadas en un instrumento pú- blico, salvo, claro está la situación excepcional contemplada en el Art. 1678 inc. 2o. C. Para sostener ésto nos basamos, además de en lo dicho por Somarriva, en lo siguiente:

1) En la constitución política, norma suprema de la ley positiva, se consagra el principio "de que todo lo que no está prohibido está permitido", al preceptuarse en el Art. 152 C. P. que nadie está obligado a privarse de lo que la ley no prohíbe. Luego, cabe preguntarse ¿existe prohibición -y éstas deben ser expresas y taxativas- que impida a las partes impugnar sus propias declaraciones? La respuesta es un no categórico, excepción hecha de la disposición específica ya señalada;

2) El derecho es una disciplina teleológica que pretende esperanzada buscar y alcanzar la verdad. Aparte que representa el mínimo de moral social de convivencia, y la moral rechaza la falsedad, la mentira o la inexactitud, que pueden ser no intencionales pero que siempre implican un perjuicio. Finalmente, el derecho jamás favorece el daño.

#### VALOR PROBATORIO DE LAS DECLARACIONES ENUNCLATIVAS

Este tipo de declaraciones sólo producen plena fé en cuanto al hecho de haberse formulado, pero su verdad intrínseca no se presume desde que han sido insertadas en el instrumento en forma incidental, sin que de parte de los otorgantes hayan sido objeto de una atención más o menos detenida.

Por vía de excepción las declaraciones en comento producen fé entre las partes. Esto ocurre cuando tienen una relación directa con lo dispositivo del acto o contrato. Así lo preceptúa el art. 1577 C. que dice: "El instrumento público o privado hace fé entre las partes aun en lo

meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato".

La razón por la cual se les concede valor probatorio pleno a las declaraciones enunciativas en este caso, es por la vinculación estrecha que tienen con las declaraciones dispositivas, a las cuales les han prestado los otorgantes toda su atención; lo difícil será determinar cuando existe esa relación directa con lo dispositivo del acto o contrato; esto será una cuestión de hecho que habrá de apreciarse en cada caso. Por lo general se admite que las declaraciones enunciativas tienen relación directa con lo dispositivo del acto o contrato, cuando contribuyen a precisar el acto o contrato o que de alguna forma modifican los derechos que nacen de éste.

Puede ocurrir también con las declaraciones enunciativas, cuando no están en relación directa con las dispositivas, que constituyan un principio de prueba por escrito o una confesión extrajudicial escrita y en este último caso harían fé contra el que la ha formulado, de acuerdo al Art. 374 Pr. que dice: "La declaración extrajudicial escrita hace plena prueba contra el que la ha hecho, siendo sobre cosa cierta, mayor de edad el que la hace y no interviniendo fuerza ni error".

Otro aspecto importante es el concerniente a que las disposiciones enunciativas estrechamente vinculadas con las dispositivas, gozan también de la presunción de verdaderas frente a terceros. A esta conclu-

sión se llega de manera necesaria, a pesar que el art. 1577 C. sólo haga referencia a las partes contratantes, por la perfecta analogía que se establece entre ambas clases de disposiciones cuando entre las mismas existe una íntima conexión.

Sobre el particular don Víctor Santacruz (23a.) expresa: Lo que se tiene por verdadero para unos no puede tenerse por falso para otros. De otro modo tendríamos que para las partes contratantes el acto o contrato - se prueba íntegro, con el carácter y modalidades que le imprimen las enunciativas, y, en cambio para terceros el instrumento probaría un acto distinto sin ese carácter, sin esas modalidades que le imprimen las enunciativas. Y esto sería absurdo".

De todos modos hay que tener presente que el hecho de haberse formulado las declaraciones por las partes en el instrumento, sean dispositivas o enunciativas de cualquier clase hacen plena fé a favor y en contra de terceros, por quedar comprendidas en las percibidas por el funcionario y que contribuyen a configurar el acto del otorgamiento del instrumento público.

Para concluir y refiriéndonos someramente a la eficacia probatoria de los instrumentos que el Art. 260 Pr. considera auténticos, nos limitaremos a recomendar se tenga presente lo que en forma amplia y prolija se ha dicho al respecto, pues siendo en el fondo tales instrumentos una especie de los públicos, las reglas sobre valor probatorio son fundamental-

mente las mismas para ambas categorías de documentos. Con todo, sobre tal cuestión podemos señalar los siguientes aspectos que, por otra parte, caen dentro de los principios generales ya estudiados. Así encontramos que cuando se trata de certificaciones de los asientos sobre el estado civil de las personas, se presume su autenticidad y pureza, estando en la forma debida, tal como lo establecen los Arts. 323 y 324 C.

Sin embargo, podrán rechazarse siempre que se demuestre la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que el documento se refiere y la persona a quien se pretende aplicar.

Por otra parte, los asientos de los registros del estado civil de las personas, atestiguan la declaración hecha por la persona que en -- ellos comparece en sus respectivos casos y se presume la verdad del hecho a que la declaración se refiere, salvo la prueba contraria sobre la falsedad de la declaración en el punto de que se trata.

"El Art. 260 Pr. --expone el Dr. Oliva (24) hace una enumeración de los documentos que se consideran como auténticos; pero como ya lo expresamos, nos parece que los documentos auténticos no son más que una especie dentro del género de los instrumentos públicos, y así estaban también considerados en el primer Código de Procedimientos Civiles de 1857, en el Art. 290 que decía: Asimismo hacen plena prueba los despachos o títulos expedidos por el gobierno o sus agentes principales, con el sello del estado, y los librados por los arzobispos, obispos y autoridades eclesiasticas y estos son los documentos auténticos".

En lo referente al valor probatorio de las actuaciones judiciales es interesante transcribir el Art. 509 del proyecto del Código Procesal Civil, por contener una reglamentación más completa sobre esta materia. Dicha disposición está concebida así: "Las certificaciones de las actuaciones judiciales de toda especie, libradas conforme a la ley por juzgador competente, prueban conforme a la ley en sus respectivos casos. Sin embargo, las certificaciones relativas a actuaciones probatorias no tendrán valor ninguno en otro juicio, salvo los casos determinados por la ley o -- cuando se trate de probar un hecho que el testigo hubiere reconocido en su contra".

ESCRITURAS PUBLICAS. Tomando en consideración la enorme importancia que entre los instrumentos públicos tienen las escrituras públicas, haremos sobre ellas algunas ligeras consideraciones, especialmente orientadas a tratar la fuerza probatoria de las mismas, por ser este aspecto el atinente a nuestro estudio.

Ocuparémonos en primer lugar de la escritura matriz, la cual suele definirse "como el original del acto o contrato que el notario autoriza y consigna en su protocolo". Dentro de la designación de notario - deben comprenderse a todas aquellas personas que conforme a la ley de Notariado y a los Arts. 1027 y 1033 C., ejercen las mismas funciones que el notario en aquellos actos y circunstancias que la ley taxativamente determina.

Nuestra ley de Notariado en el Art. 2 al enumerar los instrumentos públicos nos dice que "escritura matriz es la que se asienta en el protocolo". Los requisitos que debe llenar para su existencia y validez se encuentran detallados en el Art. 32 de la expresada ley.

Por su parte el protocolo es, según el diccionario de la Real Academia "el libro en que el escribano pone y guarda por su orden los registros de las escrituras y otros instrumentos que han pasado ante él para que en todo tiempo se hallen".

En base a nuestro ordenamiento legal se ha definido el protocolo (25) diciendo que es "el libro legalmente autorizado en donde el notario o persona que ejerza funciones notariales asienta durante su vigencia, por riguroso orden cronológico los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorgan y del cual les expide testimonios, conforme a la ley, a las personas interesadas". Como se ve la escritura matriz hace o forma parte del protocolo, circunstancia que ha dado lugar para que ambos términos, si bien erróneamente, se empleen como sinónimos. Respecto al aspecto probatorio Caravantes expresa (26): "En cuanto a la fé y autoridad que constituye el protocolo o escritura matriz, convienen los interpretes en que hace plena fe en cuanto al efecto para que se introdujo de sacar de él las copias que necesitan los interesados, y en confrontar o comprobar las que se hubieren sacado en caso de dudarse de la verdad o exactitud de su contenido, como expresa la ley 8 Tit. 19 Part. 3; pero acerca de sí --

puede o no presentarse y hacer fé en juicio, hay diversidad de opiniones. En efecto sobre esta última cuestión, procesalistas respetables, sientan, que presentado en juicio el protocolo o escritura matriz, no hace fé ni tiene uso ni fuerza, ni hace prueba, fundándose en que no se estableció para ese uso sino para obrar siempre en poder del escribano u oficina competente. Otros intérpretes entre ellos Escriche, opinan que en circunstancias particulares en que los tribunales crean indispensable para fallar con acierto la inspección ocular y provean la presentación de la matriz con el libro de protocolo de que hace parte, usando las debidas precauciones y llevándolo talvez el mismo escribano, si la encuentran en regla, hace plena fé y prueba completa en juicio. Y para ello se fundan, en que produciendo esta plena prueba las copias que se sacan de ella debe producirla mayormente la matriz que es la verdadera escritura original y la que sirve de comprobante de aquella, y en que la prohibición de la ley sobre la presentación en juicio del protocolo sólo se refiere a casos comunes, para -- evitar el peligro que podría correr de extravío o alteración durante su -- transporte, en perjuicio de las personas responsables o de los interesados; mas no a la presentación en casos extraordinarios y con las debidas precauciones".

No cabe la menor duda que esta última opinión fue la que influyó poderosamente en el pensamiento de nuestro legislador, toda vez que ha sido recogida con la mayor fidelidad en los Arts. 256 Pr. y 28 de la

Ley de Notariado. Esta última disposición estatuye: "El protocolo no podrá presentarse en juicio ni hace fé en él y no podrá sacarse del poder del notario, excepto en los casos especialmente previstos por la ley, pero los otorgantes podrán examinar bajo la vigilancia del notario o del funcionario respectivo en su caso, los instrumentos que les conciernen. La Corte Suprema de Justicia podrá ordenar en cualquier tiempo la inspección de uno, de varios o de todos los protocolos, comisionando a uno o más de sus miembros o de las Cámaras de Segunda Instancia o algunos de los jueces de Primera Instancia".

El precepto copiado aun cuando al principio formula una prohibición en términos absolutos contraída a la no presentación del protocolo en juicio y en forma rotunda le niega toda fé en él, a reglón seguido atempera tan rígida prescripción permitiendo su presentación en los casos determinados por la ley, y éstos no son otros que la situación contemplada en el Art. 256 Pr. que textualmente dice: "Caso que, a petición de partes o de --oficio, el juez juzgue necesario confrontar el protocolo o libro de transcripciones con la escritura que se presenta de prueba, el juez con su secretario, previa citación de las partes, y con señalamiento del lugar, día y hora, pasará al oficio del notario a confrontarla, poniendo escrupulosamente el resultado de la confrontación. Lo mismo practicará por exhorto si la diligencia hubiera de evacuarse en otra jurisdicción; más en circunstancias particulares en que las cámaras de justicia crean indispensable para

fallar con acierto, la inspección ocular del protocolo y confrontación con la escritura, proveerán la presentación de dicho protocolo o libro de transcripciones, con las precauciones debidas para evitar su extravío o alteración".

Entre esas circunstancias particulares que darían base a las Cámaras de Segunda Instancia, para ordenar la presentación del protocolo, podríamos citar los casos imaginados por Caravantes (27), de que se hubiere intercalado una escritura falsa en el protocolo o que se hayase borrada o rasgada la contenida en él, de suerte de que creyesen los jueces examinar por sí mismos el protocolo, para mejor informados estar en capacidad de fallar con mayor acierto. Podemos citar también la situación prevista en el Art . 273 Pr.

En el proyecto del Código de Procedimientos desaparece esta facultad concedida a las Cámaras Seccionales.

Una cuestión importante que se hace necesario destacar aquí por caer de lleno dentro del objeto de nuestro estudio, es la de que el protocolo o escritura matriz, no obstante ser esta última el instrumento público por excelencia, en los raros casos en que puede ser llevada a juicio con el protocolo de que forma parte, en rigor no prueba en forma instrumental, sino en virtud de otro medio probatorio cual es la inspección ocular. Respaldan este acerto, las palabras claras y terminantes del Art. 256 Pr. y el hecho de que el protocolo o escritura matriz no puede legalmente co-

rrer agregado a los autos, requisito indispensable tratándose de la prueba por instrumentos, los cuales deben militar en el juicio, por el principio de incorporación, bien originales o bien razonados. Art. 270 inc. 2o. Pr.

✱ C O P I A S. En toda escritura pública hay que distinguir la matriz de las copias. La matriz, ya lo dijimos, es el acto jurídico escrito firmado por los comparecientes y el notario e incorporado al protocolo. Las copias, en cambio, son las transcripciones que de la escritura matriz otorga el notario autorizante o el funcionario que lo subroga en la guarda del protocolo.

A la primera copia que se extrae o saca del protocolo se le designa escritura original, expresión impropia e inexacta, pues como observa Escriche (28), en rigor sólo debería llamarse original a la escritura matriz, porque toda otra que no sea ella, en realidad no es más que una copia, pero se le da el nombre de original, aunque con cierta implicación en los términos a la primera copia que se saca de la matriz porque se extrae inmediatamente de su fuente y porque, a su vez, ella es origen de todos los traslados o trasuntos que se sacan sin acudir al protocolo y, además, porque generalmente va dada y suscrita por el mismo notario que autorizó la del protocolo.

Nuestra legislación procesal civil inspirada indirectamente en el Código de Santacruz, Bolivia (28a.), y en las leyes españolas, incurre en la imprecisión terminológica destacada, pues el Art. 257 Pr. dice: "Es-critura original y pública es la primera copia que se saca del protocolo y que ha sido hecha con todas las solemnidades necesarias por un funcionario público autorizado para otorgarla".

En cambio, el Art. 2 de la Ley de Notariado, con toda propiedad expresa que: "Escritura pública o testimonio es aquella en que se reproduce la escritura matriz".

A las copias pues, se les conoce con los nombres de escrituras públicas o testimonios. A nuestro juicio los más adecuados y técnicos, y, también con los de primera copia y escritura original y pública.

Las características de las escrituras públicas o testimonios, podemos destacarlos someramente así:

a) Ser una reproducción literal de la matriz. De consiguiente, debe ser una copia fiel y exacta de aquella.

b) Expedida en la forma legal, Con esto se quiere significar que el testimonio reúna todos los requisitos exigidos en la ley de notariado. Así debe expedirse en el papel sellado correspondiente cuando cause dicho impuesto; que todas las fojas de que conste deben sellarse en sus márgenes superiores, y en fin cumplirse con lo prescrito en los Arts. 44 y 75 de la expresada ley.

c) Por la persona autorizada al efecto. Ellas son: Los notarios respecto a los instrumentos que consignen en su protocolo, durante el año de su vigencia; los agentes diplomáticos y consulares, con relación a los actos registrados en los libros respectivos y mientras permanezcan en su poder; los jueces de la Instancia con jurisdicción en lo civil respecto a los testamentos solemnes que autoricen, y el secretario de la Corte Suprema de Justicia previo decreto del presidente de dicho tribunal, respecto de los instrumentos que se encuentren en los libros que deben remitirle para su archivo los fedatarios anteriormente citados.

La importancia probatoria del instrumento público a que estamos haciendo referencia es vigoroso, pues de conformidad al Art. 259 Pr. hace plena prueba en los términos establecidos en los Arts. 1571 y 1577 C., cuyos alcances ya vimos. Esta importancia procesal se pone de manifiesto por el hecho de que es la escritura pública o testimonio, a quien por destino natural le corresponde hacer fé en juicio, fé que como queda expuesto es plena, siempre y cuando no sea impugnada por las vías que la ley establece y, desde luego, probado el vicio que motiva la impugnación.

Número de copias o testimonios que se pueden expedir. En cuanto a dar más de una copia original o testimonio, el notario o el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, habrá de atenerse a lo dispuesto en los Arts. 43 y 45 de la ley de notariado. En estas disposiciones se establece, como regla general, que a los otorgantes o a las personas que resulten un interés directo por razón de las declaraciones de los otorgantes conteni-

da en la matriz, o a las personas que deriven sus derechos de los mismos otorgantes se les pueden extender tantos testimonios como los que soliciten. Esta regla es valedera nada más, cuando el instrumento sea de tal -- naturaleza que, aunque se presente duplicado no pueda perjudicar a la otra parte, como por ejemplo escritura de poder, permuta, donación, testamento, porque no da acción para reclamar el cumplimiento de la obligación en el consignada, tantas cuantas veces se presente. Como puede suceder que la primera copia se pierda, extravíe o destruya, o que el interesado alegue maliciosamente alguno o algunos de estos acontecimientos para pedir segunda copia o testimonio con dolosa intención, se hace necesario saber cuando deberá el notario extender la segunda copia que se le pidiere, y en qué casos habrá de negarla mientras no medie orden judicial.

Puede darse sin inconveniente segundo o ulterior testimonio, en los casos planteados, o sea cuando la escritura no da acción para reclamar la cosa tantas como veces se presente. Pero si la escritura cuya segunda copia se pide contiene un acto o negocio jurídico de los que dan -- acción para cobrar o pedir una cosa o deuda, cuantas veces se presente la copia o testimonio en el juicio correspondiente, no puede expedirse más que uno y para dar otro es necesario que la expedición sea ordenada por juez competente quien deberá citar previamente a la parte contraria si estuviere presente, y si estuviere ausente de la república y no hubiere sido declarado tal, o se ignore su paradero y no se supiere que haya dejado procurador u otro representante legal, la citación deberá efectuarse al curador especial que previamente deberá nombrarse, y en tales ca--

ses el testimonio se principiará a continuación de las diligencias que ordenen su expedición y siempre dejando razón de ello en el protocolo. Art. 43 inc. 3o. de la Ley de Notariado.

Nuestra ley es poco explícita en lo referente a la forma de proceder en cuanto a la expedición de una segunda copia o testimonio; de allí la necesidad de aclarar algunas cuestiones como las relativas a determinar a quien debe dirigirse la solicitud del segundo testimonio, -cual es la parte contraria y cual el objeto de su citación.

Cuando el protocolo se encuentra en poder del notario la petición debe formularse ante el juez competente con jurisdicción en lo civil, en una foja de papel sellado de 0.40, señalando en dicha solicitud, entre otras cosas la dirección de la parte contraria para el efecto de que pueda ser citada, acompañándose<sup>a/</sup> la solicitud para acreditar la existencia del instrumento, cuyo testimonio se solicita por segunda vez, una copia en papel simple sellada y firmada por el notario que autorizó la matriz. Si el protocolo se encuentra en la Corte Suprema de Justicia, la solicitud debe dirigirse al Presidente de dicho tribunal, y en este caso, no es necesario acompañar ninguna copia en papel simple, pues bastará revisar el protocolo para comprobar la existencia de la matriz cuyo segundo testimonio se solicita el cual debe extenderse en papel sellado correspondiente cuando cause dicho impuesto.

Por partes en un negocio jurídico instrumentado se entienden

las personas en quienes se producen los efectos jurídicos del acto, y son siempre como mínimo dos personas; la una titular del derecho y la otra obligada al cumplimiento de alguna prestación. Generalmente, los otorgantes o comparecientes, son las mismas partes, pero en ocasiones son representadas por otras personas; por ello por parte contraria debe entenderse, en opinión del doctor López Ibarra, a quien seguimos en este asunto, aquellas -- personas que por el negocio jurídico salen obligadas; y la cita debe entenderse con ellas y no con su mandatario. Solo cuando se trate de personas jurídicas o incapaces, debe citarse a su representante legal, aunque no fueron los que otorgaron la matriz. En cuanto al objeto de la citación, expresa el citado profesional (29), no es otro que el de hacer saber a la parte contraria sobre la expedición de un nuevo testimonio para que se ponga alerta contra cualquier acción indebida que pueda intentar el solicitante, ya que en estas diligencias de jurisdicción voluntaria no puede entrarse a conocer sobre el fondo del asunto, es decir, que aunque la contraparte alegue que la obligación a que la matriz se refiere ya fue satisfecha, y que carece de objeto la expedición de un segundo testimonio, éste siempre debe darse pues tal obligación no es materia de estas diligencias sino de un juicio contencioso; pero para garantizar los derechos de la contraparte, en los casos en que alegue justas causas, la ley ha dispuesto que el testimonio se principie a continuación de las diligencias que ordenan

su expedición y en esa forma la parte contraria al comparecer ante el juez o ante el presidente de la Corte bien podría acompañar a su escrito para que se tome razón y se le devuelva, la carta de pago o el documento que acredite que ya satisfizo la obligación a que la escritura se refiere para que la exoneración conste en el testimonio mismo.

Hemos estudiado las formalidades que han de observarse para extender una segunda copia o testimonio cuando la escritura es de aquella que dan acción para cobrar o pedir una cosa cuantas veces se presente. El incumplimiento de las formalidades dichas, priva normalmente de fuerza probatoria a las copias posteriores emitidas en esas circunstancias anómalas. No otra cosa se deduce del Art. 274 Pr. inc. 1o. Esta regla con todo no es absoluta, pues se contemplan dos excepciones, gracias a las cuales y pese a que los testimonios o copias sean sacados sin citación contraria y decreto judicial, ya del protocolo, del libro de transcripciones o de la escritura original, por el juez o notario ante el que se otorgó la escritura o por el Supremo Tribunal de Justicia, harán fé en los casos siguientes:

1o.) Si la parte contra quien se opone nada redarguya contra ellos, desde que se presentan en juicio hasta la sentencia;

2o.) Si resultaren conformes con la escritura original, o protocolo o libro de transcripciones y cuando en virtud de ellos se dió posesión del derecho pretendido al que los presenta o a su causante, y fuesen además antiguos, teniendo por lo menos 30 años de compulsados.

Para nosotros, sin embargo, la excepción primera es más bien aparente que real, dado que la copia obtenida sin las formalidades legales está equiparada a un documento privado, pues si se redarguye por la parte contraria deja de hacer fé, por cuanto ya no establece de una manera perfecta y completa lo que en ella consta. Hay todavía más; esa copia informal carece, como acertadamente afirma el doctor Tomasino (30), de fuerza ejecutiva y todo juez a quien se pide embargo de bienes a un deudor, basándose en ella debe rechazar la solicitud sin tratar de excusarse que corresponde al deudor alegar tal derecho como excepción, porque tratándose de juicios ejecutivos, la prueba debe ser perfecta al momento mismo en que se -- presenta, y el caso previsto en el inciso que comentamos, debe aplicarse únicamente en el juicio ordinario. Y en este ya vimos, su valor es el de un instrumento privado que solamente adquiere fuerza de escritura pública si agregado a los autos no redarguye su legitimidad o falsedad la parte contra quien se opone, teniéndose entonces por reconocido tácitamente.

En cuanto al otro caso de excepción contemplado en el No. 2, relativo también a que la copia o testimonio informal hace fé cuando llena determinados requisitos entedemos que se refiere a cuando ha sido verificado el cotejo del testimonio agregado, con el protocolo o libro de testimonios en su caso, y no como dice el Artículo con la escritura original, siendo además antiguo teniendo por lo menos treinta años de extendido. Sobre este particular, es necesario tener presente que de acuerdo al Art.

2249 C., el dominio de las cosas comerciales que no habiendo sido adquiridas por la prescripción ordinaria pueden serlo por la extraordinaria, sin requerirse para ello título alguno. En el presente caso, hay que hacer notar que los testimonios de que trata el numeral en estudio han servido para dar posesión del derecho pretendido al que los presenta o a su causante, es decir que han llenado las mismas funciones que la escritura original. (30a.)

COPIAS DE COPIA. Siendo la escritura original y pública o testimonio, como ha quedado explicado, la primera copia que se reproduce de la matriz, las copias que a su vez se extraigan de la referida escritura original (31), reciben la denominación de copias de copia o testimonios, ya que en el derecho español se entendían por estas últimas expresiones, la copia de la primera copia original de la escritura matriz o protocolo. Al testimonio se le denominaba también traslado, trasunto, ejemplar o testimonio por concordia, vocablos anticuados en opinión de los procesalistas modernos.

Entre nosotros, y por virtud de la nueva ley de notariado, los testimonios son las copias que expiden los notarios o el secretario de la Corte Suprema de Justicia, por orden del presidente de dicho tribunal, de las escrituras matrices, aunque sean primeras, segundas terceras o más -- copias. De allí derivan los nombres de primero o segundo testimonio. Sin

embargo, en nuestro Código de Procedimientos Civiles se conserva en parte la antigua terminología española la que naturalmente, no encaja con la organización notarial que tenemos en la actualidad.

En efecto nuestro Código de Procedimientos Civiles, conserva sobre este punto expresiones e instituciones que ya no las tenemos en la ley de notariado vigente. Así la distinción que viene desde el Código de 1857, entre escritura original y traslados, no existe hoy pues todas las copias que el notario extiende del protocolo se llaman testimonios de escritura pública o simplemente testimonio, No obstante, hay que reconocer que la ley de procedimientos por ser de naturaleza adjetiva difiere en -- múltiples aspectos de la ley de notariado, que es de carácter administrativo.

El libro de transcripciones no se lleva actualmente, ocupando su lugar el libro de testimonios, de que hablan los Arts. 46 inc. 3o. y 77 de la expresada ley de notariado. De ahí que cuando el Código de Procedimientos Civiles se refiere al libro de transcripciones, debe entenderse que alude al libro de testimonios, del cual solo pueden obtenerse copias o testimonios, como más adelante explicaremos, en caso de pérdida casual del protocolo, justificando previamente dicha circunstancia con intervención fiscal.

A los testimonios o copias de copia hace referencia el Art. 258 Pr. que dice: "Las escrituras públicas y los testimonios sacados de

ellas, por autoridad de juez competente y con citación contraria hacen plena prueba. C: 1571 y 1577".

Valor probatorio. El mérito probante de estas copias, testimonios o traslados, es pues completo y por tanto suficiente para que en base a ellos se pueda resolver la causa en que militen. Pero no obstante que ese valor probatorio es pleno, la contraparte puede siempre exigir la presentación de la escritura original, caso exista y el cotejo con el testimonio siempre que sea posible a juicio discrecional del juez. Nosotros entendemos que el cotejo debe hacerse siempre con el protocolo o libro de testimonios en su caso.

Como sabemos la fuerza probatoria de un instrumento es el valor que se le atribuye como medio de prueba. Este valor que es pleno y -- perfecto cuando el instrumento se ha extendido cumpliéndose con los requisitos legales pertinentes, puede considerarse, como ya lo expusimos ampliamente, en dos formas:

a) En cuanto al testimonio o copias en sí mismas consideradas, sentido en el cual dan plena fé de su autenticidad; y

b) En cuanto a las declaraciones contenidas en sus respectivos textos. Sobre este punto la fuerza probatoria del testimonio no es la misma en relación con todo su contenido. Hay que distinguir según se trate de los hechos comprobados por el notario o de la verdad intrínseca de las declaraciones formuladas por los otorgantes, a todo lo cual ya nos referimos

prolijamente.

ESCRITURA QUE DESVIRTUA OTRA ANTERIOR. Son las llamadas contraescrituras o contradocumentos reglamentados de manera especial en el Art. 1578 C.

El vocablo contraescritura tiene dos acepciones. En su más amplio sentido significa todo instrumento público o privado, otorgado por las partes para alterar, modificar o invalidar, total o parcialmente lo que ellas mismas han expresado en un instrumento anterior. En un sentido restringido, contraescritura es todo escrito destinado a permanecer secreto entre las partes y que contradice a otro realizado entre ellas de una manera ostensible.

Conocidas ya las dos significaciones del término contraescritura, cabe preguntarse en que sentido ha sido empleada en nuestro Código Civil. Dijimos que es el Art. 1578 C. el que trata de las contraescrituras, y su texto es el siguiente: "Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirá efecto alguno contra tercero.

Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura y del testimonio en cuya virtud ha obrado el tercero.

Si no fuera posible obtener el testimonio, deberá darse aviso al público, en el periódico oficial del gobierno, del contenido de la contraescritura."

Esta disposición es idéntica a la contenida en el Art. 1707 del Código Civil Chileno que trata sobre la materia en cuestión. Y entre los civilistas de ese país las opiniones se encuentran divididas respecto al sentido de la palabra contraescritura. Así, algunos afirman que el vocablo contraescritura debe tomarse en su significación restringida. En consecuencia, si no hay simulación, si una escritura modifica o altera lo que sinceramente se estableció en otra, no cabe hablar de contraescritura, sino que de dos actos independientes, que se destruyen uno al otro en todo o en parte. Y esas escrituras valen entre las partes y con respecto a terceros conforme a la regla general. Luego, no les son aplicables las restricciones del Art. 1707 (1568 C. nuestro), que sólo rige a las contraescrituras en sentido estricto, esto es a las que prueban la simulación.

Otros tratadistas, entre ellos Alessandri Rodríguez, por el contrario piensan que, la expresión contraescritura está tomada en su acepción amplia, pues el Art. citado no ha restringido su alcance y habla de toda escritura privada y contraescritura pública destinada a alterar lo pactado en otras. Consecuentemente quedan incluidas en el concepto de contraescritura toda escritura o instrumento en que las partes modifi-

quen o alteren en todo o en parte, en sus elementos esenciales o accidentales las declaraciones de los contratantes u otorgantes, ya sea con el fin de dejarla simplemente sin efecto, ya sea solo para introducir modificaciones sustanciales o de detalle.

Antonio Vodanovich (32), se inclinó a favor de la tesis que -- sostiene que el concepto contraescritura está tomado en su sentido restringido, y que implica la idea de simulación; pues asegura que así lo prueba la fuente de donde se tomó el Art. 1707 C. Chileno que no es otra, según las anotaciones que hizo Bello al artículo correspondiente del proyecto, que el Art. 1214 del proyecto del Código Civil español de García Goyena, concebido así: "Los documentos privados, hechos por los contrayentes para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efectos contra terceros, tampoco los producen las contraescrituras públicas cuando no se ha anotado al margen de la escritura matriz reformado, y del traslado, en cuya virtud ha obrado el tercero". El autor español citado --agrega Vodanovich-- comentaba así la disposición transcrita: "Los contrayentes pueden modificar o revocar sus obligaciones; pero las contraescrituras y sobre todo cuando se hacen en el tiempo mismo de haberse contraído las obligaciones, encierran la intención culpable de engañar a terceros por un acto aparentemente serio. Esto no basta para prohibir en general y sin distinción las contraescrituras: Las partes pueden ser libres en revocar o modificar sus -- obligaciones como lo son en formarlas. Pero se conserva el derecho natural

de los contrayentes y el de los terceros declarando que las contraescrituras solo producen efecto entre las partes, no contra los terceros. Nuestro artículo no expresa como el francés que producen efecto entre las partes; pero su espíritu es el mismo, por el solo hecho de no negarles efecto o sino contra terceros. Lleva también nuestro artículo -prosigue Goyena- conocidas ventajas en expresión y claridad a los extranjeros, distinguiendo entre documento privado y contraescrituras públicas, negando a los primeros todo efecto contra terceros, y concediéndolos a las segundas con tales precauciones que hacen imposible la superchería en perjuicio de tercero: Este no puede saber nada de los documentos privados, y no puede ignorar de las contraescrituras públicas según las precauciones del artículo. Resumiendo podemos decir, que para que una escritura alcance el rango de contraescritura es requisito esencial según la opinión vista, que tenga por objeto hacer constar la simulación total o parcial de un acto anterior.

De igual parecer es don Joaquín Escriche (33), pues entiende por contraescritura: "El instrumento otorgado para protestar otro anterior y suele ser un papel secreto o reservado, por el que se deroga en todo o en parte lo expresado en una escritura ostensible".

Por nuestra parte estimamos que el término en comento debe de entenderse en su sentido amplio, pues aparte de que la ley no ha restringido su alcance, el cumplimiento de las anotaciones y publicaciones a que

alude el Art. 1568 C., garantiza en mayor medida a terceros, evitándole un posible perjuicio y, además, porque el cumplimiento de tales requisitos -- trae consigo un estado de seguridad jurídica y social a todas luces deseable y conveniente.

Las contraescrituras pueden ser públicas o privadas según lo dice claramente el Art. 1568 C. Pero en cuanto a la escritura que se modifica o altera, también puede ser pública o privada, pese a que la ley solo se ocupa de la escritura pública.

Efectos de las contraescrituras. Las contraescrituras producen todos sus efectos entre las partes de acuerdo a la regla contenida en el Art. 1416 C. que establece que todo contrato legalmente celebrado es obligatorio para los contratantes.

En cuanto al valor probatorio la contraescritura priva sobre la escritura de conformidad a las voces del Art. 268 Pr. que sabiamente dispone: "De dos instrumentos públicos otorgados por las mismas partes, que se contradigan positiva y terminantemente, hará fé el último sin perjuicio de los efectos legales que el primero haya producido respecto a terceros de buena fé." La disposición transcrita es perfectamente lógica, pues tratándose de documentos contradichos entre sí y otorgados por las mismas partes, concede fé al último con las salvedades legales; y no como prescribía el Código de 1857 que en la situación contemplada no hacía prueba ninguno de los

instrumentos.

Con respecto a los terceros hay que hacer el siguiente distinción: Las contraescrituras privadas y públicas de las cuales no se ha tomado razón, y, en su caso, no se ha dado el aviso de que habla la ley, no producen efecto alguno contra ellos. Para que los afecten es necesario:

1o.) Tomarse razón de su contenido al margen de la escritura matriz (o sea del asiento del protocolo) cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura;

2o.) Tomarse razón también del contenido de la contraescritura al margen del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero; es decir, de los testimonios extendidos a las partes y de los cuales se han valido para negociar con terceros con base en lo pactado en la primera escritura; y

3o.) Cuando el testimonio no fuere posible obtenerlo deberá darse aviso al público en el diario oficial, del contenido de la contraescritura.

Si se omite cualquiera de estos requisitos, las contraescrituras públicas no afectan a terceros.

Para concluir diremos, que esta materia es más propia del efecto de las obligaciones que de la prueba de las mismas; técnicamente entonces se ha regulado en nuestro Código Civil en un lugar que no es el adecuado.

FUERZA OBLIGATORIA DE LAS COPIAS CUANDO NO EXISTE MATRIZ. Es por demás - evidente que este punto, de indiscutible importancia práctica, se refiere y proyecta sobre los instrumentos notariales, pues el título determina claramente el contenido del mismo. Diremos en primer término, que la situación que contempla el tema de mérito es de carácter excepcional lo cual implica, por el principio de seguridad, a que todos tenemos derecho, a que el Estado establezca a priori tal situación que, dicho sea de paso, no necesitamos - de calificar de sumamente importante.

De conformidad con los Arts. 258 y 276 Pr. en relación con el último inciso del Art. 10. de la Ley de Notariado, la fuerza obligatoria o probatoria de las copias cuando no existe matriz es de igual poderío o intensidad que el que tiene normalmente la escritura pública, es decir de plena prueba.

Los Arts. 48 y 58 de la citada ley tratan, complementándose, de la expedición de las copias o testimonios cuando no existe la matriz. Y es evidente ya que los procedimientos son de orden público y, por ende, de forzosa aplicación, que para que las copias tengan fuerza vinculatoria, es indispensable que el procedimiento de expedición se realice con apego absoluto a lo estatuido por la ley. De lo contrario, la fuerza probatoria de las copias sería nula porque en esta materia priva el siguiente principio que nosotros formulamos así: el procedimiento de expedición es el que les da vida jurídica y, por lo tanto, valor probatorio pleno a las copias o testimonios sin matriz. Naturalmente esto debe de entenderse, tal como ya

se expresó anteriormente, que la situación excepcional que contemplamos de nacimiento a principios jurídicos, también de derecho excepcional que le dan satisfactoria solución.

Estos testimonios se transcribirán o extenderán del Libro de Testimonios de que habla el Art. 46 de Notariado, o a falta de éstos del Registro Público, de la propiedad raíz e hipotecas, situación a que expresamente se refiere el Art. 276 Pr., o bien de cualquier otro registro público, como lo es el de Comercio.

INSTRUMENTOS INSCRITOS DESAPARECIDOS. El tema que nos ocupa constituye una situación que de no ser resuelta por las leyes satisfactoriamente acarrearía daños y perjuicios de incalculable valor a los interesados, en particular, y a la sociedad en general, ya que si el instrumento inscrito se pierde o desaparece y, además, no se pudiere obtener la reposición del mismo por la autoridad competente, no por eso va a perder el particular los derechos que en el título inscrito desaparecido se le otorgaban. La ley debe proteger al máximo posible la situación realmente difícil que el desaparecimiento del título inscrito acarrea a cualquier persona. Y, en verdad, la protección se ha brindado y aparece contemplada en el penúltimo inciso del Art. 35 del Reglamento del Registro de La Propiedad Raíz e Hipotecas que a la letra dice así: "Pero si no se pudiere hacer la reposición del título en los casos y por las autoridades y cartularios antes

expresados, la certificación literal que a solicitud de parte, expide el registrador de la respectiva acta de inscripción, tendrá el mismo valor y producirá los mismos efectos que el título primitivo inscrito". Francamente vemos que la disposición citada no merece mayores comentarios porque, dada su diáfana claridad que le da el espíritu de protección que la anima/<sup>no/</sup>ofrece mayores dificultades en su entendimiento. Por lo tanto no nos queda más que agregar lo siguiente: que el inciso que resuelve la situación de los instrumentos inscritos desaparecidos se aplica en último extremo, - es decir cuando el inc. 4o. del Artículo citado, no tenga aplicación por la ausencia del supuesto que lo hace funcionar cual es, que la autoridad respectiva, ya sea el juez, el alcalde, el gobernador, el presidente de la Corte Suprema de Justicia o el cartulario, no puedan reponer el título inscrito desaparecido.

En consecuencia, la solicitud del interesado a que se refiere el inc. 5o. del artículo tantas veces citado debe acompañarse del documento en que consta que la autoridad encargada por ley para verificar la reposición no la puede realizar.

Por otra parte, también se contempla en la ley un caso semejante al analizado y que aparece en el apartado de la tradición. Nos referimos al inc. 3o. del Art. 667 C. que establece: "En el caso del inciso anterior, si el instrumento original se perdiere tendrá el mismo valor la certificación de su inscripción en el libro respectivo, expedida por el Al-

calde Municipal con citación de la parte contraria".

La única variante que nos llama la atención en relación con el caso y la disposición citada es la siguiente: El inc. penúltimo del Art. 35 del Reglamento, no habla de citación de la parte contraria, tal como sucede en el Artículo citado del Código Civil. Ello es debido a que la inscripción de documentos en las alcaldías y que, dicho sea de paso ya tiende a desaparecer por anacrónico- equivale, en el fondo a una auténtica de firmas y, se requiere, como es natural, la presencia de los otorgantes para poder inscribir. Ahora bien: Si para inscribir originalmente se exige la presencia de los otorgantes, también cuando se expiden certificaciones, -- puesto que la calificación es más subjetiva que objetiva. En cambio en el registro de la propiedad raíz e hipotecas la calificación es fundamentalmente objetiva, es decir, con base y vista del documento.

Debe criticarse la expresión del legislador de "Citación de la parte contraria"; debiera decir para ser exactos y fieles con lo que se quiere expresar: Con citación del otorgante o directamente interesado.

ESCRITURAS DEFECTUOSAS. De acuerdo a disposiciones legales ya vistas, las escrituras públicas y los testimonios sacados de ellas, hacen plena prueba en el proceso civil, como consecuencia de la facultad de ser creído que -- tiene todo notario, pues éste ostenta el carácter de delegado del estado para interponer de conformidad con la ley y a instancia de las partes, la fé pública de que está revestido, en todos los actos, contratos y declara-

ciones de voluntad que ante sus oficios se otorguen y en las actuaciones en que personalmente interviene, impriniéndoles por ese hecho el sello de verdad y de certeza. Pero para que esta finalidad se logre, es necesario que las actuaciones del notario se ajusten a las prescripciones legales sobre la materia.

Como un análisis sobre los anormalidades de los instrumentos notariales nos colocaría por completo fuera del campo de nuestro trabajo, en vista de ello nos referiremos solamente a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles que sí tengan alguna relación con el presente tema o literal.

En primer lugar encontramos que el Art. 259 Pr. dice: "La escritura defectuosa por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá en los términos que indica el inc. 2o. del Art. 1572 del Código Civil". Con esto claramente se está significando que si el instrumento adoleciere de defectos de forma se considera como privado; es decir, que para que haga fé en juicio será necesario seguir las diligencias previas de reconocimiento.

La alusión que el citado artículo hace a escrituras defectuosas por incompetencia del funcionario se refiere, a los instrumentos públicos otorgados ante juez de Primera Instancia que cartula, siendo incompetente. Y además tiene una razón histórica, pues se refiere a los tiempos en que regían las leyes españolas, época en la cual los notarios tenían -

limitadas sus funciones en el espacio en circunscripciones territoriales determinadas.

El Art. 263 Pr. señala los defectos que quitan la fidelidad a los instrumentos públicos. Así, para el caso una escritura pública rota o cancelada en parte sustancial, o en lo que perteneciere sustancialmente al pleito, o la enmendada en esas mismas partes, si no estuvieran salvadas las enmiendas antes de firmarse por las personas que deban suscribirla, no hace fé de conformidad a la citada disposición. Y tampoco la obligación en ella contenida es ejecutiva, tal es la opinión del doctor Humberto Tomasino (54) y también del doctor Romeo Fortín Magaña (35) cuya brillante argumentación, por su especial incidencia en el aspecto probatorio, nos complacemos en -- transcribir: "No hay que confundir el carácter ejecutivo que la ley da a ciertos documentos con la plena prueba, perfecta de la obligación que la ley requiere para poder resolver toda cuestión, como puede verse en el Art. 422 Pr., en donde dice; "es necesario la prueba plena y perfecta en todo género de causas, para resolver por ella la cuestión. Esa disposición es aplicable, sin excepción a todo género de causas y, por lo consiguiente, a la acción ejecutiva que nos ocupa. Pero, se dirá ¿qué es posible que no haya plena prueba en un documento que la ley tiene por ejecutivo? Claro que es posible, y lo es con más frecuencia de lo que parece. Un ejemplo: No hay ninguna disposición legal que diga que un instrumento roto o cancelado

en parte sustancial, deje de ser ejecutivo; en cambio, hay una disposición en el Art. 263 Pr. que dice que tal documento no hará fé; es decir: que pierde su valor probatorio. Ese caso es típico: considero que no habrá quien niegue que por falta de su valor probatorio, un documento que esté en esas condiciones no puede dar lugar a la acción ejecutiva, aun cuando esté catalogado expresamente como ejecutivo en cualquiera de los casos de los Arts. 587 a 591 Pr. De la misma manera que en ese caso típico, puede suceder en otros muchos casos, que la parte demandada oponga excepciones que desvirtúen el valor probatorio original del documento ejecutivo. Si esas pruebas se presentan, cosa que la ley permite, desde luego que concede un término probatorio para que el demandado presente toda clase de excepciones y -- pruebas, es de rigor que se aprecie la situación final del documento ejecutivo que sirve de base, y, entonces, puede suceder: que siga catalogado entre los que la ley tiene como ejecutivos en los Arts. 587 al 591 Pr.; -- pero que haya perdido su carácter de prueba plena y perfecta de la obligación, circunstancia requerida por el Art. 422 Pr. y se repite así el caso típico mencionado del documento cancelado y roto en parte principal. Si es posible llegar en el juicio ejecutivo a esa situación final, no es razonable jurídicamente, que se insista en seguir adelante la ejecución, sólo -- porque no ha podido sacarse el documento básico de su posición catalogada de ejecutivo. Si ha perdido su fuerza plena y perfecta probatoria, debe cumplirse con lo dispuesto en el Art. 439 Pr. en relación con el citado -- Art. 422 Pr. y, en estas circunstancias, procede la absolución del deman-

dato".

Nos referiremos también en esta oportunidad al Art. 275 Pr. que habla de los testimonios o copias sacados del protocolo, del libro de transcripciones o de la escritura original, por juez o escribano que no otorgó el instrumento y sin citación contraria y decreto judicial, los cuales, no podrán servir cualquiera sea su antigüedad, sino de semiplena prueba, solamente para destacar que dicho artículo contempla una situación que ya no existe, pues los notarios no pueden extender testimonios si no de las escrituras que ante sus oficios se hayan otorgado; de ahí que sí extienden testimonios de escrituras otorgadas ante otros notarios, cometen delito de falsedad, y mal podrían tales instrumentos servir de semiplena prueba, razón por la cual dicho artículo no tiene aplicación en la actualidad, debiendo por tanto considerarse derogado tácitamente. "Antes de haberse decretado el primer código (36) de procedimientos judiciales de 1857, cuando todavía imperaban las leyes españolas si se daba la situación contemplada en el Art. 275 Pr. pues los notarios tenían limitadas sus funciones en el espacio a determinadas circunscripciones territoriales y como se archivaban los protocolos, cada escribano guardaba los suyos en su propio archivo, y cuando el escribano fallecía o era sustituido o pasado a otra jurisdicción, heredaba los libros de su protocolo a su sucesor, y éste podía usarlo para extender testimonios de tales libros, pues se entendía que era una sola y misma notaría. Pero como ya dijimos, reconcentrándose en la

actualidad todos los libros de protocolo en los archivos de la Corte Suprema de Justicia, no puede darse la situación ya relacionada."

### DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS

C O N C E P T O:- Con relación a los Instrumentos Privados se han vertido varios conceptos, todos igualmente autorizados y que no difieren en lo fundamental.

Así tenemos que Hugo Alsina (37) los conceptúa de esta manera: "Son Instrumentos Privados los producidos por las partes sin intervención de funcionarios públicos".

Alessandri y Somarriva (39) nos dicen: "Son Instrumentos Privados los otorgados por particulares sin intervención de funcionario público en su calidad de tal".

El doctor Julio César Oliva se limita transcribir la disposición pertinente del Código de Procedimientos Civiles de nuestro país que expresa "Son Instrumentos Privados los hechos por personas particulares o por funcionarios públicos en actos que no son de su oficio". Arto. 262 Pr.

De tal manera podemos concluir diciendo que el Instrumento Privado es aquél en que se consigna alguna disposición o convenio hecho por personas particulares sin la intervención de notario o funcionario público autenticante, o bien, con la intervención de estos últimos, pero sobre actos que no se refieren al ejercicio de sus funciones. De ahí que los do-

documentos que nos ocupan pueden ser: esto constituye una mera clasificación de los mismos - otorgados por las partes conjuntamente, dando lugar a una relación jurídica contractual, o bien, en forma individual, originando así una declaración unilateral de voluntad.

El documento privado se caracteriza sustancialmente, por no ir protegido por la fe pública que se debe a los Instrumentos Públicos, y que proviene de la participación de un funcionario público en su formación y en el cumplimiento de formalidades especiales. En verdad ningún -sello de garantía lleva en sí y, por lo general, fuera de la firma -cuestión sobre la que volveremos más adelante- está exento de formalidades. Estasse exigen de manera excepcional en algunos casos, como acontece con ciertos documentos privados de carácter mercantil, la letra de cambio por ejemplo, que es un documento privado solemne, pues para ser tenido como -tal debe reunir los requisitos que señala el Art. 393 Com.

Alessandri y Somarriva (40), a guisa ejemplificativa señalan que son Instrumentos Privados los que testimonian actos y contratos no autorizados por funcionarios públicos, los pagarés, las letras de cambio, - los cheques, las facturas mercantiles o civiles, las cartas misivas y de contestación, y también los autorizados por funcionarios públicos fuera de su competencia.

Entre nosotros los documentos privados, según el valor del acto o contrato en ellos consignado, han de ir en el papel sellado corres--

pondiente; de no ser así al presentarse en cualquier oficina pública, deberá pagarse una multa equivalente a veinte veces el valor del papel sellado que debió usarse. Art. 4 de la Ley de Papel Sellado y Tímbres. Esto no es una formalidad sino más bien una exigencia de carácter fiscal, que no trae aparejada la nulidad del instrumento. Es una manera de forzar el cumplimiento del pago de la contribución. Así mismo cuando se trata de la tradición de bienes raíces cuyo valor no exceda de doscientos colones, han de ir -- firmados por dos testigos, pagarse el respectivo impuesto de alcabala e inscribirse en el Registro de la Propiedad correspondiente, después de haberse hecho lo mismo en un Registro Municipal o autenticado la firma.

Algunas legislaciones extranjeras como la argentina, francesa y holandesa, exigen que los actos que contengan disposiciones perfectamente bilaterales deben ser redactados en tantos originales o ejemplares como partes haya con un interés distinto. A esta multiplicidad de ejemplares en que han de consignarse las convenciones sinalagnáticas, se conoce por los franceses como "formalidades del doble" y de acuerdo con esta formalidad el instrumento que constata una convención de la naturaleza expresada, no es válido como prueba sino bajo la condición de haberse redactado en tantos ejemplares cuantas sean las partes que tienen un interés distinto en el acto. Este requisito, obviamente constituye una garantía para la o las partes que se obligan, las que se cuidarán de exigir su respectiva copia del contrato. La ley salvadoreña, como acertadamente afirma el doctor Oliva (41), no toma en cuenta tal formalidad ni como suficiencia de prue-

ba ni para la validez del contrato.

DIFERENTES ELEMENTOS .- Al igual que los instrumentos públicos, los documentos privados constan normalmente de dos partes: La expositiva o -- enunciativa, que no tiene por finalidad obligar a las partes sino que -- simplemente explicar o completar la obligación contraída o el derecho -- constituido; y la dispositiva que es precisamente la parte del documento en que se especifican y contraen obligaciones o se libera de ellas o se interpretan, amplían o modifican actos anteriores o, finalmente, se dispone en forma unilateral. Constituye la razón de ser del instrumento, la médula de la obligación, y está llamada a producir prueba específicamente sobre esta materia.

La parte dispositiva invariablemente debe constar en todo documento privado. Es decir, que cuando las partes producen un documento de esta clase, provenga esta de ambas o de algunas de ellas solamente, siempre se proponen crear, modificar, extinguir o reconocer una relación jurídica, insistiéndose además, por los juristas, en que el instrumento privado se hace con una finalidad eminentemente probatoria, la cual se concreta en la parte del documento privado a que estamos haciendo referencia.

LA FIRMA COMO REQUISITO DE VALIDEZ. Cuestión fundamental en lo que se refiere a los instrumentos privados es la planteada con relación a la firma o falta de ella como requisito de validez de tales instrumentos, debiendo

entenderse por aquella según Mustapich "El nombre escrito por propia mano en caracteres alfabéticos y de una manera particular, al pié del documento a efecto de autenticar su contenido" (41 a).

Sobre el problema planteado doctrinariamente prevalece la tesis de que es indispensable tal requisito; aunque las distintas legislaciones siempre más realistas han tomado en cuenta los documentos firmados como los no firmados.

El doctor Tomasino (42), nos cita al respecto dos sistemas: - "El primero, que reconoce eficacia a cualquier signo considerándolo análogo a la firma; y el segundo, que no reconoce tal equivalencia y exige la firma como requisito necesario y eficiente para la validez del documento privado. Al primer sistema corresponden los Códigos alemán y austríaco; - así, el primero dice: "que los documentos privados firmados por sus autores, o que tuvieren por firma signos legalizados en juicio y ante notario, proporcionan la prueba completa de que las declaraciones que contiene emanan de sus autores"; y el segundo, a su vez, afirma: "que si el autor de un documento privado no pudiese suscribirlo, deberá ponerse la firma de dos testigos, uno de los cuales escribirá el nombre y apellido del autor; luego éste deberá confirmar esta firma con un signo hecho por su mano". El Código francés y el italiano se inspiran en el segundo sistema, y así este último exige la firma y rechaza toda otra forma, como el sello privado y el signo de la cruz, para la validez del documento privado. Pisanelli de-

claró "que admitir un simple signo para los que no saben escribir, repugna a las condiciones sustanciales de la prueba escrita. Un signo, por sí, nada dice, y no presenta indicación alguna que sirva para caracterizar la persona a quien se atribuye; es un mal buscado remedio de la ignorancia, que no produce ninguna intrínseca y apreciable correlación con la persona que la hace, no añade ningún elemento probatorio".

Y aún más con relación a la huella digital respecto de la cual desde el punto de vista científico se puede sostener que confiere o imprime absoluta certeza en cuanto a la identificación del autor del documento, tal como señala los tratadistas, pues la firma puede ser imitada o falsificada, mientras que la huella digital no, es sin embargo importante la suspicaz observación de Mustapich, sobre que la firma prueba la presencia real de la parte y la presunción de su voluntad, entre tanto la impresión digital probaría solamente la individualidad, pero no la voluntad y la presencia de la persona (43).

Sobre la necesidad de la firma como requisito de validez Hugo Alsina (44), expone: "Habitualmente la firma de una persona enuncia su nombre y apellido, pero no es de rigor aunque lo haga de otra manera, si es la costumbre del firmante, pues el objeto de la firma no es otro que el de individualizar al autor. La firma es condición esencial para la validez del instrumento privado y de acuerdo con ello, el Art. 1114 dispone que --

ninguna persona puede ser obligada a reconocer un instrumento que esté solo firmado por iniciales o signo, pero si lo reconoce voluntariamente, las iniciales o signos valen como la misma firma".

Nosotros entendemos que la exigencia de la firma para configurar validamente un instrumento privado, no es sino una obligada consecuencia del progreso de la civilización, que vino a sustituir como se sabe a los sellos y marcas que eran los objetos usados en la antigüedad para revelar el consentimiento de las personas. Consecuentemente, en la hora actual, en que se supone que todas las personas, físicas y psíquicamente aptas, poseen un mínimo de instrucción que al menos las haya redimido y liberado de las garras del analfabetismo, no puede dejar de requerirse la firma para la validez del instrumento privado, sin que ello implique un retroceso a estadios ya superados de un pasado caracterizado por el osurantismo y la ignorancia; aun cuando es doloroso consignarlo en nuestro país mas del 60% del de la población permanece todavía, en pleno siglo XX, cuando la ciencia y la técnica, permite al hombre desentrañar los más recónditos misterios de la naturaleza y trasponer las barreras espaciales de nuestro planeta, la inmensa mayoría de nuestro compatriotas permanecen digo, sumergidos en la incultura más ignominiosa, pues ni siquiera saben dibujar sus nombres. De ahí que la necesidad de la firma para estructurar la probanza instrumental privada, viene no sólo a ser una garantía sino también un medio de coacción indirecta ejercida sobre los que rigen los destinos de nuestro

pueblo, para que se preocupen un poco más por el problema educacional.

Tenemos por otra parte la opinión de Díaz Uribe (45) quien admite que la doctrina chilena, es contraria al documento privado sin firma, cuando dice: "La cuestión no deja de ser importante, tanto más si se tiene presente que en nuestra doctrina es repudiado hasta el documento privado que no es suscrito materialmente por la parte o las partes interesadas". Pese a ello el citado autor se plantea la pregunta: ¿Es instrumento privado aquél en que de cualquier forma falta la firma? y el mismo se contesta y se pronuncia por la afirmativa, tomando en consideración especialmente la legislación chilena.

Sobre el particular, creemos que el hecho de que en una legislación específica se le de un valor determinado a un documento, no debe precisamente prevalecer en el plano intelectual sobre la doctrina vertida por los estudiosos del derecho; podemos reconocer, por una parte, que se le atribuye un valor legal, que esa atribución si se quiere, sea de conveniencia social, pero no podemos concluir que el texto de la ley constituya principios técnicos que por sí mismos prevalezcan o se equiparen a las locuciones de los científicos, y lo anterior tiene trascendencia en nuestra legislación, que copiada de la chilena, también le da cierto valor a determinados instrumentos privados no firmados a los cuales haremos referencia oportuna un poco más adelante.

De lo dicho se observa, como ya lo adelantamos, que buena par-

te de la doctrina se inclina en considerar que la firma es requisito indispensable para la existencia y validez de los instrumentos privados, -- pues ella es el signo que demuestra que se aprueba y se hace propio lo escrito. Sin la firma se dice, el documento no pasa de ser un borrador o un proyecto, pero no constituye instrumento privado. Esta parece ser la tónica dominante en nuestra legislación civil, pues ella se inspira en las anteriores ideas, como lo demuestran: El Art. 1573 que reconoce valor de escritura pública al instrumento privado respecto de los que aparecen o se republi-  
haberlos suscrito; el Art. 1574 que preceptúa que la fecha de los instrumentos privados no se cuenta respecto de terceros, sino entre otros casos, desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, y el Art. 2257 que establece que el que reconoce la firma de un documento privado de obligación reconoce por el mismo hecho que se contrajo la obligación expresada en el documento.

Con todo, y por razones eminentemente prácticas la posición de nuestro legislador civil respecto a la exigencia de la firma como requisito de validez del documento privado no es radical y absoluta. En efecto, según el Art. 1575 los asientos, registros y papeles domésticos, hacen fé en ciertas condiciones contra el que los ha escrito o firmado; el Art. 1576 establece que la nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de una escritura que siempre ha estado en su poder, hace

fé en todo lo favorable al deudor. Pese a lo anterior, reconocen los autores, que disposiciones como las citadas últimamente solo revelan la excepción a la regla general de que los documentos privados para ser considerados como tales necesitan del requisito de la firma; o sea, que la excepción confirma la regla.

La cuestión que nos ocupa relativa a la exigencia de las firmas o en ciertos casos de la letra en los documentos privados, concretamente en lo que respecta a las diligencias de reconocimiento, ha sido objeto de variados criterios que cuando menos han dado lugar en nuestro medio judicial y académico, a tres tesis o posiciones, las que en seguida pasamos a reseñar.

En primer lugar tenemos el criterio prevaleciente en nuestros tribunales de justicia de que sólo para que reconozca su firma o letra se puede citar el deudor, pues el Código Civil en sus Arts. 1573 y 1576, como ya vimos, únicamente reconoce valor de escritura pública al documento que está suscrito, esto es, firmado abajo, y solo otorga fé a la nota escrita o firmada ya sea por el acreedor o el deudor, en un documento que ha estado en su poder.

En segundo lugar tenemos la opinión del doctor Humberto Tomasino (46), para quien constituye documento privado dotado de fuerza ejecutiva, tanto el que carece de firma, así como el que lleva al pie cual-

quier signo distinto de lo que se entiende por firma, toda vez que sea reconocido por el obligado o tenido por reconocido en los casos que determina la ley. -Supongamos -dice- el caso de un documento escrito a máquina y con el nombre de la persona que se quiere obligar, también escrito en la misma forma al pie; o el de otro documento en que, el que se obliga por no poder firmar, se concreta con poner al pie su huella digital, y en ambos casos el acreedor es conforme con dichos documentos por considerar que la persona es digna de crédito. Pero resulta que transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento de la obligación el deudor no cumple voluntariamente, y entonces el acreedor necesita recurrir a la justicia para ser efectivo su crédito.

El referido doctor Tomasino, de grata recordación, asegura que el acreedor en tal evento puede hacer la petición judicial relativa al reconocimiento del documento que garantiza su crédito, y si el deudor comparece y reconoce categóricamente la obligación, o no comparece y el juez, en su caso, declara reconocida de su parte la obligación, el documento así reconocido tiene fuerza ejecutiva.

Para afirmar lo anterior, el doctor Tomasino se basa en la historia de nuestra legislación, en disposiciones legales vigentes, y en la forma en que está redactado el Art. 266 Pr. Y así explica que en el Código de 1857, privaba el criterio de que la firma, o por lo menos la letra del obligado, eran elementos indispensables para conceder al documento -

privado fuerza obligatoria. Pero a raíz de reformas introducidas al Código de Procedimientos en el año de 1900 se cambió el contenido y alcance de la disposición, cuya redacción definitiva y vigente es la siguiente: Art. 266, "Aquel a quien se opone un instrumento privado está obligado a confesar o negar formal y categóricamente su letra o firma, o que de su orden se ha puesto, o si reconoce o no la obligación contenida en el instrumento presentado, sin permitir el juez bajo su responsabilidad personal, ninguna contestación dudosa o evasiva. Los herederos pueden declarar que no reconocen la letra o firma de su autor. El solo reconocimiento de la letra produce los efectos consignados en los arts. 1575 y 1576 C. y los demás que expresamente reconoce la ley.

Para armonizar este artículo con el actual 265 Pr., que es el que determina los casos en que se tiene por reconocido judicialmente el documento privado, se introdujo al número cuatro de la disposición últimamente citada, el 13 de marzo de 1902, la siguiente reforma: Art. 265 No. 4. "Cuando compareciendo la parte ante el juez, rehusa reconocer o negar categóricamente su firma, o que de su orden se ha puesto, o la obligación a que el documento se refiere".

La reforma mencionada consistió en cambiar la palabra "confesar" por "reconocer", y agregar al final la frase "a la obligación a que el documento se refiere".

La comisión encargada de dicha reforma razonó así: "Parece más propia la expresión "Reconocer" que la de "Confesar", por contraposición a negar, pues aunque el declarante rehuse responder, se presume que hay un reconocimiento tácito; y se agregan las palabras O LA OBLIGACION A CUE EL DOCUMENTO SE REFIERE, porque aun en el caso de que una persona dude si la letra o firma es suya o se ha puesto de su orden, bien puede declarar categóricamente acerca del contenido del documento, y el no hacerlo debe -- tambien producir el efecto de que el documento se tenga por reconocido, des de luego que hay obligación de declarar sobre el particular según el Art. 258 Pr. (hoy 266 Pr.).

Se ve pues, argumenta el doctor Tomasino, que con esta reforma, el legislador salvadoreño quiere reafirmar, una vez más, que sí se puede reconocer un documento, aunque no esté firmado ni contenga letra de obligado. Pues si puede declarar sobre la existencia de la obligación cuando no tiene certeza que la firma o letra son suyas, nada le impide declarar reconociendo una obligación de una manera categórica, aunque el documento que la contenga no está firmado por persona alguna o simplemente esté signado, como por ejemplo, con la huella digital. Agrega, que contribuye a confirmar tal opinión el hecho que tanto el Art. 265 como el 266 Pr., al hablar del reconocimiento del documento, hablan por separado de los casos en que apare-

ce firma o letra y del reconocimiento del documento o de la obligación contenida en él. Fortaleciendo aún más tal criterio, el hecho de que el reconocimiento de un documento privado es, conforme el Art. 366 Pr., una confesión, y no habiendo disposición legal que prohíba se solicite el reconocimiento de un documento no firmado, o simplemente signado, es evidente que puede hacerse, y si el obligado reconoce la obligación, expresa, o tácitamente, el documento así reconocido es ejecutivo, toda vez que reúna los demás requisitos que la ley exige a los documentos, para gozar de esa calidad; aclarando que ya desde el código de 1857 se consideraba como confesión el reconocimiento del documento privado pues en dicho código se declaraba que los instrumentos que traían aparejada ejecución pertenecían a tres clases, siendo la segunda la confesión, contándose entre ella el reconocimiento del documento privado.

Finalmente, tenemos el punto de vista del doctor Mauricio Guzmán, con relación al requisito de la firma como elemento formal de existencia y validez de los documentos privados, sustentado en un voto explicativo de la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil, el 3 de diciembre de 1953 y publicada en la Revista Judicial, página 535 correspondiente al mismo año.

El citado jurista argumenta en los términos siguientes, que sólo transcribiremos en lo tocante a la cuestión que nos ocupa: "Es in cuestionable -afirma- que, de acuerdo con nuestra ley procesal el instrumento privado constituye una categoría especial de prueba literal. El do-

cumento representa el género y el instrumento, la especie. Consecuente con este criterio, no es posible aplicar a cualquier documento, a toda prueba privada escrita, las regulaciones a que privativamente están sujetos los instrumentos privados, pues con ello se incluye y se confunde entre esta última clase de prueba, a la confesión extrajudicial escrita, que si bien tiene la forma de documento, de ninguna manera se le puede dar el tratamiento de instrumento privado, porque tal proceder atenta contra la independencia de dicha confesión que tiene señalado en la Ley sus propios caracteres. Los resultados de este criterio de analogía luego se hacen ostensibles. Basta concretarnos de momento al caso en estudio. En efecto, en la sentencia que motiva este voto, se manda tener como instrumentos privados a documentos que no estén firmados, pues las solas expresiones "Romeo" y "Papaíto" que los calzan, no pueden ser calificados como firmas, en el sentido natural y obvio del vocablo firma, según el uso natural del mismo. Firma, explica el Diccionario de la Real Academia, es el "nombre y apellido o título, de una persona, que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena, para darle autenticidad, o para obligarse a lo que en él se dice". A este concepto sólo hay que agregarle -opina el doctor Guzmán- que según el uso general se acostumbra abreviar el nombre o nombres de pila o apellido o apellidos, y enlazarlos con rúbrica o sin ella, de tal modo que lleguen a constituir un signo característico, siendo entendido que quien firma de un modo particular, así lo suele hacer siempre, en todos los actos de su vida en que desea autorizar

un escrito. La firma pues, ha de constar del nombre -sea este el de pila o sobrenombre literario o artístico- y el apellido, completos o abreviados, rubricados o no, pero formando el signo con que corrientemente se da autenticidad a los escritos. Lo importante es hacer notar que la firma es el signo característico con que una persona acostumbra dar autenticidad o aprobación a los escritos que suscribe, sean estos de obligación o de cualquier otra naturaleza.

Más adelante, y después de transcribir sobre este particular un pasaje del insuperable profesor uruguayo Don Rafael Gallinal, el doctor Guzmán agrega: "Siendo así las cosas, no puede ser procedente el incidente de "Verificación de Instrumentos Privados", respecto de los aludidos documentos (cartas y tarjetas postales), pues este incidente expresamente se permite sólo cuando la persona contra quien se opone un instrumento privado, niega su firma o declara que no reconoce la atribuida a un tercero, o que de su orden se puso. No habiendo firma pues no puede haber verificación del instrumento, y es natural que así lo sea, pues sin firma no se configura la prueba instrumental conforme la técnica de nuestra ley procesal, que considera la firma como una formalidad característica del instrumento, sea público o privado, habiéndose visto obligado para generalizar, a considerar como firma propia de los otorgantes, la que se puso a su ruego. A estas alturas el citado jurista hace esta observación: "Por prescripción del Art. 1573 C., el instrumento privado tiene el

nismo valor del instrumento público, respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y suscribir es firmar". "La firma o suscripción como la ley la llana, tiene por fin aprobar y hacer propio de quien firma o suscriba, lo contenido en el cuerpo del documento. Tal aprobación es lo que le da vida y eficacia a las escrituras privadas" (Tratado de las Pruebas, de Francisco Ricci)". Hasta aquí la opinión del doctor Guzmán que interesa a nuestro estudio.

Por nuestra parte modestamente opinamos, que para la perfección del instrumento privado se necesita que esté firmado por su autor o a su ruego, aún cuando no esté escrito todo él de su puño y letra, salvo en los casos de excepción a que ya hicimos referencia, y los cuales se explican por el hecho de ser actos unilaterales, esto es, manifestaciones de voluntad que proceden de una sola de las partes; siendo esta particularidad, - además, una de las razones en virtud de la cual no prueban en contra de la otra parte la existencia de un derecho, salvo insistimos, en los casos de excepción a que se refieren los Arts. 1575 y 1576 C., que en su oportunidad estudiaremos con mayor detenimiento y que hemos denominado en este trabajo Instrumentos Privados no firmados.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento de la obligación contenida en un documento informal, esto es, ni escrito ni firmado, o simplemente signado, no tenemos objeción alguna al respecto, toda vez que la par-

te a quien se opone comparezca ante el juez y en forma expresa acepte como suyo el documento o su contenido, por cuanto estamos en este caso en presencia de un medio probatorio que hace plena fe, cual es la confesión judicial; y lo mismo cabría decir si la parte no comparece, o, haciéndolo, es evasiva y no categórica en sus contestaciones, pues en ambas situaciones nos encontramos siempre frente al mismo medio de prueba: la confesión judicial, que además de expresa puede ser también ficta.

Lo que sí no sería posible tratándose del documento informal que nos ocupa, en el supuesto de que la parte a quien se opone, comparezca y niegue categóricamente la obligación en él contenido, es el proceder se a su "verificación", dado que ésto solamente se permite cuando aquella persona contra quien se opone un instrumento privado, "Niega su firma o declara que no reconoce la atribuida a un tercero o que de su orden se puso", y también, según nuestro criterio, cuando la parte niega la letra con que ha sido formado el cuerpo del documento, particularmente si se trata de los instrumentos privados que hemos denominado no firmados. La razón de esto radica, como luego veremos, en que la prueba de la verificación se hace principalmente por el cotejo o comprobación de letras.

LA LLAMADA FIRMA EN BLANCO.- El documento en blanco es el que está suscrito por su autor, pero cuyo texto es incompleto o falta del todo. Mientras está en blanco, en opinión de Carnelutti, el documento no es tal, esto es no es una prueba, cuando menos respecto al hecho que se ha dejado en blan-

co.

Respecto a esta cuestión Díaz Uribe (47) expresa: "En cuanto a los documentos firmados en blanco para que posteriormente se llenen con el acto o contrato que se piensa realizar, no hay disposición legal que prohíba tal forma de contratación o manifestación de voluntad, y se deja a los otorgantes facultad para que así lo hagan, según sea la confianza que prodiguen a la persona encargada de completar el documento. Pero si esta abusa del encargo, puede cometer el delito de estafa, que contempla y sanciona el No. 3 del Art. 470 del Código Penal Chileno".

Lo dicho por el tratadista últimamente citado, en opinión nuestra, es plenamente aplicable a la legislación salvadoreña, en vista de que aquí no existe tampoco ningún precepto legal que prohíba tal forma de contratación; y si como esto fuera poco, tenemos en común con la legislación penal chilena una disposición legal que sanciona el abuso de firma en blanco. En efecto, de conformidad al Art. 490 Pn. incurren en las penas del artículo anterior.....No. 6 "Los que cometieren alguna defraudación abusando de la firma en blanco de otro y extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo/<sup>o/</sup>de un tercero". Esta disposición viene a respaldar la idea expuesta, en cuanto a la validez de los documentos suscritos previamente en blanco.

En el supuesto que se cometa el delito de defraudación por abuso de firma en blanco, que es una de las modalidades delictivas de la fal-

edad documental, el perjudicado dispone, a nuestro modo de ver, de dos acciones la civil, para demandar la nulidad del acto o contrato por falta de su consentimiento, con indemnización de daños y perjuicios; y la penal, por el delito de estafa, si concurren los elementos que lo configuran y tipifican.

EFICACIA PROBATORIA DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS.- El documento privado, por sí solo no da prueba; esto es, no hace fe ni de sí mismo ni de su contenido. Ello es debido a que en su expedición u otorgamiento ha faltado la intervención de un fedatario público que, previo el cumplimiento de determinadas ritualidades, certifique que la persona que aparece como signatario lo ha suscrito realmente. Esta clase de instrumentos carecen pues de autor conocido, toda vez que no prueban su origen y procedencia.

Pero esta eficacia probatoria de que originalmente están desprovistos no es un defecto insubsanable, ya que pueden llegar a tenerla, asirilándole su mérito al de las escrituras públicas, siempre que reúnan los requisitos indicados en los Arts. 1573 C. y 264 Pr. En consecuencia, el instrumento privado que hace fe es el reconocido judicialmente por la parte contra quien se opone o por su procurador o por su representante legal o por sus herederos, aunque sea sin juramento, casos en los cuales tiene el valor de escritura pública, o sea de prueba plena y perfecta, respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a

quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos.

La ley equipara los efectos probatorios de estos instrumentos privados, al mérito que tienen las escrituras o instrumentos públicos, ya que para el caso ambas expresiones dan lo mismo, por lo que nos remitimos a lo dicho sobre el valor probatorio de estos últimos documentos, con las siguientes limitaciones: El instrumento privado reconocido tiene el valor de público solamente para las partes y, además, en ellos no cuentan las - declaraciones del funcionario, pues no interviene, sino únicamente las verdaderas por las partes.

De conformidad al Art. 2257 C. puede reconocerse la firma y la obligación que consten en un documento privado, pero aunque sólo se reconozcan aquélla o ésta, la consecuencia jurídica son las mismas, en virtud de que el que se limita a reconocer las firmas de un instrumento privado, reconoce por el mismo hecho que contrajo la obligación a que el documento se refiere.

El instrumento privado reconocido al igual que el instrumento público, hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato. Art. 1577 C. Luego, en esta categoría de instrumentos se hace necesario destacar, que por su especial naturaleza contienen una sola clase de declaraciones: Las que provienen de las partes, que pueden ser, enunciativas, - dispositivas o enunciativas ligadas íntimamente con las dispositivas, como la da a entender la disposición citada. En cambio, no contienen de-

claraciones o menciones de funcionario alguno, simple y llanamente por - que no tienen intervención en ellos.

Se discute el mérito probatorio de los documentos privados respecto a terceros a raíz de que el Art. 1573 C. se refiere solamente al valor probatorio entre las partes que los han suscrito; en consecuencia, frente a terceros no tendrían mérito alguno. Al respecto Antonio -- V odanovich, sostiene que establecida la autenticidad del instrumento privado su valor probatorio es el mismo entre las partes que con respecto a - terceros y a esta conclusión llega por simple aplicación del principio del Onus Probandi que dice que lo normal se presume y lo anormal debe probarse, y lo normal es que las declaraciones hayan sido formuladas por las partes y que sean sinceras. Todo esto sin perjuicio de que las partes puedan aducir la prueba contraria (48).

Don Luis Claro Solar (49) es de la misma opinión, argumentando que el código civil chileno no se ocupó en el Art. 1702 (1573 C. nues-- tro) de la fuerza probatoria de los instrumentos privados respecto de terceros, pero que de tal silencio nada se puede deducir, sobre el punto en cuestión. Luego continúa su razonamiento así: "El Art. 1702 C./<sup>(1573/</sup> nuestro) se limita a expresar que el instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo sus-

crito y de las personas a quienes se han traspasado las obligaciones y derechos de éstos, sin hacer referencia alguna a los terceros; y el Art. 1703 (1574), al contrario, se refiere únicamente a los terceros al expresar que la fecha de un instrumento privado no se cuenta sino desde los días que respectivamente indica. Dedúcese por lo tanto, de estas disposiciones que el documento privado cuya autoridad está establecida, produce plena prueba lo mismo que la escritura pública tanto respecto de los firmantes y sus herederos o causahabientes, como respecto de terceros, sin más diferencia que para los firmantes y sucesores hace plena prueba de su contenido y de su fecha, y para los terceros hace solamente prueba de su contenido pero no de la fecha. Si la ley se ocupa de la fecha del instrumento privado sólo con relación a los terceros para establecer el principio que respecto de éstos no tiene fecha cierta y que para fijar la fecha del instrumento privado respecto de éstos, es necesario relacionarlo con un acontecimiento que haga imposible la antedata de dicho instrumento o que acredite la existencia anterior del mismo, es porque por una parte el instrumento tiene fecha cierta respecto de los firmantes o sucesores de ellos, y por otra parte, fuera de la fecha, hace también fé respecto de terceros de haberse celebrado la convención que contiene en los términos indicados en el instrumento".

Para nosotros teniendo muy en cuenta la letra de la ley, encontramos mejor fundada la tesis contraria a la antes expuesta, o sea, -

la que sostiene que el instrumento privado reconocido sólo tiene valor entre las partes, careciendo, en consecuencia de mérito alguno frente a terceros. Las razones aducidas en apoyo de este criterio sustentado por Díez Uribe, entre otros, las compartimos plenamente; y ellas principalmente son (50):

a) Recordar en primer lugar, el texto de la ley, que expresa en el Art. 1573 C. que los documentos privados tendrán el valor de escritura pública sólo respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito;

b) Por otra parte el Art. 1573 citado es una disposición de naturaleza excepcional, desde que asimila para fines precisos dos clases de instrumento que siempre se han opuesto. La interpretación que de él hagamos debe ser por tanto restringida, limitada únicamente al texto escrito de la ley; y desde este punto de vista no es lógico concluir la aseveración sostenida por los autores anteriormente citados;

c) Mucho cuidado se hace también en torno al Art. 1574 C. en la forma transcrita; pero se olvidó lamentablemente que la expresión "terceros" que emplea esta disposición no comprende a cualquier persona, sino que a ciertos individuos que por razones especiales pueden verse afectados por el acto o contrato que consta en el documento privado y que, incluso llegan a revestir a veces la calidad de partes, en el sentido técni-

del instrumento privado no se encuentra en las mismas condiciones. De ahí que pueda con la mayor facilidad adulterarse, ya sea adelantándola o atrazándola con respecto al día en que el instrumento efectivamente se otorgó. Y es justamente con la finalidad de evitar esta posibilidad de fraude, tan fácil de consumir como difícil de comprobar, que el legislador tomó precauciones en lo tocante a la materia en estudio.

Para determinar la fecha de un instrumento privado, hay que distinguir entre las partes y los terceros.

La fecha entre las partes. Con respecto a las partes, el instrumento privado tiene la fecha que en él se indica, pero sólo cuando ha sido reconocido o se ha mandado tener por reconocido. Ahora bien, como la fecha no es un elemento indispensable a la validez o eficacia entre las partes del instrumento privado, en el supuesto que éste carezca de ella podrá determinarse por cualquier medio probatorio. A esta conclusión se arriba en vista de que no existe disposición que prohíba tal cosa o que establezca un procedimiento especial al respecto. Consecuentemente, son las normas generales de la prueba las que rigen esta materia. Igual solución consagra la doctrina cuando alguna de las partes trata de impugnar la fecha; o sea, que para este efecto puede recurrir la parte interesada a cualquiera de los medios probatorios, desde que lo que se pretende acreditar es un fraude.

co de estas palabras.

LA FECHA DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS. Cuestión importante respecto a la clase de instrumentos que estudiamos es la relativa a determinar desde -- cuando se cuenta en ellos la fecha respecto de las partes y con relación a terceros.

LA FECHA DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS. Cuestión importante respecto a la clase de instrumentos que estudiamos es la relativa a determinar desde - cuando se cuenta en ellos la fecha respecto de las partes y con relación a terceros.

Recordemos que los documentos estrictamente privados, no sólo carecen de autor conocido sino también de fecha cierta. Además, la fecha no es en modo alguno un elemento indispensable a su validez. Que la lleven o no, es cuestión irrelevante desde el punto de vista jurídico, toda vez que su fecha cierta no se establece sino por alguno de los medios que el legislador preceptúa, y los cuales difieren según se trate de las partes que directamente han intervenido en el acto, o si tan sólo se trata de terceros.

Bien distinta es la situación en lo referente a los instrumentos públicos, pues en éstos la fecha que en ello se indica es la misma para todos, por tratarse de un hecho que constata directamente el notario o funcionario autorizante, quienes gozan de la fé pública. Pero la fecha

La fecha entre terceros. La fecha de un documento privado en principio no se cuenta respecto de terceros, es decir que la celebración del acto o contrato que consta en un documento de la naturaleza dicha no perjudica a terceros, sino a partir de la ocurrencia de alguna de las situaciones previstas por el legislador. Y esto es así en razón de que a los terceros no les puede constar la autenticidad de la fecha aunque las partes la reconozcan, porque bien pueden éstas confabularse con miras a defraudar a un tercero. A esto obedece que la ley procurando garantizar de la mejor manera posible los intereses de las personas extrañas al otorgamiento del instrumento privado, adopta como fecha cierta respecto de tercero aquella desde la cual ya no es posible su adulteración o alteración, o sea, cuando se ha producido una situación en que el cambio de fecha se vuelve muy difícil de efectuar.

En consecuencia la fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de terceros, sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado o desde el día en que ha sido copiado en un registro público (D. L. de 19 de febrero de 1881), o en que conste haberse presentado -- en juicio, o en que se hayan tomado razón de él o lo haya inventariado un funcionario competente en el carácter de tal. Art. 1574 C.

Ahora cabe preguntarse ¿A quien se comprende en el Art. 1574 C. bajo la denominación de tercero? Resulta evidente que no lo es a las

partes; y menos aún puede referirse a los terceros ajenos en todo el documento, desde que, conforme el Art. 1573 C. no lo son oponibles.

Respecto a la interrogante planteada Alessandri y Sonarriva - (51), expresan: "El sentido de la palabra tercero debe determinarse en estos casos considerando el fin de la disposición del Art. 1703 (1574 C. nuestro), que es hacer ineficaz el fraude preparado por medio de fechas anticipadas en daño de los que, siendo causahabientes a título singular, no intervienen en la convención ni por sí, ni por representantes". En ese entendido son terceros por ejemplo, los legatarios y los acreedores de alguna de las partes que han adquirido derechos sobre los bienes de una de -- ellas, antes de la fecha del documento y cuando sus derechos gozan de una preferencia especial.

AUTENTICACION Y RECONOCIMIENTO. Nuestra legislación, siguiendo la co -- rriente general y dominante sobre la materia, considera que el instru - mento privado por su propia naturaleza merece como ya se dijo- de auten - ticidad y de fecha cierta. Por esas razones para obtener de ellos mérito pro - batorio, a lo que es igual, para que su contenido pueda valer como prueba en el proceso civil, es necesario proceder a su autenticación que consis - te en la demostración de que el instrumento emana de la persona a quien se le atribuye, lo que se obtiene mediante el reconocimiento del instru - mento por su autor, o en el caso de que su firma o letra sea negada, me - diante la verificación o comprobación judicial. Puede además autenticar-

se entre nosotros un documento privado, voluntaria y extrajudicialmente, quedando en consecuencia reconocida su firma u obligación, ya sea legalizando la firma que lo calza ante notario de conformidad al Art. 52 de la ley de notariado, o bien, si el documento se inscribe en el registro respectivo de la Alcaldía Municipal del lugar en donde se otorga o en el de aquella en que convengan las partes, de acuerdo al decreto legislativo del 19 de febrero de 1881, sancionado el 7 de marzo del mismo año. En todos estos casos el instrumento privado adquiere o se eleva a la categoría de instrumento público, con la natural consecuencia de hacer prueba plena y perfecta.

RECONOCIMIENTO JUDICIAL. "En términos generales (52) el reconocimiento de un instrumento privado, consiste en la declaración expresa o tácita de la parte a quien se le imputa en cuanto a que efectivamente lo ha otorgado y que son ciertas e íntegras las menciones que contiene" Pero <sup>si/</sup> su legitimidad es desconocida por la parte contra quien se opone, procede entonces verificar o comprobar su procedencia. Despréndese de lo dicho que el reconocimiento judicial puede ser: voluntario o forzoso, expreso o tácito.

Reconocimiento voluntario. Este puede ser expreso y tiene lugar cuando el obligado comparece ante el juez que lo cita y manifiesta de manera categórica que reconoce como suyo el documento; o que la firma que aparece en él es suya o ha sido puesta de su orden. O bien, la legitimidad o autenticidad del documento es admitida por la parte a quien se opone al contestar la demanda si fuese presentada por el autor; o si al ser presen-

tada por la parte demandada con su contestación, es aceptada su autenticidad mediante una declaración en tal sentido por la parte actora. Pero no es necesario que el reconocimiento voluntario sea expreso, pues debe tenerse por admitido tácitamente todo documento, que presentado en juicio y agregado a los autos no fuese desconocida su legitimidad antes de la sentencia, por la parte contra quien se hace valer.

Finalmente, el reconocimiento judicial voluntario puede tener lugar en cualquier estado del juicio, si al tener noticia de su presentación formula el otorgante una declaración en ese sentido.

Como el Art. 264 Pr. en el inciso lo establece que: "El instrumento privado escrito en el papel correspondiente, reconocido judicialmente, aunque sea sin juramento por la parte contra quien se opone, por su procurador especial o por su representante legal, o que la ley da por reconocido, tiene valor de escritura pública en los casos y términos expresados en el Código Civil. C. 1573"; y este último a su vez prescribe: "El instrumento privado, reconocido judicialmente por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlos suscrito, y de las personas a -- quien se transfieren las obligaciones y derechos de estos".

Tales disposiciones, nos indican que el documento que ha sido reconocido o que la ley da por reconocido, tiene desde ese momento, para los otorgantes y sucesores, fecha cierta y hace plena fe, en cuanto al hecho de haberse otorgado y a la verdad de las declaraciones que aparecen en él, por quien o quienes lo han suscrito como obligado o rogado a un tercero que los firmara por ellos, toda vez que ha sido elevado a la categoría de instrumento público, pero sin olvidar las limitaciones o restricciones que expusimos en lugar oportuno.

Dichas disposiciones nos llevan a otra conclusión, y es ésta: De no mediar reconocimiento judicial voluntario expreso, los documentos privados pueden ser tenidos por reconocidos en los casos siguientes:

1) Cuando la parte a quien se opone, no comparece después de requerida dos veces al efecto y sin tener causa justa que a juicio prudencial del juez la excuse por entonces de la comparecencia.

En opinión del doctor Oliva (53), la persona que habrá de reconocer una firma ha de ser citada en forma, esto es personalmente, con sujeción estricta a lo ordenado en el Art. 208 Pr.; y en el supuesto de que no se encuentre la persona buscada en la casa que habita o en la que está como huésped, después de búsqueda tres veces con intervalos de tres días cada vez, se hará la citación por medio de esquila que se entregará a -- cualquiera persona de las que menciona el Art. 210 Pr., o se fijará en la puerta; en este caso y para la segunda citación se ha dudado --agrega-- si

ésta deberá hacerse al no hallarse la persona buscada; o por esquila o en la forma que dispone el Art. 208 inc. 3o. Pr.; pronunciándose porque esta segunda citación en el caso referido, se haga por esquila de conformidad al 210 Pr., todo en bien de una pronta administración de justicia y en vista, además, de tratarse de simples diligencias de jurisdicción voluntaria.

Por nuestra parte creemos, siguiendo las sabias enseñanzas del doctor Francisco Arrieta Gallegos, que el "requerimiento" a que se refiere el numeral que comentamos, debe ser hecho personalmente a quien haya firmado el documento privado que se trata de reconocer; con la salvedad que como éste requerimiento no equivale a un "emplazamiento", sino a una simple citación judicial, si el notificador no encontrare a la persona interesada cuando va a hacerle saber el requerimiento, ya sea en su casa de habitación propia o alquilada o donde esté como huésped, no es necesario que la busque por tres veces consecutivas con intervalos de tres días cada una, como en los casos de emplazamiento a que se refiere el Art. 208 inc. 3o. Pr., sino que se limitará a buscarla una sola vez, y si no la encontrare, el requerimiento lo hará por medio de esquila en la forma prevenida en el Art. 210 Pr. Ahora bien si esto es así tratándose del primer requerimiento, con mucha más razón habrá de procederse en la forma indicada para efectuar el segundo.

Después que el juez declare reconocido en contumacia el documento por no haber comparecido el que se dice lo suscribió a manifestar si

lo reconoce o no, a pesar de haber mediado los dos requerimiento de ley, la resolución del juez deberá serle notificada tanto a la parte que pidió el reconocimiento como a la contumaz o rebelde, y si esta no hubiere señalado casa en el lugar del juicio en que deba buscársele para recibir notificaciones, la referida resolución debe hacersele saber por medio de edicto que se fijará en el tablero del tribunal, como lo ordena el Art. 220 Pr.; y hasta que hayan transcurrido tres días de efectuada la notificación en la forma indicada sin que la parte a quien se opuso el instrumento haga uso de algún recurso, podrán devolverse las diligencias de reconocimiento de firmas al interesado que lo solicite en la forma que prescribe el Art. 1282 Pr., por tratarse de informaciones ad-perpetuan, o sea, las que se entregan originales al interesado. La exigencia procesal de esta notificación al que se supone firmó el documento se apoya en estas -- dos razones:

a) Que dicha persona puede alegar una causa justa que a juicio prudencial del juez la excusen por entonces de la comparecencia, como lo dice el inc. lo. del Art. 265 Pr. en estudio, con lo cual el documento -- privado no se tendrían aún por reconocido. El criterio que domina en esta rteria, inspirado en el más diáfano y puro espíritu de justicia, es el mismo que encontramos plasmado en el Art. 229 Pr. que dice: "Al impedido por justa causa no le corre término, ni se le considera rebelde para tener por contestada la demanda ni por desierta la acción".

b) Que también puede dicha persona alzarse de la resolución en que se tuvo por reconocido el documento en contumacia, ante la Cámara de Segunda Instancia respectiva, conforme lo permite el inc. 3o. del Art. 984 Pr., y en tal evento tampoco se tendría por reconocido el documento.

El reconocimiento de los documentos privados en la forma expuesta equivale, en opinión del doctor Arrieta Gallegos, vertida desde la cátedra, a posiciones que una parte pide a otra como acto previo al juicio, tal cual lo expresa el Art. 376 Pr., como caso de excepción a la regla que en el mismo artículo se contienen. En efecto, en las posiciones tiene el reconocimiento de un documento privado el valor de una confesión judicial escrita de conformidad al Art. 274 Pr.; por cuanto, si se analiza detenidamente lo que son las posiciones no puede menos que llegarse a la conclusión de que la petición de reconocimiento judicial de un documento privado reúne las características que constituyen o configuran las posiciones. Y así tenemos:

1o.) Se trata de una petición hecha por medio de un interrogatorio escrito y no de palabras;

2o.) Es una petición que una de las partes hace a la otra para que declare bajo juramento sobre hechos personales suyos, o sea los relativos al documento que se supone firmado por ella;

3o.) Es una petición hecha ante un juez competente.

Finalmente, y continuando el parangón entre el reconocimiento de los documentos privados y las posiciones que una parte pide a otra como acto previo al juicio, el doctor Arrieta Gallegos hace la siguiente observación: "Dice la ley que si la parte a quien se opone el documento no concurre a los requerimientos, ante su contumacia o rebeldía se le sanciona con el reconocimiento al igual que en las posiciones que si el que debe absolverlas no concurre a las dos citas que se le hacen, se le declara -- confeso, de conformidad al Art. 385 No. 1 Pr."

2) Cuando negando la parte ser suyo o reconocerlo, se declara a virtud de plena prueba válido por la verificación en juicio contradictorio:

Se trata -aclara el doctor Oliva (54)- en este caso de un deudor que en diligencias previas de reconocimiento de firma, negó la -suya en un documento de obligación y es demandado a continuación en juicio declarativo, pues no se puede verificar firmas en diligencias previas sino en juicio contradictorio.

Por lo demás, en este numeral nos encontramos frente a la situación particular creada por la persona que siendo citada para que reconozca un documento privado, efectivamente comparece al tribunal, pero niega terminantemente su firma, o declara no conocer la que se atribuye a un tercero o que de su orden se puso. Deberá entonces, procederse a la verificación del documento, o comprobación como se designa en otras legislaciones,

ya que por elementales razones no puede dejarse librada al capricho o voluntad del otorgante la eficacia probatoria del instrumento privado, y de ahí que se admita la demostración de la legitimidad de la firma, con lo que quedará acreditada la autenticidad del documento mismo. Sobre el particular advierte Alsina (55) que sólo procederá la comprobación en caso de negativa expresa del citado, porque si éste no compareciese o si habiendo -- comparecido se negare a contestar categóricamente si la firma es o no suya, ésta se tendrá por reconocida. Lo mismo ocurrirá cuando un documento que corre agregado a los autos no lo redarguye de ilegítimo la parte contra quien se opone.

Verificar, según una de las acepciones del Diccionario de la Real Academia, significa comprobación o examen de la verdad de una cosa; y para el caso en estudio verificación vale tanto como hacer cierto un documento, a diferencia de la falsedad que consiste en hacerlo incierto. La prueba de la verificación recae sobre el que presenta el documento, - mientras que la prueba de la falsedad gravita sobre aquél contra quien se opone.

De conformidad a los Arts. 284 y 285 Pr., la verificación puede pedirse con la demanda o contestación, o bien en el curso del juicio; en los dos primeros supuestos las probanzas se aducen dentro del término concedido para lo principal, y en el caso último se completa el plazo de ocho días, si ya hubiera transcurrido parte del término probato-

rio o se concede un nuevo plazo de ocho días para la verificación, si ha transcurrido todo el término concedido para lo principal. La sentencia que se dicte recaerá tanto sobre la legitimidad o ilegitimidad del instrumento, como sobre lo principal de la causa, según el mérito de las pruebas que se hubieren producido por una y otra parte. Es de advertirse que la verificación se hará en incidente solamente cuando se trate de documentos presentados en apoyo de excepciones opuestas o contra pruebas de éstas, ya que si se presentan con la demanda o contestación, o bien en una contrademanda o reconvención, las probanzas de la verificación se aducen dentro del término concedido para lo principal y la sentencia definitiva decidirá tanto la cuestión principal que se ventila, así como también la legitimidad del documento presentado.

La prueba de la verificación se hace principalmente por el cotejo o comprobación de letras efectuados por peritos. Alsina (56), observa que la palabra cotejo tiene respecto de la prueba instrumental dos significados: unas veces se la emplea para referirse a la confrontación de los documentos públicos con sus originales y otras implica una prueba caligráfica cuando se impugna la autenticidad de un documento privado o la de un instrumento público cuya falsedad se alega o cuando carece de matriz y no puede ser reconocido por el funcionario que lo expidió.

Para el objeto de nuestro estudio, la acepción que nos intere-

sa es la última especialmente en su primera parte, y de acuerdo a ella se puede definir el cotejo de letras como "El examen que se hace en juicio de las letras y firmas de dos escritos, comparándolos entre sí para determinar si proceden de una misma persona".

El fundamento de esta prueba se encuentra en suponerse que cada uno conserva siempre un modo semejante de escribir o firmar. O sea que la ley parte de la premisa de que cada persona firma de una manera particular y que ella permite individualizar a su autor. Y en verdad gracias a los prodigiosos avances de la ciencia se ha logrado demostrar que ciertos rasgos de las letras son invariables, constantes; rasgos que la caligrafía que es la rama que se ocupa de esta materia, llama típicos o básicos, porque aún intencionalmente no es posible eliminarlos.

Este medio de prueba no es, ciertamente, muy antiguo, pues ante el tenor de las falsificaciones, nada difíciles, la ley 119, Tit. 18 de la partida 3a., lo había prohibido expresamente tratándose de documentos privados, como afirma Caravantes (57), quien además hace hincapié en que no debe confundirse el cotejo de letras con el cotejo de documentos públicos, pues aquél tiene por principal objeto averiguar si la letra o firma de un documento es la misma que la del otro que sirve de comprobante, por lo cual no es necesario que el contenido de ambos sea idéntico, y en éste la comprobación versa especialmente sobre la averiguación de si en ambos documentos se contienen las mismas cláusulas y obligaciones por lo

que el cotejo o comprobación se hace con los documentos originales de que son copias aquéllos de cuya autenticidad se duda.

Procedimiento.- El cotejo no es sino una prueba de peritos que el código legisla en los Arts. 343 Pr. y siguientes, cuyas disposiciones se aplican en lo fundamental salvo algunas modificaciones. Tenemos así que al solicitarse el cotejo el juez citará a las partes para que en la siguiente audiencia se pongan de acuerdo en el nombramiento de los peritos, o sea, de personas versadas en caligrafía, ya que en El Salvador no existe el título de peritos calígrafos. Caso que las partes no lleguen a un entendimiento en la designación o no comparezcan todas, hace el juez de oficio el nombramiento de los expresados peritos en la audiencia subsiguiente, los cuales pueden ser tachados por las partes antes del juramento o después si los motivos son supervinientes, para cuyo fin el juez en el mismo auto que los nombra previene a las partes que manifiesten si tienen o no tachas que oponer a los peritos nombrados. Si las partes oponen tachas, se suscita el incidente respectivo, debiendo justificarse aquéllas sumariamente dentro de los términos que señalan los Arts. 339 y 340 Pr. Resuelta esta situación, esto es, cuando las partes han llegado a conformarse con los peritos nombrados y éstos han aceptado, y luego de juramentados en forma legal, el juez por auto en el proceso, señalará lugar, día y hora para el cotejo, previa citación de partes y peritos. Este se practicará comparando las letras de la firma del documento cuya autenticidad se quiere comprobar,

con las firmas puestas en otros documentos indubitados, y que no son otros que los enuñados en el Art. 350 Pr. En efecto, esta disposición ordena que cuando los peritos son nombrados para el cotejo de letras la comprobación se hará:

- 1o.) Con documentos privados otorgados por aquél cuya firma se coteja; o
- 2o.) Con las firmas del mismo puestas en actuaciones judiciales; o
- 3o.) Con otros instrumentos reconocidos o admitidos como legítimos.

En el proyecto de código procesal civil, se establece que a falta o en caso de ser insuficientes los documentos de cotejo, podrá ordenar el juez que la persona a quien se le atribuye la letra o firma forme un cuerpo de escritura que en el acto le será dictado, y si se negase a hacerlo después de reiterársele la orden, se tendrá como reconocido el documento denegado.

Pero volviendo a la realización de la diligencia o prueba de cotejo de acuerdo a nuestra ley procesal civil vigente, diremos que los peritos una vez que la hayan llevado a cabo, extienden una relación motivada si concuerdan, pero si discrepan extiende cada uno la suya por separado, y no es necesario el nombramiento de un tercero que dirima la discordia, como sucede con los demás casos de peritaje.

El juez en el fallo definitivo escogerá la relación pericial que mejor le parezca, y habiendo oposición su opinión prevalece sobre la de los peritos. Significa esto que en definitiva el cotejo lo hace personalmente el juez, en base a su experiencia judicial, no teniendo otro valor las opiniones de los peritos que el de meros datos ilustrativos que serán apreciados según las reglas de la sana crítica, lo que viene a ser un verdadero caso de excepción al sistema de valoración de las pruebas - adoptado por nuestro Código de Procedimientos Civiles, que no es otro que el de las pruebas legales o tasadas.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que el numeral en estudio nos dice: "Cuando negando la parte ser suyo o reconocerlo, se declara a virtud de plena prueba válido por la verificación en juicio contradictorio", y el Art. 446 del Código de 1857 establecía: "Es necesaria la prueba plena y perfecta para resolver en lo civil y en lo criminal", disposición análoga a la contenida en el Art. 422 del Código de Procedimientos Civiles vigentes. Por otra parte, encontramos que el Art. 412 Pr. al enumerar las pruebas que tienen el valor de semiplena incluye entre ellas la comprobación de letras. Consecuentemente, para que se declare legítimo un instrumento privado, no basta el cotejo, sino que es necesario completar esta prueba con otras, como sería para el caso, la de testigos o presunciones. Sin embargo, no siempre ha sido así. En efecto, al hacer un poco de historia nos enteramos que el código de 1857, en su Art. 445, establecía "Son

pruebas semiplenas: La comprobación de letras o caracteres, la deposición de un solo testigo de probidad, la confesión extrajudicial y otras muchas que no arrojan bastante luz para decidir", y el Art. 447 de ese mismo código prescribía:.....".....De las imperfectas o semiplenas son necesarias tantas cuantas basten para una perfecta, es decir, que si por cada una de estas es posible que uno sea reo, por su unión en el mismo sujeto es imposible que deje de serlo. También se convierten en pruebas completas las incompletas de que el procesado puede y debe justificarse y no lo hace pudiendo y debiendo hacerlo". La comprobación de letras era, como se ve, una prueba semiplena que adquiría el grado de perfecta, por la actitud pasiva e indiferente del procesado que no se justificaba pudiendo y debiendo hacerlo; finalmente, diremos que si el documento es declarado legítimo, el que lo negó comete el delito de estafa comprendido y penado en el Art. 490 No. 8 Pn. siempre, desde luego, que concurren los demás requisitos que tipifican dicha figura criminosa.

3) Cuando presentado en juicio y agregado a los autos no redarguye su legitimidad, antes de la sentencia, la parte contra quien se opone.

Este es un caso típico de reconocimiento tácito de un documento privado, y resulta del hecho de no ser objetado de falso o ilegítimo por la parte contra quien se pretende hacer valer. "La indiferencia (58) constituye para ésta la aceptación de la responsabilidad que tal documento

pueda acarrearle. Para el caso de lo mismo que el documento de que se trata corra apregado original en autos o se haya certificado en los mismos. La parte interesada debe redarguir la ilegitimidad del documento falso que se le opone pero si la firma que cubre al documento no es auténtica, basta que el interesado niegue la firma y con eso le quita fuerza probatoria".

Además de que la indiferencia o actitud pasiva de la parte -- contra quien se opone un documento privado, consistente en no redarguirlo, equivale, como arriba se dijo a una aceptación de su autenticidad, con la natural consecuencia jurídica de hacer fé contra ella; existe al respecto una razón histórica, pues en el Código del Padre Menéndez de 1857, el documento privado presentado en juicio constituía - como también ya se hizo ver- una presunción que se convertía en prueba perfecta cuando el procesado pudiendo justificarse no lo hacía.

4) Cuando compareciendo la parte ante el juez, rehusa reconocer o negar categóricamente su firma, o que de su orden se ha puesto o la obligación a que el documento se refiere.

Si el citado comparece a la audiencia, y puestosele de manifiesto el documento está en obligación de expresar categóricamente si reconoce o no la firma como suya, o si la que se le presenta ha sido puesta a su ruego u orden, o bien manifestar en el caso de no encontrarse firmado el documento si reconoce o no como suya la obligación que contiene.

Aquella persona pues contra quien se opondrá un documento privado, no tiene más facultad ni alternativa que la de pronunciarse en forma terminante, ya sea en sentido afirmativo o negativo sobre los puntos que quedan indicados, porque las diligencias de reconocimiento de firma constituyen actos previos a la demanda, de rama jurisdicción voluntaria, en las cuales las partes no tienen derecho a alegar excepciones de ninguna clase.

Si las contestaciones del compareciente son dudosas o evasivas, se tiene por reconocido el documento privado, lo que está en íntima relación con el caso contemplado en el Art. 385 No. 3 Pr., de conformidad al cual se declara confesa a la persona que debiendo absolver posiciones, se limita a responder las interrogaciones contenidas en el pliego o cuestionario que se le presenta, en forma evasiva y no categórica.

ALGUNOS DOCUMENTOS PRIVADOS NO FIRMADOS QUE LA LEY CONTEMPLA EXPRESAMENTE.  
Ellos son;

- 1o. Los asientos, registros y papeles domésticos
- 2o. Las notas escritas o firmadas por el acreedor;
- 3o. Los libros y correspondencia de los comerciantes.

Se definen los registros, asientos o papeles domésticos, como aquellos escritos firmados o no, que una persona redacta en hojas sueltas o encuadernadas con el objeto de dejar constancia de un hecho jurídico que ha realizado, o de cualquier hecho doméstico.

Interviene en estos documentos una sola persona que:  
los firma, o los escribe.

De esta clase de instrumento se ocupa el Art. 1575 C. cuando expresa: "Los asientos, registros y papeles domésticos, únicamente hacen fé contra el que los ha escrito o firmado, pero solo en aquello que - aparezca con toda claridad, y con tal que el que los quiera aprovechar no los rechace en la parte que le fuere desfavorable".

Asiento, en el sentido del Código Civil es la anotación de algo por escrito.

Registros, son los libros en que a manera de índice o lista se van haciendo anotaciones de hechos, noticias o datos.

Los papeles domésticos pueden ser según Pthier (59), de tres categorías, a saber: los diarios, los papeles sueltos y que no están al dorso o margen de un instrumento firmado y los que están al dorso o margen de un documento no firmado.

VALOR PROBATORIO. Esta clase de instrumentos privados adquieren valor probatorio una vez reconocidos o mandados tener por reconocidos.

En cuanto a su eficacia probatoria se pueden deducir del Art. 1575 C. las siguientes reglas:

a) No hacen prueba en favor del que los escribió o firmó, sino por el contrario, hacen fé en su contra.

b) Esta prueba en contra sólo se produce con respecto a aque-

llo que aparezca con toda claridad.

c) El mérito probatorio es indivisible: El que quiera aprovecharse de tales instrumentos, no le es permitido rechazarlo en la parte que le fuere desfavorable.

NOTAS ESCRITAS O FIRMADAS POR EL ACREEDOR. El Art. 1576 C. comprende otro grupo de instrumentos privados no firmados. En efecto, la disposición citada establece que "la nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de una escritura que siempre ha estado en su poder, hace fé en todo lo favorable al deudor. Lo mismo se extenderá a la nota escrita o firmada por el acreedor, a continuación, al margen o al dorso del duplicado de una escritura, encontrándose dicha escritura en poder del deudor".

Estas notas tienen por objeto modificar, extinguir o agravar la obligación. Y como claramente se desprende del tenor literal de la disposición citada, las notas pueden hacerse: en un instrumento que siempre ha estado en poder del acreedor; o bien, en un duplicado que tiene el deudor, pero eso sí, en ambos casos las notas deben estar escritas o firmadas por el acreedor, aun cuando se reconoce y admite que tanto en estos instrumentos como en los comprendidos en el artículo anterior, la firma nada añade ni quita a su eficacia probatoria, como afirma Lessona (59a.)

VALOR PROBATORIO. De conformidad a los principios generales que gobiernan

los instrumentos privados, las notas a que hacemos referencia adquieren mérito probatorio una vez reconocidas o mandadas tenerse por tales. Hacen fe en todo lo favorable al deudor, pero este mérito es indivisible.

Con respecto al inciso primero del Art. 1576 C., podemos afirmar que la prescripción que contiene es perfectamente lógica y razonable, porque si en poder del acreedor han estado las escrituras, es de presumir que solo él ha podido asentar notas, y se cuidará mucho de hacer anotaciones que le perjudiquen. A esto obedece que tales notas hagan fé en todo lo favorable al deudor. Lo mismo podemos decir del inciso segundo. En efecto, igualmente hacen fe en todo lo favorable al deudor, las notas puestas en el duplicado de una escritura por el acreedor, encontrándose dicho duplicado en poder del deudor al momento de ponerse la nota, porque es obvio que si el duplicado se haya en poder de este último, éste no permitirá que se pongan anotaciones que le perjudiquen. Ahora bien, en atención que el mérito probatorio de estas notas es indivisible, como ya se dijo, el deudor que quiera aprovecharse de lo que en ellas le favorezca, deberá aceptar también lo que en las mismas les fuere desfavorable.

#### OBJETO DE LA PRUEBA INSTRUMENTAL

Previamente al estudio del presente tema, haremos un sucinto desarrollo del objeto probatorio en general, expresando que el punto en cuestión se ocupa de delucidar, qué es lo que se prueba, qué elementos deben ser establecidos en el juicio, es decir, verificados en su exactitud

retrospectiva.

Esta operación judicial, compuesta a su vez de múltiples operaciones menores, constituye, en su desenvolvimiento legal una larga y complicada labor demostrativa de algo pasado y que se pretende actualizar en el proceso. La prueba procesal civil es pues demostración lógica y silógica, y no averiguación o investigación inquisitiva o detectivesca. Esto - desde luego no es un principio absoluto pues existen excepciones. Con todo, lo dicho tiene un significado considerable en un sistema procesal como en el nuestro, en el cual el impulso procesal es un casi monopolio de las partes.

En primer término, y en un esfuerzo de síntesis, el derecho, -entiéndase por tal la ley vigente y positiva- no se prueba. Sin penetrar a discutir la validez de las razones en que se fundamenta tal principio y que los autores modernos esgrimen con frecuencia, siendo en el antiguo derecho, precisamente todo lo contrario, adelantamos consignando que el principio de que el derecho no es objeto de prueba tiene en la reciente doctrina una tan sola excepción, y ella es cuando en el proceso se controversia la existencia o inexistencia de una ley, pues entonces dicen los tratadistas, del derecho que es la norma se deriva un hecho que es su existencia o inexistencia.

A manera de superficial reflexión, creemos pertinente manifestar lo siguiente sobre la excepción aludida: La ley invocada existe o no

existe. Si existe, es derecho y, por ende, no necesita ser probada; si no existe, es la nada; y tampoco hay que probar la nada porque el juez conoce el derecho, luego lógicamente y necesariamente sabe lo contrario, esto es, lo que no es derecho, ya que la afirmación de algo lleva inevitablemente la negación de lo contrario.

Los hechos si son objeto de prueba, ¿pero cuáles hechos son los que constituyen objeto de prueba? Los hechos controvertidos, sin embargo, están relevados de prueba de parte de quien lo invoca, los siguientes hechos:

- a) Los presunidos por la ley;
- b) Los evidentes;
- c) Los normales, y
- d) Los notorios.

El objeto de la prueba encuéntrase dividido en dos grandes ramas que se complementan entre sí; el primero es el que ya esbozamos a grandes pinceladas en las líneas anteriores, y el segundo es el que trataremos a continuación consistente esencialmente, en determinar las probanzas es decir, los medios probatorios pertinentes y admisibles.

Naturalmente no entraremos al pliegue ni al detalle, pero es indispensable señalar algunas directrices fundamentales al respecto. Por prueba pertinente entiéndese aquélla que versa sobre las proposiciones y hechos controvertidos en el litigio, y por admisible, la simplemente idónea, o sea aquel medio probatorio específico o capaz para poder acreditar

el hecho a probar. Es pues esto último, cuestión de simple aptitud.

No vaya a creerse que los anteriores distingos carecen de aplicación práctica, ya que su influencia es realmente decisiva, porque resulta que la pertinencia o impertinencia se califica por el juez en la sentencia definitiva. Si la probanza producida es pertinente se toma en consideración según su valor y circunstancias; y si sucede lo contrario, simplemente se desestima no tomándola en cuenta. Sin embargo, la inadmisibilidad debe ser rechazada de inicio, de plano, para decirlo con una expresión gráfica, o bien "in limine", tal como dicen los cultos tratadistas.

Ejemplo claro de falta de aptitud o inadmisibilidad, es el contemplado en el Art. 328 Pr., y tocante a la prueba instrumental, el que trae la disposición señalada con el número 1572 del Código Civil, indicando esta última disposición que los actos y contratos que no consten en -- instrumentos públicos, no obstante que debieran constar en él por mandato claro e imperativo de la ley, se consideran como no ejecutados o celebrados, lo cual quiere decir en el campo de los efectos probatorios un principio que nosotros expresados así: En el caso de mérito de la disposición citada la prueba instrumental no puede reemplazarse por otra en ningún caso y no puede ser substituida ni siquiera por la confesión judicial de la contraparte.

Ahora nos corresponde puntualizar aunque sea sumariamente sobre cuál es el objeto de la prueba instrumental. ¿Todo se puede probar por

instrumentos y más concretamente, por los denominados instrumentos públicos? Entendemos que sí con la única salvedad de que el contenido del objeto probatorio instrumental sea un hecho o acto lícito, esto, es, no contrario a la ley, a la moral, ni a las buenas costumbres. Y hay más todavía. Pues inclusive existen hechos que sólo pueden ser objeto de la prueba instrumental, como ocurre en los señalados en el Art. 1580 C., aún cuando debemos reconocer que esta última cuestión es discutible. Pero sí nos permitimos subrayar que por medio de la probanza instrumental, se puede acreditar toda suerte de hechos o actos, siempre que sean lícitos habiendo hecho -y esto no se discute- que sólo pueden justificarse mediante la prueba en estudio, como son los señalados en el citado Art. 1572 C. en los que ni siquiera se admite, como arriba dijimos, la confesión de la parte contraria. Art. 1584 C.; pero siempre sujeta la referida prueba documental a la regla sobre admisibilidad y pertinencia. Para concluir, y teniendo en cuenta que sobre este punto hemos hablado con alguna amplitud tanto al tratar de los caracteres generales como del concepto del medio demostrativo que nos ocupa, nos remitimos a lo dicho en los referidos apartados.

#### CARGA DE LA PRUEBA INSTRUMENTAL

Carga de la prueba quiere decir en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos (60).

El peso probatorio que recaiga sobre determinada parte o litigante siendo como lo es un imperativo del propio interés, puede satisfacerlo aduciendo aquellas probanzas que sean legalmente pertinentes y admisibles y que desde luego, tenga oportunamente a su disposición. De esto se desprende con toda claridad que el tema de la carga de la prueba es una cuestión genérica, no pudiendo en rigor hablarse de ella, refiriéndola a un medio particular y concreto de probanzas. Pero dado que aquél de los litigantes a cuyo favor se consagra o cuenta con determinada presunción, para el caso, sobre la veracidad de un hecho o acto, indiscutiblemente se coloca en una situación ventajosa dentro del proceso, pues tal presunción provoca un desplazamiento del fardo probatorio hacia la contraparte. En base a ello podemos entonces afirmar con relación a la prueba instrumental, que el litigante que presenta en apoyo de sus pretensiones un documento público o auténtico, se presume por ley, siempre que se encuentre en la forma debida, su legitimidad y pureza; de ahí que sea la parte que ponga en entredicho esas cualidades sobre quien gravite todo el peso de la prueba encaminada a obtener su nulidad o falsedad, que son las vías que la ley reconoce como medios directos para destruir la fé -- probatoria de los citados documentos.

Diametralmente distinta es la solución que consagra la ley tratándose de instrumentos privados, pues la parte a quien se opone uno de éstos, o sea, contra quien se pretende hacer valer, puede negar su le-

gitud, sin estar en modo alguno obligada a probar su afirmación. Y es sobre la parte que ha presentado el referido instrumento, quien a raíz de habersele tachado de ilegítimo, la que tiene que soportar la carga de probar la autenticidad y procedencia del documento, mediante la verificación o comprobación en juicio.

En la nueva regulación procesal de la vecina República de Guatemala, se contempla un caso de inversión de la carga de la prueba, cuando se trata de documentos privados firmados que han sido llevados al proceso, pues tales documentos se tienen por auténticos, salvo prueba en contrario. De ello se desprende una importante consecuencia, la cual consiste en que toca a la parte a quien se atribuye y opone un documento privado, la que tendrá que redargüirlo y probar sus afirmaciones en contra del documento o de la firma, en su caso.

Entre nosotros, como queda explicado, la cosa es distinta pues la parte a quien se opone un instrumento privado, y niega la firma o letra de aquél, no está obligada a probar su negativa, correspondiendo al interesado en valerse de dicho instrumento proceder a la verificación, a efecto de acreditar su autenticidad, esto es su procedencia y origen. Tal posición adoptada por nuestro Código de Procedimientos Civiles, es consecuente con uno de los principios fundamentales del *Onus Probandi*, que releva de la obligación de probar a la parte que simplemente se limita a formular una negación. Pero si la parte a quien se opone el instrumento priva-

do no lo objeta de ilegítimo, sino que lo redarguya de falso, entonces -- sí debe correr con el peso de la carga probatoria encaminada a demostrar la falta de veracidad del referido documento.

Lo dicho es suficiente con relación al punto en cuestión, -- pues es lo que en verdad tiene relevancia para nuestro estudio, y nos -- evita el aventurarnos en largas consideraciones doctrinarias sobre la -- teoría de la carga de la prueba que, como ya lo advertimos, es materia -- común y no específica de un determinado medio de prueba.

#### PROCEDIMIENTOS PROBATORIO

Sobre este punto enseña el profesor Couture (61) que se concibe, en un sentido lógico, que toda la actividad que desarrollan en el juicio las partes y el juez, se realice de manera libre, es decir, como una aportación de pruebas absolutamente abiertas en cuanto a su forma y desenvolvimiento. Pero también se concibe que, por el contrario, la prueba sea reglamentada otorgando tan solo valor a aquellos elementos de convicción que lleguen al juicio mediante un procedimiento ajustado al régimen legal.

Como nuestro derecho, al igual que el uruguayo, se ha pronunciado por esta última solución, el tema del procedimiento de la prueba -- consiste, pues, en saber cuáles son las formas que es necesario respetar

para que la prueba producida -en nuestro caso la instrumental- se considere válida.

En este apartado nos ocuparemos de puntualizar a quien corresponde presentar la prueba documental, y también de la oportunidad y forma de producirla en el proceso civil, analizando algunas de aquéllas normas -de nuestro código de procedimientos civiles que tratan sobre esta materia.

En primer lugar veremos quién puede producir la prueba instrumental.

-> En nuestro proceso civil la prueba en referencia esencialmente la aducen y presentan en juicio las partes interesadas. Esta regla sin embargo no es absoluta, pues se contemplan algunas situaciones como las previstas en el Art. 256 Pr., en las cuales se allega la prueba documental al juicio en forma oficiosa. En efecto, de conformidad a la citada disposición, puede ocurrir que el Juez por iniciativa propia, estime necesario -confrontar el protocolo o libro de transcripciones (hoy de testimonios) con la escritura que se presenta de prueba, para cuyo efecto se apersonará acompañado de su Secretario y previa citación de partes, en la oficina del Notario, siempre que el protocolo se encuentre todavía en su poder, y allí verificará la confrontación, poniendo escrupulosamente el resultado de ésta en un acta que posteriormente será incorporada al proceso. La otra situación excepcional contemplada en el Artículo aludido -por cierto ya analizada en lugar oportuno, habiendo entonces externado nuestro personal

criterio al respecto, el cual hacemos extensivo en lo pertinente dadas sus peculiares variantes jurídicas al caso anterior - es la contraída a la facultad que se concede a las Cámaras de Justicia, para que en circunstancias muy particulares, provean de oficio la presentación del protocolo, con el objeto de inspeccionarlo y cotejarlo con la escritura que se presenta de prueba, a fin de fallar con mayor acierto.

En verdad los casos citados, en cuyo fondo no hay más que una asimilación de otros medios probatorios a la documental, no son los únicos en que los Jueces y Tribunales ordenan, *mutuo proprio*, la presentación en juicio de la referida probanza. Existen otros que la ley expresamente contempla; y aun más, se confiere la potestad, no sin ciertas restricciones, exigencias y precauciones, de que los Tribunales dicten de oficio las providencias necesarias para la prosecución del juicio y mejor proveer, como serían las conducentes a que se complete o recoja una prueba que, desde luego, muy bien, puede ser la instrumental, todo en base a lo dispuesto en los Arts. 1258 y 1299 Pr. Por supuesto que lo anterior se refiere a situaciones extraordinarias, en vista de que lo normal y corriente es que la probanza en estudio le ofrezcan y produzcan las partes.

Ahora bien, la razón por la cual en el proceso civil salvadoreño, el medio demostrativo en cuestión es rendido con carácter casi exclusivo por los litigantes, obedece a que en el privo el principio dispositivo, además de que son justamente aquellas las que se encuentran en mejor

situación de allegar al pleito los documentos necesarios a la defensa de sus derechos; y están facultadas para esgrimir en juicio no sólo los documentos que obran en su poder, sino también los que se hallan en manos de la parte contraria o de un tercero.

a) Documentos que obran en poder de la parte. Es lo más frecuente, ya que normalmente se inicia un litigio a base de aquella documentación de que se es dueño y que se acompaña, por regla general, con la demanda. Otro tanto ocurre con la parte reo, quien suele acompañar los documentos con la contestación de la demanda; o bien opone sus excepciones, apoyándolas en los instrumentos de que disponga inmediatamente, sin perjuicio de los que después se puedan incluir.

Las partes pueden acompañar tanto los documentos de que son realmente dueñas como aquellos que, no obstante pertenecer a otras personas, les son facilitadas al efecto por éstas. La única limitación que existe, tratándose de documentos privados, es que deben emanar precisamente de la persona contra quien se hacen valer.

Se plantea la cuestión relativa a determinar qué valor tiene el acompañamiento de un documento efectuado sin la voluntad de su dueño. Sobre el particular, siguiendo la que a nosotros nos parece la mejor doctrina, y al margen de las relaciones jurídicas que puedan originarse por un acto de semejante naturaleza, entendemos que el juez debe prestarle atención, en vista de que el valor intrínseco del instrumento no sufre --

mengua alguna por el hecho de haberse obtenido contrariando la voluntad de su propietario; todo sin perjuicio de los derechos y acciones que correspondan a la persona burlada.

b) Documentos que obran en poder de la otra parte o de un tercero.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles en los Arts. 156 y 159, se refiere a la exhibición de aquellos documentos que no obran en poder de la parte que pretende valerse de ellos. En doctrina, la acción de que tratan los preceptos citados, se denomina "Ad-exhibendum", y su fundamento se hace consistir en la necesidad social y jurídica de llevar al pleito todos aquellos antecedentes que pueden contribuir a la correcta resolución de la litis. Los requisitos doctrinarios para que prospere esta acción son tres, a saber:

- 1) Que los documentos se encuentren realmente en poder de la persona que se señala;
- 2) Que estos tengan relación directa con la cuestión debatida; y
- 3) Que no revistan el carácter de secreto o confidenciales.

Según nuestra jurisprudencia los documentos de que se puede pedir exhibición en el proceso civil salvadoreño, son aquellos que realmente se necesitan por la parte cuya manifestación pretende. En efecto, la doctrina jurisprudencial sentada por nuestros tribunales de alzada ha establecido: "Que puede pedirse la exhibición de documentos que sean necesarios

para establecer una acción de deslinde; no son necesarios los títulos que prueban la propiedad del vecino a quien quiere demandar, éste puede presentarlos en su defensa si así lo conviniere". ("Revista Judicial, julio de -- 1910 página 311).

Nuestro código dispone que si el adversario no exhibe los documentos en el plazo de que se le fije, se le condenará en los daños y perjuicios que cause la falta de exhibición. Sobre este punto es más acertada la fórmula que consagrar el Art. 408 del Proyecto del Código Procesal Civil, pues no sólo distingue si el tenedor del documento es la parte contraria o un tercero, sino que también establece sanciones diversas según sea la situación de la persona renuente a la exhibición. Consecuente con este distinción establezco que si es la parte la que incumple el decreto de exhibición, se presumirá exacto el texto de la copia del documento que presente quien solicitó la diligencia; o bien, que los datos suministrados por el mismo solicitante, acerca de la naturaleza o contenido del documento, se tienen por probados.

Pero si no es la parte sino el tercero tenedor del documento quien no cumple con el decreto de exhibición, además de quedar en pie las presunciones anteriores, será condenado a resarcir a la parte perjudicada los daños y perjuicios que su negativa causare y a pagar una multa de mil colones.

Por último diremos, que la exhibición además de poderse solicitar como acto previo, por el que pretende preparar el juicio, y no tiene a su disposición los documentos que necesite, existe también la facultad para poder pedirse durante el curso del juicio, de conformidad al inciso 2o. del Art. 156 Pr.

Oportunidad en que deben acompañarse los documentos.-

En lo referente al momento en que las partes deben allegar la prueba instrumental al juicio, se argumenta, con fundamento en el Art. 270 Pr., que ese género de probanzas debe presentarse con la demanda y la contestación, salvo no tenerlos las partes a su disposición, caso en que puede presentarlos en cualquier estado del juicio antes de la sentencia; pero para poder gozar de ésta salvedad es necesario que la parte realmente no disponga de los instrumentos al momento de la demanda o contestación, -- pues teniéndolos debe presentarlos en esa oportunidad o dentro del término probatorio, ya que de otra manera sería, atrozar la justicia causando, a la vez, costas judiciales innecesarias. Por eso se sostiene que si se presentan fuera de las circunstancias dichas no deberían aceptarse ni hacer fe en el proceso, cosa que no es así en la práctica judicial. Ahora bien, si la parte no tiene los documentos a su disposición que necesita, debe preparar el juicio pidiendo exhibición de los mismos en acto previo,

tal como se ha visto arriba.

En oposición al anterior punto de vista, se alza la autorizadísima opinión de nuestro eximio procesalista doctor Francisco Arrieta -- Gallegos, quien a la página 29, de la publicación CULDERNOS que trata sobre "La Demanda", expone: "Con la demanda deben presentarse los documentos justificativos de la acción que se invoca, sí se tuvieren, y caso contrario, mencionarlos y presentarlos en cualquier estado del juicio, antes de la sentencia y en cualquiera de las Instancias. De acuerdo con los Arts. 202 y 270 <sup>1</sup>r., la demanda puede ir acompañada de documentos o sin ellos; -- conforme el Art. 270 Pr., los instrumentos deben presentarse con la demanda o con la contestación, y caso de no tenerlos la parte a su disposición, podrán presentarse en cualquier estado del juicio, antes de la sentencia y en cualquiera de las instancias. Luego agrega: "En principio no es obligación presentar con la demanda los documentos justificativos de la acción que se invoca, según se deja expuesto. Excepto en los casos que se demanda en juicio ejecutivo o cuando se pide una cuenta con documento que justifique la obligación de darlo; de acuerdo con la dispuesta en los Arts. 593 y 594 Pr., en lo que a los juicios ejecutivos se refiere, y 569 Pr. en el -- juicio de rendición de cuentas."

Cuando se trata de juicios ejecutivos el documento base y fundamento de la acción debe acompañarse de manera necesaria con la demanda; y ello es así en virtud de la naturaleza excepcional que caracte-

riza y distingue a esta clase de juicios que necesitan apoyarse en un documento que de fé de los tres siguientes requisitos que exige una ejecución: Plena prueba de la obligación, de la mora y de la liquidación de la deuda, a todo lo cual obedece que el demandante en juicio ejecutivo no tenga necesidad de aducir más pruebas, salvo en el caso que el deudor -- ponga un medio de defensa.

Dentro del mismo juicio ejecutivo se ha querido ver otro caso de excepción contraído a que el demandado deberá presentar su prueba instrumental dentro del término de prueba, o del encargado, como la denonina el Art. 592 Pr.; sin embargo, varias sentencias de nuestros tribunales superiores han resuelto que también en estos juicios se puede presentar la prueba por instrumentos en cualquier estado del juicio antes de la sentencia y en cualquiera de las instancias.

Teniendo en cuenta que el Art. 270 Pr. habla de "instancias", y que el recurso de casación es de naturaleza extraordinario, y no constituye por tanto instancia, en él no se puede presentar ninguna clase de prueba ni aún la instrumental, pues en tales recursos el Tribunal de Casación resuelve con la sola vista del proceso, para determinar si de acuerdo a lo que sostiene el recurrente, se ha violado la ley en la forma o en su fondo, según el caso, con el fin de mantener el debido respecto a la majestad de la ley, y lograr la uniformidad de la jurisprudencia, que bá-

sicamente constituyen los objetivos fundamentales que persigue la Casación.

Cómo deben agregarse los documentos.-

La ley ha establecido algunas exigencias o formalidades respecto a la agregación de los instrumentos al juicio, que tienden a un ordenamiento en las actuaciones procesales y, fundamentalmente, a habilitar a -- las partes en el conocimiento oportuno de su inclusión al proceso para que hagan los reparos que estimen convenientes a sus derechos. De la observación rigurosa de esas exigencias dependerá el valor procesal que logren obtener los instrumentos, pues de lo contrario no hacen fe.

Esas formalidades consisten en el señalamiento de hora, mes y año, así como del tribunal en que deberá efectuarse la agregación del documento; y también en la citación de la parte contraria, pena de no hacer fe, como se establece en los Arts. 242, 243 y 270 Inc. 2o. Pr.

Constituye una excepción a lo dicho el Art. 594 Pr., que trata del juicio ejecutivo, pues estatuye en lo pertinente, que el juez, reconocida la legitimidad de la persona y la fuerza del instrumento, agregará -- éste desde luego, sin citación contraria.

La prueba instrumental presentada puede, según la parte lo desee: agregarse original a los autos o bien agregarse la copia, la cual puede consistir en una fotocopia, confrontarse luego con el original y devolverse éste al interesado; asimismo, puede pedirse la compulsión de un do-

documento que se encuentre en otro juicio y se agregue la copia compulsada al proceso que se sigue, y, finalmente, puede pedirse la devolución de -- los originales ya agregados, razonándose previamente en autos. Pero tra -- tándose de documentos que sirven de base a una acción ejecutiva intentada, el juez no lo devuelve a los interesados sin una razón que indique que con ellos se ha intentado la acción ejecutiva, lo mismo que el estado de dicha acción al momento de devolverse los documentos correspondiente. Arts. 594 inc. 2o. Pr.

Las formas de agregación de documentos a que estamos haciendo referencia, encuentran su apoyo legal en los Arts. 270 Inc. 2o. y 271 Pr., pues ellos precisamente hablan: de la toma de razón, copia, compulsas y -- desglose de los documentos. Y creemos oportuno insistir con miras a dejar más clara esta cuestión que la toma de razón o razonamiento del documento tiene lugar cuando éste se acompaña original para que en el tribunal se -- copie; por su parte "copia" del documento se da cuando la parte presenta el instrumento y su copia respectiva a efecto de que se confronte en el -- tribunal, se agregue la copia y se devuelva el original; la compulsas procede cuando el instrumento no es por su naturaleza acumulable al proceso, pues se encuentra en otra oficina pública, caso en el cual se va a copiar el documento en el lugar en que se encuentre; y, por último, el "desglose" de documento, opera cuando éste se presenta original y así se agrega al -

proceso, después se pide sea devuelto al interesado, caso en el cual se copia el documento en el tribunal y se devuelve al solicitante dicho -- original.

Respecto a la compulsas, que es -como se ha visto- la copia de un documento que se encuentra agregado en un proceso o archivo, sacada judicialmente y confrontada y cotejada con su original, diligencia que debe efectuarse siempre con citación de partes; según opiniones autorizadas ha de pedirse dentro del término probatorio, aunque no se verifique sino -- transcurrido aquél. Otros de nuestros juristas, por el contrario sostienen, a nuestro juicio con razón, que siendo la compulsas solamente una forma de obtener y presentar prueba instrumental, y estando, además, facultadas las partes para allegar al juicio cualquiera que sea su estado antes, de la sentencia, la prueba documental que necesiten para justificar sus -- pretensiones, no existe ningún motivo poderoso que impida efectuar la compulsas aún fuera del término probatorio.

La Sala de lo Civil en el considerando VII, de la sentencia publicada a la página 190 y siguientes de la Revista Judicial correspondiente al año de 1963, respalda el criterio últimamente expuesto pero sólo en lo tocante a que la compulsas no es sino un medio de producir en el proceso civil la prueba documental, ya que en cuanto a la oportunidad procesal de pedir y ordenar dicha diligencia, sostiene que aquella petición solo puede hacerse en el momento señalado en el Art. 271 Pr.

La referida sentencia en la parte del considerando citado que nos interesa dice: "La compulsas es un simple medio de producir en juicio la prueba instrumental, como lo es también la agregación original de los instrumentos que se aducen como prueba; pero no cabe cuestión alguna sobre el valor probatorio de las compulsas en sí mismas, ni podría esta materia, por esa razón, ser regulada por ninguna disposición legal. Es cierto -agrega- que la ley alude en determinados pasajes (Art. 272, 273 y 274 Pr.), a compulsas que de orden de Juez competente se hacen de ciertos instrumentos notariales, compulsas a las cuales fija el grado de fuerza probatoria; pero en tales pasajes se supone al juez actuando fuera de todo juicio en función puramente notarial encaminada a formar el documento autónomo e independiente que ha de servir de prueba preconstituida de un derecho; y por consiguiente, no es a dichas compulsas a que se refiere el Art. 271 Pr., que claramente alude a las que se verifican dentro de un proceso, como diligencia encaminada a rendir prueba instrumental".

Para concluir nos referiremos a la siguiente cuestión: Como el Art. 271 Pr. hace alusión a que la copia del documento que se acompaña debe ir en el papel sellado correspondiente, surge la siguiente pregunta: ¿Cuando esa copia consiste en una fotocopia qué cantidad de papel sellado y de qué valor, deben presentar las partes? A ésta interrogante debemos responder que las partes están obligadas a presentar tantas hojas como tenga la

fotocopia, y el valor variaría según sea el valor del papel que se usa en el juicio que se siga, o bien, si se trata de probar una excepción, por ejemplo, la de pago, el valor del papel sellado será el correspondiente al del documento fotocopiado en que conste la solución de la obligación.

#### VALORACION DE LA PRUEBA INSTRUMENTAL

Es nuestro propósito referirnos en este punto, dentro de los diversos tópicos que comprende el tema de la valoración de la prueba en general, solamente al relativo a determinar cuál de los tres sistemas más usuales de apreciación de las probanzas- que dicho desde ya, son: El de las pruebas tasadas, libre convicción y sana crítica -señala la doctrina como más apropiado para valorar la prueba instrumental; así como también, ver cual de ellos prevalece en nuestra legislación procesal civil, procurando dar, previamente, una ligera idea acerca de cada uno de ellos.

En primer lugar tenemos que el sistema de las pruebas legales o tasadas, es aquél en el cual la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio.

En base a él las legislaciones aspiran a regular de antemano, con la mayor extensión posible, la actividad mental del juzgador en el -- examen y análisis de las pruebas.

Este sistema de valoración, tiene como antecedente histórico el siguiente fenómeno socio-político: En el procedimiento inquisitivo por autorresidencia o sea el de los siglos XIII a XVIII, los poderes del juez eran tan fuertes que evidentemente los titulares del absolutismo político vislumbraron los peligros del absolutismo judicial. Entonces para conjurar --

ese riesgo, no tanto en defensa de los justiciables, como en salvaguardia de su propia autoridad, se establecieron como frenos a la iniciativa judicial: La apelación contra la sentencia, que permite la revocación del fallo; el carácter esencialmente escrito del procedimiento, que deja huellas firmes de los pasos dados por el juez en sus actuaciones judiciales; y, finalmente, la prueba legal, que suprime o restringe la capacidad de apreciación del juez.

Dentro de este sistema, pues, no sólo se les indica con la mayor precisión tanto al juzgador como a las partes, cuáles y cuántos son los medios de que se pueden servir para la averiguación o demostración de un hecho, sino que también se ha asignado previamente a cada uno de esos medios sus respectivo grado de eficacia y valor probatorio.

Por su parte, la prueba libre representa la antítesis o el reverso de la prueba legal, y por lo mismo que esta se funda en la desconfianza del legislador hacia el juez, aquella deposita en éste toda su fe.

Couture (62) dice que por prueba libre debe entenderse "Aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios ni información que pueden ser fiscalizados por las partes". Y agrega que "Dentro de ese método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún contra la prueba de autos". Y en su ilustre opinión, el sistema de libre convicción es sólo adaptable a ciertas materias muy especiales, e al jurado popular, más no le parece que sea aplicable al proceso ci-

vil.

En nuestra legislación, como es de sobra sabido, el sistema en cuestión tiene cogida en materia penal para el juzgamiento de ciertos delitos, cuya calificación y decisión compete al tribunal del jurado; también, tiene aceptación de manera especial en materia civil cuando las partes convienen <sup>en/</sup> someter sus diferencias a la resolución de árbitros arbitradores, quienes, al igual que el jurado popular, fallan conforme a los dictados de su conciencia. Cabe apuntar que el arbitramento está reconocido expresamente en nuestra constitución política. Arts. 255 I., 58 Pr., y -- 174 inc. 2o. C. P.

Finalmente, tenemos el sistema conocido como de "La sana crítica" o "prueba razonada", el cual viene a ocupar un lugar intermedio entre la excesiva rigidez y restricciones de la prueba legal y la extremada libertad e independencia del sistema de la íntima convicción, configurando así una categoría especial y autónoma de valoración de la prueba. Este sistema consagra, según sus fervientes defensores, una adecuada fórmula reguladora de la actividad mental del juez frente a la prueba, que reduce al máximo posible los riesgos, peligros y defectos de los otros dos criterios de valoración mencionados.

Es de la mayor importancia para apreciar la prueba de conformidad a las reglas de la sana crítica, un recto entendimiento humano, el cual sólo se logra y alcanza en base a la cumplida y escrupulosa obser--

vancia de las reglas de la lógica y de la experiencia del juez. Según esto requiérese pues, para valorar la prueba de acuerdo al sistema que nos ocupa, un verdadero caudal de conocimientos, de experiencias y de buen sentido, que viene a ser por así decirlo, la piedra de toque para el que tiene a su cargo la delicada tarea de administrar justicia.

Sobre este sistema el citado profesor Coutura (63) apunta: "El juez que debe de decidir con arreglo a la sana crítica no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento".

Luego de estas sonoras ideas acerca de los referidos sistemas de valoración de la prueba, tócanos destacar cuál de ellos es el que en rigor científico se considera como el más apropiado para juzgar la prueba por instrumentos.

Creemos que la estimación de los instrumentos, primordialmente de los públicos, ha de hacerse de acuerdo al principio de la prueba tasada, ya que, como opina Don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, constituyen su más firme reducto. (64). Y hace hincapié en que entregar la prueba documental pública a la apreciación libre, sin restricción alguna, es algo

francamente peligroso y anárquico, dado que si la finalidad esencial del documento público es suministrar una prueba preconstituida, y llegado el momento de hacerla valer resulta que el juez puede tranquilamente desatenderse de ella, se pregunta y con sobrada razón- ¿ A qué viene entonces organizar la fe pública, reglamentar los estudios del notariado y atribuirle al propio documento unas virtudes y unos efectos que luego pueden quedar desconocidos?

Por nuestra parte sostenemos que además de los instrumentos públicos también los llamados auténticos que, como se ha visto, no son más que una especie o modalidad de los primeros, deben estar a salvo de que su valoración sea hecha de acuerdo a los postulados de la libre convicción; y más aún, que inclusive no pueden ser objeto de una estimación que descance en la "sana crítica", pues tanto los instrumentos públicos como los auténticos están rodeados, en su otorgamiento, de una serie de garantías, -- que aún cuando no por ello se les tenga como cosas sagradas e inviolables, sí se requiere para hacer caso omiso de su robusta fe probatoria, fundamentalmente en lo que atañe a ciertos puntos como al relativo al hecho del otorgamiento, una demostración y declaración categórica, acerca de un vicio que impida tomarlo en consideración, tal cual observa el citado maestro - español, "del éxodo y del llanto".

Lo dicho es aplicable a los instrumentos privados fehacientes, esto es a aquéllos que han sido elevados a la categoría de escritura o instrumento público. Arts.1573 C. y 416 No. 6 Pr.

En nuestro Código de Procedimientos Civiles predomina el sistema de las pruebas legales o tasadas y, como es lógico, la valoración de la prueba instrumental se hace de conformidad a él. 415 Pr.

Y aún cuando dicho sistema de valoración, por sus muchos y graves defectos ha suscitado una fuerte corriente de opinión que propugna por que desaparezca de los códigos actuales, se conviene, sin embargo, -- que se conserve respecto de algún medio de prueba en particular, y ese medio de prueba es precisamente la instrumental, como antes se dijo.

Este mismo criterio de apreciación se adopta como regla general en el proyecto del Código Procesal Civil, para el medio de convicción que nos ocup , reservándole a la prueba científica e innominada el sistema de la sana crítica.

Y ya que hemos hecho una somera referencia a los más importantes criterios de valoración de la prueba, no nos resta sino pedir a los que por algún motivo lean este modesto trabajo, no lo juzguen a través de ninguno de los sistemas expuestos, sino de conformidad a uno muy distinto: EL DE LA MAXIMA BENEVOLENCIA Y COMPRESION.

#### I M P U G N A C I O N

Concepto.- La impugnación es la refutación destinada a destruir la fé probatoria de un instrumento que ha sido llevado al proceso civil con la

finalidad de acreditar las pretensiones del que lo presenta en apoyo de las mismas.

Generalidades.- Cuando el instrumento no alcanza a estructurarse como lo establece la ley, por lo que nosotros llamamos anomalías o defectos instrumentales, se expresa, entonces, que el documento, entre otras sanciones, es nulo, de acuerdo a la gravedad del vicio que lo afecta. De ahí que pueda definirse la nulidad instrumental, como aquella que tiene por objeto invalidar un instrumento público o auténtico, cuando en su formación se han omitido o contravenido disposiciones legales cuyo cumplimiento es indispensable para su validez.

En cambio, cuando el instrumento no es auténtico o legítimo se dice que es falso. O sea, que la falta o carencia de la autenticidad, veracidad o legitimidad es lo que constituye lo que comúnmente se llama falsedad.

En puridad de conceptos en la falsedad existe la mentira, que trae como inevitable consecuencia la invalidez del instrumento; invalidez que no está fundamentada por omisiones o defectos en la estructuración, sino, simple y sencillamente por la ausencia o falta de autenticidad, como cuando el documento no ha sido autorizado por el funcionario que indica, o no ha sido otorgado por las partes que expresa, o se han alterado las declaraciones que estas hicieron.

De la nulidad en la estructuración y de la falsedad de los hechos consignados en el instrumento nace, respecto de esta última figura, lo que nuestra ley procesal civil denomina "Incidente de falsedad civil"; y como consecuencia de ambas -nulidad o falsedad- nace también, la responsabilidad civil o penal que al notario o a las partes, según los casos, corresponde.

#### Maneras de impugnar el instrumento público en juicio.

Ya lo insinuamos en los párrafos anteriores que el instrumento puede impugnarse por nulidad o por inautenticidad o falsedad.

Naturalmente que también pueden combatirse ciertas declaraciones de los otorgantes contenidas en el documento, pero este caso por no ser típico los soslayamos, puesto que aunque la fe del instrumento no se destruye, aunque su mérito probatorio queda incidental o indirectamente dañado. Al respecto Don Fernando Alessandri R. en su "Curso de Procedimiento Civil", página 19 expone: "También se ha discutido si/<sup>se/</sup> puede destruir el mérito de un instrumento público atacando el contrato mismo de que él da fe. Algunos autores señalan ésto como un tercero medio de impugnación; pero en realidad lo que se impugna es el contrato, las declaraciones de las partes y no el instrumento, por lo cual nosotros no lo consideramos como un medio de impugnación".

En lo sucesivo, limitaremos el presente estudio a uno tan solo de las distintas formas o caminos, y enumerados, de refutación de los

instrumentos; esto es, nos concretaremos a la impugnación por inautenticidad o falsedad documental. La razón para esto radica en que el Código de Procedimientos Civiles, en el apartado de la probanza en examen, hace referencia, si bien por vía de incidente, a la redargución de falsedad civil.

La argución de falsedad es el ataque directo e inmediato del documento presentado como prueba, encaminado a destruir su fe probatoria, lo cual se consigue objetándolo de falta de veracidad, es decir tachándolo de falso, siempre y cuando, desde luego, se acredite tal afirmación.

El incidente de falsedad reglamentado en el Art. 287 Pr. y siguientes, se refiere exclusivamente a la falsedad no delictiva. Consiguientemente, no trataremos aquí la constitutiva de delito, descrita y sancionada en el Art. 229 Pn. y siguientes, sin embargo, nos permitiremos recordar que la negación de la firma en un documento privado de obligación o descargo, comprobada posteriormente, tipifica el delito de estafa contemplada en el Art. 490 No. 8 Pn.

La falsedad de los instrumentos puede darse de dos maneras: En forma material y también en forma intelectual.

La primera se refiere al documento considerado como objeto o cosa material, o sea, en su aspecto meramente extrínseco y, por consiguiente, factible y posible de adulteraciones.

La segunda, tiene lugar cuando el instrumento no obstante su

correcta formulación, sus enunciaciones carecen de veracidad. Es decir que en este caso, se enfoca el problema de la falsedad de los documentos, en su aspecto ideal, intrínseco o espiritual.

La falsedad material en los documentos públicos puede referirse al documento en su totalidad, por ser completamente falso, o bien parcialmente en caso de adulteraciones. Alsina señala que esta (65) "Puede fundarse en la inexactitud de las manifestaciones del oficial público respecto de los hechos que afirma haber cumplido o que han pasado en su presencia, como ser la fecha del acto, comparecencia y firma de las partes, pago del precio etc. Puede también fundarse en la adulteración de la matriz o de la copia por haberse suprimido, agregado, o modificado alguna cláusula de la misma".

Tratándose de un instrumento privado, como ya vimos, si éste es falso, total o parcialmente, bastará para destruir su eficacia el desconocimiento de la firma de que vaya pronunido. Por eso aquí, la falsedad material sólo puede referirse, como señala el mismo autor, a la adulteración del documento, pues no interviene ningún fedatario público en su otorgamiento.

La redargución de falsedad, o querrela de falsedad como se le denomina generalmente por la doctrina y por las legislaciones es el procedimiento legal y especial que ha de seguirse para demostrar la falsedad material de un instrumento público o privado.

La falsedad intelectual, en cambio, en opinión del citado profesor Alsins, no da lugar a un procedimiento especial, sino que puede ser demostrada por los distintos medios admisibles para destruir la fuerza probatoria del contenido de los instrumentos públicos o privados, según que la impugnación provenga de las partes en el acto o de terceros. En efecto, se trata -afirma- de manifestaciones que las partes hacen en presencia del escribano, pero cuya sinceridad éste no garantiza, o que ellas mismas hacen constar en el documento privado, pero que pueden ser simuladas.

La redargución de falsedad puede hacerse por vía principal, y por vía incidental.

Se procede por vía principal, cuando la parte demanda en juicio ordinario civil o criminal. En materia civil, la impugnación tiende a privar de eficacia probatoria el documento presentado, y en materia penal, lo que se procura es el castigo de los culpables. Cuando la refutación del instrumento se hace valer por vía principal, la acción que se ejercita es de las que se han denominado declarativas, que mucha importancia tienen en el derecho procesal de nuestros días, ya que permiten su ejercicio aún independientemente de toda contienda litigiosa.

Se procede por vía incidental cuando ya existe entablado un juicio en el cual la redargución se plantea. Como ésta situación es la más frecuente, ello nos explica el porqué nuestro Código de Procedimientos Civiles vigente se ocupa específicamente del "Incidente de falsedad civil".

Y esta falsedad civil- que es el tema que nos ocupa- puede dar lugar a que se redarguya tanto un instrumento público como un privado, según se prescribe en el Art. 287 Pr. Ahora bien ; Quedan o no comprendidos dentro de la disposición legal citada los instrumentos auténticos?. Para tal interrogante nos da la respuesta el doctor Oliva (66), en los siguientes términos: "Pueden redargüirse de falsos toda clase de documentos, a pesar de que el Art. 287 Pr., establece que pueden redargüirse de falsos los instrumentos públicos o privados en cualquier estado del pleito antes de la sentencia, con lo cual parece excluir a los que ahora se consideran como auténticos, pero tal cosa se debe a que el expresado artículo se ha mantenido igual desde su aparición en el Código de Procedimientos Civiles y Criminales de 1863 (Solo se ha suprimido la frase y en cualquier instancia). Y entonces sólo se admitían dos clases de documentos, los públicos y los privados, quedando comprendidos entre los primeros, los documentos auténticos: Por consiguiente el expresado artículo comprende también a los documentos auténticos, como a los privados reconocidos judicialmente, o legalizadas las firmas ante notarios de conformidad con el decreto legislativo del 19 de febrero de 1.881; dichos documentos privados en su origen, han dejado de serlos por la fe en ellos interpuesta por funcionarios autorizados".

Tal cual sucede en la verificación de firmas, para probar la falsedad, no es necesario formar incidente o artículo aparte, toda vez

que el documento falso se acompañe con la demanda o la contestación, ya que en esta hipótesis las probanzas se aducen en el término concedido - para lo principal de la causa, pero si se presenta el documento en el curso del juicio, entonces se procede como en la verificación formando artículo en los mismos casos que en ésta, tal como se explicó en el capítulo de los instrumentos privados.

La falsedad se decide en la misma sentencia definitiva que resuelve el asunto principal, y para comprobarla son admisibles todos los medios de pruebas conducentes, especialmente el informe de peritos, inspección ocular, cotejo de letras, etc. Ahora bien, cuando la prueba es testimonial, se exige, en conformidad al Art. 321 Pr., la concurrencia de cuatro testigos conformes y contestes, para establecer la falsedad de un documento público o auténtico, y de dos testigos si se trata de un instrumento privado.

Del estudio de la jurisprudencia nacional, constatamos que parte de ella, con toda seguridad influida por el pensamiento de respetables y antiguos autores, que tienen de la falsedad civil un concepto sumamente amplio, como es el caso de Escribano (67), para quien la falsedad puede ser: a) Por causa eficiente, tratándose de documento público, cuando se hizo -- por persona inhábil, es decir no autorizada; b) Por causa material, cuando se trata de casos reprobados por la ley; c) Por causa formal, tratándose de documentos sujetos a solemnidades o requisitos determinados, cuando no se han observado aquéllas o llenado éstos; d) Por causa final, por

estar raído o roto, o por vicio, de obrepción (Callendo una nulidad insub-sanable), o vicio de subrepción (Faltando a la verdad); constatamos de dicho estudio que, por regla general no se ha hecho el debido deslinde y separación entre falsedad y nulidad del instrumento, no obstante regirse por principios distintos, como lo prueben -entre otras- las sentencia publicada en la Revista Judicial del mes de julio de 1929, página 338, en la que la Cámara sentenciadora sostiene que la falsedad civil existe cuando a un documento o a cualquier otro acto "le falta alguna de las solemnidades o circunstancias que la ley exige para su validez y eficacia". Igual criterio, expuesto con las mismas palabras se sostiene en la sentencia publicada en la Revista Judicial del mes de enero de 1.930, página 101.

Finalmente, y por estar en íntimas relaciones con la materia que nos ocupa haremos una ligera referencia al Art. 45 I. que en su inc.3o. establece: "Si en el curso de un juicio civil se advierte que la acción -- tiene su origen en un delito perseguible de oficio, deberá el juez suspender el procedimiento para mientras se pronuncia sentencia ejecutoriada en el proceso criminal respectivo". Esta regla sólo tiene aplicación cuando se trata de una falsedad documental constitutiva de delito, pues existen falsedades puramente civiles que no constituyen en absoluto una conducta críminosa, tal por ejemplo: Una equivocación involuntaria que contenga el instrumento con respecto a la fecha, plazo, etc.

Consideramos que el fundamento jurídico del inc. 3o. del Art.

BIBLIOGRAFIA

CONSULTADA

- Aguirre Godoy M. rio: La Prueba en el Proceso Civil Guatemalteco.
- Alsina Hugo: Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.
- Alessandri Rodríguez Arturo y Somarriva Undurraga Manuel: Curso de Derecho Civil
- Alessandri Riva Fernández: Curso de Procedimiento Civil
- Alcalá Zamora y Castillo: Estudios de Derecho Probatorio  
Arrieta Gallegos Francisco; La Demanda. Cuadernos No. 19
- Arrieta Gallegos Francisco: Apuntes de sus explicaciones sobre el Código de Procedimientos Civiles, Libro lo.
- Benthan Jeremías: Tratado de las Pruebas Legales
- Díaz Uribe Hugo: La Prueba Documental en los Procesos Civil y Penal chilenos.
- De Pina Rafael: Tratado de las Pruebas Civiles
- De Vicente y Caravantes José: Tratado Histórico, Crítico-Filosófico, de los Procedimientos Judiciales en materia Civil.
- Claro Solar Luis: Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado.
- Couture J. Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3a. edición
- Esriche Joaquín: Diccionario de Legislación y Jurisprudencia.
- Fortín Magaña Romeo: La Acción Ejecutiva. Sus fundamentos y aspectos jurídicos. Revista Estudios.
- Franerino Nicolás: Lógica de las Pruebas en Materia Criminal.
- Gallinal Rafael: Estudios sobre el Código de Procedimientos Civiles.

González Carlos Emérito:	Teoría General del Instrumento Público
Lessona Carlos:	Teoría General de la Prueba en Derecho Civil.
López Ibarra Juan Antonio:	Los Instrumentos Notariales, Tesis doctoral.
Mustapich José María:	Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial.
Oliva Julio César:	La Prueba Instrumental, Tesis Doctoral
Pallares Eduardo:	Diccionario de Derecho Procesal Civil
Tomasino Humberto:	El Juicio Ejecutivo en la legislación Salvadoreña. Tesis doctoral.
Zavalata Roberto Antonio:	Breves Consideraciones sobre la Prueba en el Proceso. Tesis doctoral. Jurisprudencia Civil y Procesal Salvadoreña.

CITA DE AUTORES

- 1) Eduardo Pallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil. Pag. 595.
- 2) Francisco Carnelutti, citado por Eduardo Pallares, obra citada Pg.597
- 3) Juan Menéndez Pidal, citado por Pallares en su obra mencionada pag.592
- 4) Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3a.edición pag. 9.
- 5) Eduardo J. Couture, Obra citada, pag. 8.
- 6) Francisco Carnelutti, citada por Roberto Antonio Zavaleta, en su Tesis Doctoral: Breves consideraciones sobre la prueba y la notoriedad como prueba en el proceso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pag. 2.
- 7) Eduardo Pallares. Obra citada., pag. 618.
- 8) Chivenda y Liebman, citados por Rafael de Pina, Tratado de las Pruebas Civiles, pags. 18 y 19.
- 9) Roberto Antonio Zavaleta, obra citada, pags. 5 y 6.  
Joaquín Eseriche diccionario de Legislación y Jurisprudencia Pag.885
- 10) Eduardo Pallares. Obra citada. Pag. 251.
- 11) Carlos Anabalón Sanderson, citado por Hugo Díaz Uribe, en su obra La Prueba Documental, pag. 30.
- 12) Hugo Alsina, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo III. Pag. 391 a 395.
- 13) Rafael Gallinal Estudio sobre el Código de Procedimientos Civil, de los Instrumentos, pag. 292.
- 14) Hugo Díaz Uribe. La prueba Documental en los Procesos civil y penal chilenos, pag. 101.
- 15) Ursicino Alvarez Zuñez. Los orígenes de la contratación escrita, pag.10
- 16) José de Vicente y Caravantes. Tratado Histórico, Crítico-Filosófico, de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil. Tomo III, pag. 131.
- 17) José de Vicente y Caravantes. Obra citada. Pag. 132.
- 18) Eduardo Pallares. Obra citada. Pag. 253.
- 19) Juan Antonio López Ibarra. "Los Instrumentos Notariales". Pag. 10
- 20) Arturo Alessandri Rodríguez Y Manuel Somarriva Undurraga, curso de Derecho Civil, Tomo I. Vol. II, pag. 30.
- 21) De la Plaza, Derecho Procesal, (3a. edición), Vol. I. Pags. 496 a 497.
- 22) Claro Solar Luis, "Exlicciones de Derecho Civil Chileno comparado", VOL. III, de las obligaciones.
- 23) Manuel Somarriva Undurraga. Obra citada. Tomo I. Vol. II, pag. 44,
- 24) Julio César Oliva, Tesis Doctoral "La Prueba Instrumental", 1948. Pag.18
- 25) Juan Antonio López Ibarra. Obra citada. P g. 22
- 26) José de Vicente y Caravantes. Obra citada. Pags. 152 a 153.
- 27) José de Vicente y Caravantes. Obra citada. Vol. III. pag. 154.
- 28) Joaquín Eseriche, Obra citada. Pag. 890.
- 29) Juan Antonio López Ibarra. Obra cita. Pag. 61
- 30) Humberto Tomasino. El juicio ejecutivo en la legislación salvadoreña.
- 30a.)Dr. Julio César Oliva, obra citada. Pag. 23 y 24.
- 31) Dr. Salvat, citado por José María Mustapich, en su Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial, tomo 1. a la pag. 422.
- 32) Antonio V edanovich, (Curso de Derecho Civil, impartido por Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Tomo 1, vol, 11, pag.59.

- 33) Joaquín Escribano. Obra citada. Pag. 505.
- 34) Humberto Tomasino. Obra citada. Pag. 40.
- 35) Ronco Fortín Magaña. La acción Ejecutiva. Sus fundamentos y aspectos jurídicos. Revista Estudios. Publicaciones del Centro de Estudios Jurídicos. Pag.123.
- 36) Julio César Oliva, Obra. citada. Pag. 24.
- 37) Hugo Alsina. Obra citada. Vol.III, 412.
- 38) Hugo Díaz Uribe. Obra citada. Pag. 70.
- 39) Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. Obra citada. Vol. I Tomo II, pag. 46.
- 40) Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, obra citada, pag. 46.
- 41) Julio César Oliva. Obra citada. Pag. 36.
- 41a.) José María Mustapich. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial Tomo I., pag. 260.
- 42) Humberto Tomasino, Obra citada Pag. 57
- 43) José María Mustapich. Obra citada. Tomo I., pag. 260 y siguientes.
- 44) Hugo Alsina, obra citada. Vol. III, pag. 412.
- 45) Hugo Díaz Uribe. Obra citada. pag. 74.
- 46) Humberto Tomasino. Obra citada. Pag. 59 y siguientes.
- 47) Hugo Díaz Uribe! Obra citada, pag. 80.
- 48) Antonio Vodanovich. Redactor del curso de Derecho Civil citado, tomo I Vol. II., pag. 49.
- 49) Luis Claro Solar. Explicaciones de Derecho Civil Chileno, comparado VOL. III, obligaciones, pag. 709 No. 2658 y Pag. 7011-2071.
- 50) H. Díaz Uribe. Obra citada. Pag. 199.
- 51) Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, obra citada, Vol I, tomo II pag. 53.
- 52) Hugo Díaz Uribe. Obra citada. Pag. 193
- 53) Julio César Oliva. Obra citada. pag. 38
- 54) Julio César Oliva. Obra citada. pag. 39.
- 55) Hugo Alsina. Obra citada. Vol III, pag. 434.
- 56) Hugo Alsina. Obra citada. Vol III pag. 437
- 57) José de Vicente y Caravantes. Obra citada. Vol. III. pag. 160
- 58) Julio César Oliva, obra citada. pag. 44
- 59) Pothier, citado por Hugo Díaz Uribe en su obra la prueba documental a la pag. 77 y 78
- 59a.) Carlos Lessona, "Teoría General de la Prueba de Derecho Civil, tomo III. pag. 24.
- 60) Eduardo J. Couture. Obra citada, pag. 241
- 61) Eduardo J. Couture. Obra citada. pag. 248.
- 62) Eduardo J. Couture. Obra citada, pag. 273
- 63) Eduardo J. Couture. Obra citada, pag. 271
- 64) Niceto Alcalá Zamora y Castillo. Estudios de Derecho Preletorio. pag. 40.
- 65) Hugo Alsina, obra citada. Vol III, pag. 449
- 66) Julio César Oliva, Obra citada, pag. 45
- 67) Joaquín Escribano. Obra citada. Pag. 984,