

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA LEY DE
NOTARIADO EN VIGENCIA

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

RAFAEL CASTRO, h.

EN EL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO

SAN SALVADOR,

EL SALVADOR,

CENTRO AMERICA

ENERO DE 1964

*Paul. de la Cruz
D. L. 17 de 1964
1962.*

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

R E C T O R

Dr. FABIO CASTILLO FIGUEROA

S E C R E T A R I O G E N E R A L

Dr. MARIO FLORES MACALL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

D E C A N O

Dr. ROBERTO LARA VELAZO

S E C R E T A R I O :

Dr. MANUEL ATILIO HASBUN



PRIMER EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS CIVILES, PENALES
Y MERCANTILES

PRESIDENTE: Dr. Manuel Arrieta Gallegos
PRIMER VOCAL: Dr. José Ignacio Paniagua
SEGUNDO VOCAL: Dr. Rafael Ignacio Funes

SEGUNDO EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y
LEYES ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE: Dr. José María Méndez
PRIMER VOCAL: Dr. Francisco Arrieta Gallegos
SEGUNDO VOCAL: Dr. Francisco Alfonso Leiva

TERCER EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES, ---
CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

PRESIDENTE: Dr. Reynaldo Galindo Pohl
PRIMER VOCAL: Dr. Armando Napoleón Albanez
SEGUNDO VOCAL: Dr. Abelardo Torres

-----0000000000-----

--000000--

-00000-

-000-

-0-

I N D I C E:

CAPITULO I

FUNCION PUBLICA DEL NOTARIADO

- a)-Autorización para ejercer el notariado, Arts.10 y 15; b)-Inconstitucionalidad del Art. 11, en relación con el Art. 7; plazo de la inhabilitación. Conclusión; c)-Suspensiones y rehabilitaciones, Art. 8 No. 1o. y 2o; y d)-Sustitución del término suspensiones por el de incapacidad en el Art. 14.-..... Página 1.-

CAPITULO II

- a)-El Protocolo; b)-Testimonios; c)-Protocolizaciones y d)--Reposición del Protocolo..... Página 12.-

CAPITULO III

ESCRITURA MATRIZ

FE DE CONOCIMIENTO;

- 1o.)-Identificación de los otorgantes en los actos entre-vivos por medio de los testigos instrumentales; 2o.)-Identificación en los actos entre-vivos por cualquier otro medio idóneo a juicio del notario, y conocimiento por el notario de los testigos de conocimiento en los mismos actos; 3o.)-Abstención del notario de autorizar en caso no haya testigos de conocimiento en los actos entre-vivos, y necesidad de legislar acerca de la fé de conocimiento para los casos -- graves y extraordinarios, tratándose de los mismos actos;42)-falta de referencia en el Art. 40 No.4, del Juez de Primera Instancia respecto de la identificación del testador;y 5o)-Omisión de los requisitos que deben reunir los testigos de conocimiento.....Página 18.-

CAPITULO IV

ESCRITURA MATRIZ

- a)-Vacío en la ley acerca de los requisitos que debe llenar el intérprete o perito traductor; b)-Minuta de mudos o sordomudos que pueden darse a entender por escrito; c)-Lectura de un acto o contrato cuando el otorgante es sordo; d)-Requisitos que deben llenar las personas que firman a ruego en las actuaciones notariales; y, e)-Nulidad de escrituras públicas u otras actuaciones notariales..Página 25.-

CAPITULO V.

ESCRITURA MATRIZ

- A)-Necesidad de definir lo que constituye el interés conocido de los testigos instrumentales e inclusión de la incapacidad del ebrio; y b)-Requisitos de los testigos instrumentales en materia de testamentos.....Página 32.-

I N D I C E

CAPITULO VI

ESCRITURA MATRIZ

- a)-Actos y contratos sujetos a inscripción; b)-Falta de referencia del Juez de Primera Instancia con jurisdicción en lo Civil, en el Art. 41; c)-Redundancia en el Art.64 de la ley; d)-Omisión del Juez de Primera Instancia con jurisdicción en lo Civil, en lo relativo a responsabilidad notarial; y e)-Multas impuestas a los Agentes Diplomáticos y Consulares.-.....página 36.-

CAPITULO VII

ACTAS NOTARIALES

- a)-Incongruencias de los Arts. 1o. inc. 2o, 2 y 50 inc. 2o. - de la ley; b)-Supresión en el epígrafe del Capítulo V de la ley; c)-Omisión en la parte final del Art.1o.inc.2o.página 39.-

-----oooOOooo-----

DEDICO ESTA TESIS:

A mi tío:

ANTONIO CASTRO CARCAMO.

A mi esposa:

LORGIA G. de CASTRO.

A mis hijos:

RAFAEL ANTONIO CASTRO,
ANA CFCILIA CASTRO Y
SALVADOR EDUARDO CASTRO.

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

La Ley de Notariado en vigencia, ha sido para nosotros un verdadero incentivo a fin de estudiar siquiera un poco a los autores de Derecho Notarial, con el objeto de que con su ayuda, pudiéramos dar nuestra opinión, acerca de sus bondades y defectos.-

Como bondades de la ley, a nuestro juicio y en términos generales, anotamos: 1o)- El ser ordenada y sistemática, culidad como se sabe, de que carecía la ley derogada. 2o)- El de haber sido puesta al día con los avances de la doctrina de Derecho Notarial, y que ya otras legislaciones han acogido; por ejemplo: la admisión de la mujer en las actuaciones notariales y la supresión de los testigos instrumentales en las mismas. Aunque nuestro legislador ha seguido el criterio eclético en dicha materia, creemos que para nuestro medio, y en especial como una garantía para el notario, es el que se impone aceptar. 3o)- El haber restringido el ejercicio de la función del notariado, única mente a los salvadoreños y centroamericanos a base de recipro cidad, ya que no se justificaba la liberalidad que nosotros teníamos para con los extranjeros que habían obtenido su título de abogado en nuestro país, y que no se observo respecto de nosotros en los países a que aquéllos pertenecen.-

En atención a los defectos que a nuestro parecer existen en la ley, sin pretender en modo alguno haber puesto de manifiesto todos los que en realidad pueda contener, puntualizamos algunos, ya que de ellos nos ocuparemos en el curso del trabajo que pronto iniciaremos. Ellos son: Omisión de los requisitos que deben de tener los testigos de conocimiento, el intérprete o perito traductor y las personas que firman a ruego en las actuaciones notariales.-

C A P I T U L O I

FUNCION PUBLICA DEL NOTARIADO

- a)- Autorización para ejercer el notariado, Arts. 10 y 15; b)- Inconstitucionalidad del Art. 11, en relación con el Art. 7; plazo de la inhabilitación. Conclusión; c)-Suspensiones y rehabilitaciones, Art. 8 No. 1o. y 2o; y d)-Sustitución - del término suspensiones por el de incapacidades en el Art. 14.-
-

a)-Respecto de los Arts. 10 y 15 de la Ley de Notariado, cabe - hacer las siguientes consideraciones:

La primera de las disposiciones citadas establece: -

"que los acuerdos respectivos que emite la Corte Suprema de Justicia, contentivos de la nómina de abogados a quienes autorice para el ejercicio del notariado en forma permanente; los aumentos de la misma; y la ampliación de dicha nómina, en caso de omisión, deberán ser publicados en el Diario Oficial!"-

En la referida nómina como se vé, no se dijo nada en - lo que respecta a desde cuándo ha de tenerse al notario como -- tal; es decir, si desde que se emitió el acuerdo autorizándolo - para el ejercicio de la función, o si desde que el mismo se publica en el Diario Oficial; pero en verdad no era necesario que lo dijera, porque como ya sabemos, toda ley, decreto, reglamento o acuerdo emanado de los poderes públicos, para que entre en vigencia, debe publicarse; y en consecuencia, ninguna objeción- cabe hacer a la disposición de que tratamos, desde el punto de vista de la Doctrina de Derecho Público, ya que está de acuerdo con ésta en lo relativo a vigencia de los acuerdos.-

Pero si a continuación, leemos el Art. 15 de la Ley de Notariado, nos damos cuenta que dicha ley, sigue un criterio o - puesto al que sostiene en lo referente a vigencia de las normas (sean de carácter abstracto y general, o individualizadas y con-

cretas), la Doctrina General de Derecho Público a que ya aludimos. En efecto, allí se dice que la omisión del nombre de un notario en la nómina de modificaciones, no le impide el ejercicio del notariado si estuviere autorizado conforme a la ley; que en tal caso, la Corte, de oficio, o a petición del interesado, mandará ampliar la nómina, adicionando el nombre del excluido cuando fuere procedente; y que se publicará la adición en el Diario Oficial.-

Quiere decir, entonces, que para la Ley de Notariado en vigencia la publicación del acuerdo en que se le autoriza al notario para el ejercicio de la función, no es necesario hacerla previamente; pues le basta para dicho ejercicio, estar autorizado por el simple acuerdo, y la publicación del notario omitido en la nómina de modificaciones, se hará después de emitido el acuerdo respectivo.-

Como ya afirmamos no es ese el criterio que sostiene la Doctrina de Derecho Público. Esta nos enseña:

a)-Que todo acuerdo de los poderes públicos es en definitiva una ley, aunque no lo sea desde el punto de vista formal, pero sí del material; b)-Que todo acuerdo constituye una norma individualizada o concreta; y, c)-Que a nadie se le puede tener como funcionario público, sino es a partir de la publicación del acuerdo en que se le nombra, y que lo actuado por él antes de la misma, es nulo.-

Ahora bien, si aplicamos los conceptos preinsertos a la función pública del notariado, tendremos:

1º)Que el acuerdo por el cual se autoriza al notario para el ejercicio de la función, siendo una norma individualizada, vale decir, una ley desde el punto de vista material, no

qué plazo o término, inhabilitaría la Corte al notario?. Lo ignoramos. Pero sí sabemos que no ha de ser a perpetuidad.-

Esto mismo de la incertidumbre del plazo viene a reforzar nuestro aserto, de que es preciso juzgar previamente al notario por los hechos de inhabilidad y por los tribunales del fuero común; ya que en tal caso, la Corte, a posteriori, procedería a la exclusión del notario, por existir sanción penal contra él y por el término que fije la sentencia respectiva; todo de conformidad al Art. 6 No. 5 de la Ley de Notariado; sin perjuicio de suspenderlo al decretarse el auto de detención que prescribe el Art. 8 N^o 3^o de la misma ley.-

De lo que hemos expuesto, concluimos: que si bien debe mantenerse el primer inciso del Art. 11 que establece el procedimiento para incapacitar, inhabilitar o suspender al notario, el inciso 2^o, en cambio, ha de reformarse en el sentido de expresar, que en los casos de inhabilidad, la Corte no resolverá con solo robustez moral de prueba, sino con base en la sentencia condenatoria ejecutoriada que se haya pronunciado en el juicio respectivo.-

Somos de opinión que dicho inciso reformado, podría ser del tenor siguiente: "La Corte recogerá de oficio las pruebas que fueren pertinentes y resolverá con solo la robustez moral de las que resulten del proceso; salvo en los casos de inhabilidad, que resolverá con base en la sentencia condenatoria ejecutoriada, que haya recaído en el juicio respectivo".-

En esta forma se subsanaría, a nuestro juicio, la inconstitucionalidad del Art. 11 y a que hemos aludido.-

c)-Establece el Art. 8 de la ley en el numeral primero, que podrán ser suspendidos en el ejercicio del notariado, los -

que por incumplimiento de sus obligaciones notariales, por negligencia o ingnorancia graves, no dieren suficiente garantía en el ejercicio de sus funciones.-

A dicho numeral hacemos las siguientes observaciones:

1o.)-Al notario suspendido por incompetencia en el ejercicio de la función, no sabemos cuáles serían los elementos de juicio que la Corte tomaría en cuenta para rehabilitarlo, porque estando suspendido no lleva ningún protocolo, ni puede autorizar actuación notarial de ninguna clase, para poder apreciar si el notario negligente o ignorante, es actualmente diligente y versado en el ejercicio de la función.-

2o.)-Tampoco aparece por qué término ha de estar suspendido el notario, ni expirado qué lapso podrá intentar la demanda de rehabilitación, ya que el Art. 13 solamente preceptúa, que podrá rehabilitarse cuando desaparezcan las causas que motivaron la exclusión.-

Puntualizados los vacíos de que adolece el numeral a que nos referimos, sólo nos resta indicar cómo podrían llenarse los mismos.-

A nuestro juicio se hace necesario, en primer término, establecer el plazo por qué estará suspendido el notario, ya que algún límite tiene que existir, pues las penas perpetuas, como se sabe, están prohibidas por la Constitución. En segundo lugar, legislar, además, respecto de que expirado el plazo de la suspensión, podrá el notario solicitar examen de suficiencia ante la Corte, a fin de acreditar su competencia en la función, pues no habría otro medio viable y practicable para éllo.-

Con el objeto de resolver la situación planteada, somos de parecer que se dicte la norma pertinente, redactada en la --

forma que a continuación expresamos: "Art. ____ En los casos del número primero del Art. 8 la suspensión durará (tal plazo). Expirado dicho término, el notario podrá solicitar examen de suficiencia ante la Corte Suprema de Justicia, para el efecto de rehabilitación.-

El numeral 2º del Art. 8 de la ley, nos dice que podrán ser suspendidos en el ejercicio del notariado los que observaren mala conducta profesional o privada notoriamente inmorral. Hablaremos primero de la mala conducta profesional y enseguida de la mala conducta privada.-

1o.)-Respecto de la mala conducta profesional cabe formular algunas objeciones:-Veámoslas:

El notario suspendido por dicho motivo no podría rehabilitarse, pues tal como acontece en el número primero de que ya nos hemos ocupado, se carecería de los medios para tener por cierto e indubitable, que el notario de mala conducta profesional, observa en el presente buena conducta; y ello precisamente porque estaría materialmente imposibilitado para acreditar buena conducta profesional acerca de una función que no ejerce por estar suspendido.-

Por otra parte, como el Art. 4 de la Ley de Notariado, exige como uno de los requisitos para ser notario el de ser abogado, cabría preguntar si es buena conducta como notario o como abogado lo que habría que probar para rehabilitarse. Como suponemos que es lo de notario, no habría modo de rehabilitarse, por la razón que ya manifestamos. Ahora bien, ¿Cómo se podría solucionar el caso?. Nosotros creemos que para dar respuesta satisfactoria a la interrogante, sería preciso indicar previamente en

la ley el plazo de la suspensión (tal como propusimos para el número 12 del Art. 8).-Enseguida establecer que expirado el término de la misma, el notario quedará rehabilitado de pleno derecho; sin perjuicio de suspenderlo nuevamente por el mismo motivo, si hubiere lugar a élllo.-En conclusión: somos de opinión de que se legisle acerca del plazo que durará la suspensión del notario por mala conducta profesional, y que se diga también -- que expirado aquél, se le tendrá por rehabilitado de pleno derecho. La disposición podría ser del tenor siguiente: "En los casos de mala conducta profesional, la suspensión durará (tal plazo). Expirado dicho término, se tendrá al notario por rehabilitado de pleno derecho; sin perjuicio de suspenderlo nuevamente si hubiere lugar a ello.-"

22)-Pasamos a considerar ahora lo referente a la mala conducta privada notoriamente inmoral:

Para estos casos no encontramos duda alguna, respecto de la rehabilitación del notario; ya que para conseguirlo, podrá probar su buena conducta con hechos positivos que establezcan de modo inequívoco que el notario ha dejado de observar la mala conducta que motivó la suspensión; siendo lo único que no sabemos, es que cuándo o pasado qué tiempo podrá el notario promover la acción de rehabilitación; pues de modo igual que en los demás casos de los números 10. y 20. del Art. 8 de la ley, éste no menciona término alguno, por el cual aquél estará suspen- dido.-

Luego, se impone aquí también consignar lo atingente al plazo de la suspensión, como en los demás casos de que hemos hablado. Por último y en relación con las disposiciones de que venimos tratando, diremos: que el tiempo de la suspensión del -

notario, para todos los casos en que la ley ha guardado silencio, podría ser el de tres años, adoptando el criterio que para suspender del ejercicio de la abogacía y del notariado, sigue el Art. 48, fracción 6a. de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y que el Art. 8 de la ley, hace falta agregarle un numeral más, redactado en estos términos: "4a.-En los demás casos que determine la ley".-En efecto, la disposición tal como se encuentra redactada no aparece como taxativa, ni es taxativa, pues existen otros casos de suspensiones en la propia Ley de Notariado, por ejemplo: Arts. 63 inc. 2º y 66, y también en otras leyes; pero sería conveniente como en otros casos lo hace la ley (ver Art. 33 que habla de nulidad de escritura matriz), que se introdujera el numeral mencionado, para que aparezca de manifiesto que existen en las leyes otros motivos además de los enumerados para suspender al notario. Lo propio ha de decirse de las inhabilidades del Art. 7 donde debe aludirse a los otros casos que comprende la ley. Ej. Art. 63, inc. 2º.-

Como casos de suspensión previstos en otras leyes distintas a la del notariado, podemos citar los consignados en el Art, fracción y Ley que recientemente hemos mencionado, que en sus dos últimos incisos expresa: "El abogado que se negare a desempeñar la judicatura para que fuere nombrado de conformidad con el inciso anterior, sin causa suficiente calificada por el Tribunal, será suspendido del ejercicio de la abogacía y del notariado por un término de tres años. La misma sanción se impondrá al abogado que ejerciendo una judicatura en cumplimiento de la obligación anterior, fuere destituido de conformidad con la Ley Reglamentaria de la Carrera Judicial.-

d)-Estimamos que en el Art. 14 de la ley debe suprimirse la palabra suspensiones, y sustituirlas por el vocablo -- incapacidades, por la razón siguiente: La lista permanente de -- notarios, no solamente puede ser modificada por nuevas autori-- zaciones, suspensiones y rehabilitaciones, sino también por motivo de inhabilidades e incapacidades sobrevinientes, resueltas en juicio sumario (y no sumariamente como dice la ley), de acuerdo al No. 6 del Art. 6 de la misma.-

Al hacer la sustitución que se propone, la palabra incapacidades comprende todo lo manifestado en el Art. 6 de la -- ley, en el cual se encuentran, precisamente, las suspensiones e inhabilidades. En consecuencia, redactaríamos la disposición -- del modo siguiente: "Art. 14.-La Corte Suprema de Justicia formulará y publicará en el Diario Oficial, en la primera quincena del mes de diciembre de cada año, una nómina por orden alfabético que contenga las modificaciones a la lista permanente en razón de nuevas autorizaciones, incapacidades y rehabilitaciones". Con esta redacción nos parece quedaría concebida la disposición en forma que comprendería todos los casos de incapacidad del -- Art. 6 de la ley, que afecten al notario, y no solamente las -- suspensiones e inhabilitaciones de los Arts. 7 y 8 de la misma, y a que se hace referencia actualmente.-

-----oooOoooo-----

CAPITULO I I

- A)-El Protocolo; b)- Testimonios; c)- Protocolizaciones y
d)- Reposición del Protocolo.-

a)-En el Art. 16, inc. 1o. se dice: "notario", y siendo --
disposición general, que el protocolo estará constituido por li-
bros numerados correlativamente y que serán formados, legaliza--
dos y llevados, sucesivamente, creemos, debió haberse hecho men-
ción de las demás personas que ejercen la función del notariado:
Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo Civil, Agen--
tes Diplomáticos y Consulares. Esto se deduce del hecho de que -
no existen disposiciones especiales en el texto de la ley, res--
pecto de los libros de protocolo que llevan aquéllos funcionarios
que contradigan lo que afirmamos.-

En cambio, en el inc. 2º del mismo artículo, creemos que -
además de los notarios, solamente debe incluirse a los Agentes -
Diplomáticos y Consulares, por ser las atribuciones de éstos i--
dénticas a las de los notarios. En efecto: pueden dichos funcio-
narios asentar en el protocolo que llevan, actos, contratos y de-
claraciones, sujetándose únicamente a lo que prescribe el Art. -
69 de la ley.- La parte final del inciso, que entendemos se re--
fiere a las actas notariales y que dice: "salvo los exceptuados
por la ley", también es de aplicación indudable a los funciona--
rios de que nos venimos ocupando, pues perfectamente pueden le--
vantar aquéllos, actas, de conformidad con lo que establece el -
Art. 70, que dice: "Los jefes de Misión y Cónsules mencionados, _
en lo que se refiere a la autorización de los instrumentos públi-
cos y demás actos notariales...etc..etc!"- Las actas notariales -
pues, pueden autorizarlas los aludidos funcionarios, con tal que
se sujeten a lo dicho en el Art. 69, ya que la expresión "y de--
más actos notariales" contenida en la disposición últimamente --

mencionada, los faculta para éllo. Finalmente nos parece que debió incluirse en el inciso, las protocolizaciones de que se ocupa la ley, pues también, como su nombre lo indica, se asientan en el protocolo.-

Para los jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo Civil, somos de parecer que es necesario agregar un inciso, por la razón de que aquéllos tienen limitada la función de notariado a la autorización de testamentos solemnes, y, además (aunque la ley no lo diga en el Art. 5, inc. 2º) a la de protocolización de testamentos cerrados. Arts. 874 y 875 Pr.-Dicho inciso lo redactaríamos así: "Los jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo Civil, asentarán en el protocolo únicamente los actos que autoriza esta ley y los demás que otras leyes prescriban".-Con esta redacción quedarían comprendidas las protocolizaciones de testamentos cerrados que ha dejado fuera la Ley de Notariado en vigencia, al referirse en el Art. 5 a la función de notariado ejercida por los jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo Civil.-

No existe disposición en la ley que nos manifieste quien legaliza el protocolo que lleva el Juez de Primera Instancia con jurisdicción en lo Civil, ya que el Art. 31, inc. 2º. solamente nos dice que llevarán el sello del juzgado y las hojas de que se compondrá el protocolo. No vemos ninguna razón para que no se legalicen al igual que se procede con los libros de protocolo que han de llevar los agentes diplomáticos o consulares, y de que habla el Art. 71 de la ley; es decir, para que sean legalizados por la Sección de Notariado de la Corte Suprema de Justicia.-

b)-En el Art.43 de la ley, sólo se aludió al notario, olvidándose que el juez de Primera Instancia también puede expedir -

testimonios en casos de testamentos abiertos.-

Igual omisión existe en el Art.45, que trata de la expedición de testimonios por el Secretario de la Corte Suprema de Justicia, en caso de protocolos ya devueltos. No existe, en cambio, en el Art. 46 porque en el Art.47, inc. 4º., se impone a los jueces de Primera Instancia respecto de testamentos nuncupativos la misma obligación que a los notarios. Deberán remitir el testimonio correspondiente.-

En el Art. 48, nuevamente encontramos la ausencia del Juez de Primera Instancia; es obvio, que en los casos de destrucción, extravío o inutilización total o parcial de un protocolo que lleve o haya llevado un juez de Primera Instancia, el interesado también podrá obtener traslado del testimonio de un testamento abierto, que el Art. 47, inc. 4º. le impone la obligación de remitir a la Sección del Notariado.-

Notamos que en el Art.52, no se define que debe entenderse por "interés directo" de los terceros, para el efecto de expedir a su favor los testimonios a que tuvieran derecho. No hemos podido encontrar en la doctrina nada al respecto; pero es indudable que no ha de quedar al arbitrio del Notario, estimar aquel interés; no porque se dude de su capacidad para apreciarlo, sino porque habría disparidad de criterios para enjuiciar aquel interés, a falta de disposición legal.-

c)- En el Art. 55 No. 2, solamente se dice: "que el notario" actuará por sí y ante sí; pero notamos que debe decir "notario o Juez de Primera Instancia", pues no sólo el notario puede protocolizar en los casos que determina la ley, por ejemplo: particiones, sino también el Juez de Primera Instancia: protocolizaciones del testamento cerrado tenido por legítimo, en el protocolo que lleva el juzgado que conoció de las diligencias respectivas. Arts. 874 y 875 Fr.-Esto por una parte.-

Por otra parte, creemos que el referido numeral de la disposición que nos ocupa, contiene protocolizaciones ordenadas -- por la ley solamente, pues no conocemos otras, es decir, no conocemos protocolizaciones ordenadas por resoluciones judiciales, que a su vez no estén ordenadas por la ley; vale decir que solamente existen éstas.-

Ahora bien, siendo esto así, las protocolizaciones preceptuadas por la ley y a que se refiere el numeral arriba dicho, tiene irremisiblemente que procederse a ellas, si aquéllos que tienen interés en asegurar sus derechos quieren quedar garantizados en los mismos. Pero dada la forma en que aparece redactado el -- numeral "Podrán protocolizarse", no creemos que se haya podido -- comprender a las protocolizaciones ordenadas por la ley, por ejemplo: particiones y testamentos cerrados, porque esto no es facultativo proceder a ellas, sino que "deben protocolizarse".- Por -- tanto, sugerimos que las protocolizaciones del Nº 2 del Art. 55, se saquen de allí y se forme disposición aparte respecto a ellas, por contener protocolizaciones que preceptivamente contempla la ley, y no ser de índole facultativa u opcional.-

Y hablando de protocolizaciones, con motivo de los testamentos menos solemnes o privilegiados, surge la duda siguiente: ¿Cómo se procedería a protocolizar esa clase de testamentos, llegado el caso? .-La duda se presenta, porque el Capítulo IV del Título III del Libro III del Código Civil, tratándose de dichas -- protocolizaciones se remite al Art. 1023 C.; pero al remitirse a esta disposición, con la nueva Ley de Notariado que la ha derogado, se está remitiendo a algo que ya no existe, por lo que no -- sabemos conforme a que ley se habrán de protocolizar aquellos -- actos de última voluntad. Es indudable que el legislador al dictar la nueva ley y derogar el Art. 1023 C., en todas sus partes

no se percató de que dicha disposición debió haber quedado vigente, en lo que respecta a protocolizaciones de testamentos menos solemnes o privilegiados.-Concluimos en consecuencia, que es necesario dictar la disposición pertinente para llenar ese vacío que en el Código Civil ha quedado, y que la Ley de Notariado en vigencia no subsana.-

d)-Es extraño que en la ley se destine todo un capítulo (el Cap. VI) a la reposición del protocolo, y en él no se contenga disposición alguna acerca de ello. En efecto, todos los artículos en él consignados hablan de cualquier cosa, menos de reposición de protocolo. Si consultamos la doctrina, por ejemplo, a José María Sanshuja y Soler en el Tomo 2º de su obra "Tratado de Derecho Notarial", de la pág. 203 a 214, nos daremos cuenta que el prestigiado autor nos dice: "que la reposición del protocolo o reconstitución del mismo, en España, motiva un expediente en el cual se vierten toda clase de pruebas, incluso la testifical, seguido o promovido ante un notario, y finalmente aprobado por la autoridad judicial, quien en definitiva ordena su protocolización; que la protocolización se concretará al auto judicial y el documento mismo que, según lo acreditado en el expediente, ha de sustituir al original destruido; y que los demás documentos del expediente se conservarán en la notaría, en legajo especial, al cual se hace referencia al formalizarse la protocolización". Lo subrayado en la cita anterior es nuestro.- Ahora bien: de conformidad con lo expuesto por el autor antes citado, reposición es reconstitución. Si consultamos en el Diccionario de la Real Academia Española la voz reconstitución, vemos que significa: "volver a dar forma a algo que existió". Entonces, si aplicamos tal acepción a la reposición del protocolo, éste tendrá por finalidad volver a dar vida a la escritura matriz.-

En consecuencia, creemos que a nada de esto se ha referido el Capítulo de la ley que consideramos, habiendo notoria discordancia entre lo que entiende la doctrina por reposición o reconstitución de protocolo y lo que entiende nuestra ley, y que se trata de una sucesión o entrega de un nuevo libro de protocolo - pura y simplemente, pero no de reposición del mismo.-

Abona nuestro criterio lo que establece el Art. 60 de la ley, ya que en el inciso 1º se dice que se trata de "un nuevo libro". A continuación el inciso 2º del mismo artículo, también nos dice: "Que se hará constar en la razón de legalización correspondiente la circunstancia de haberse extraviado, destruido o inutilizado, total o parcialmente el anterior". Quiere decir esto que el nuevo libro no ha de sustituir al extraviado, destruido o inutilizado, sino que será un libro con su correspondiente numeración correlativa y que tendrá su propia individualidad.-

Para terminar y por lo expuesto, somos de opinión que el epígrafe del Capítulo VI de la ley diga, en vez de "Reposición de Protocolo", "Entrega de nuevo Protocolo", ya que con esa sustitución que se propone, habrá armonía entre dicho epígrafe y lo que en él se legisla.-

Respecto de los protocolos que llevan los jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo Civil y Agentes Diplomáticos y Consulares en el exterior de la República, observamos que nada se ha legislado, para los casos de extravío, destrucción o inutilización de aquellos protocolos. Ignoremos si ha de seguirse la información sumario que prescribe el Art. 58 de la ley, qué autoridad conocerá de la misma, y por último, con qué fin se seguirá. Vemos que la ley no autoriza que se dé un nuevo libro de protocolo para los casos eludidos. Tampoco se dispone nada en absoluto qué deberá hacerse cuando el protocolo inutilizado o extraviado aparezca. Debe en consecuencia, legislarse para esos respectos.

C A P I T U L O I I I

ESCRITURA MATRIZ

FE DE CONOCIMIENTO:

1o.)-Identificación de los otorgantes en los actos entre-vivos por medio de los testigos instrumentales; 2ª)-Identificación en los actos entre-vivos por cualquier otro medio idóneo a juicio del notario, y conocimiento por el notario de los testigos de conocimiento en los mismos actos; 3ª)-Abstención del Notario de autorizar en caso no haya testigos de conocimiento en los actos entre-vivos, y necesidad de legislar acerca de la fe de conocimiento para los casos -- graves y extraordinarios, tratándose de los mismos actos; 4ª)-Falta de referencia en el Art. 40 No. 4, del Juez de Primera Instancia, respecto de la identificación del testador; y 5o)-Omisión de los requisitos que deben reunir los testigos de conocimiento.-

1o)-Notamos que la Ley de Notariado en vigencia, al ocuparse de los testigos de conocimiento o fidefacientes, como también se les llama en la doctrina, para identificar a los otorgantes, únicamente ha sido explícita en materia de testamentos, cuando allí se permite proceder a identificar al testador por medio de los mismos testigos de asistencia o instrumentales, Art. 40 No. 4.- Pero en el Art. 32 No.5, nada se dijo para los demás actos o contratos. Consideramos que ningún inconveniente habría para que el mismo criterio sustentado por el legislador en materia de testamentos se siga en cualquier acto o contrato.-

Por otra parte, se facilitaría, al igual que en los testamentos, la identificación de los otorgantes en las demás actuaciones notariales. Creemos que sería del caso ampliar el numeral 5o. del Art.32 a que nos referimos, en el sentido de decir expresamente que con los testigos instrumentales podrá identificarse a los otorgantes, alejando de este modo toda duda sobre el particular. No está demás aludir a lo que establecen algunas legislaciones extranjeras acerca de lo que venimos hablando, entre ellas la portuguesa y la española. Respecto a la primera, Mateo

Aspeitia Estaban, a la página 124 V.I de su obra "Derecho Notarial Extranjero", nos afirma lo siguiente: "que la legislación portuguesa permite que los testigos instrumentales o de asistencia sean simultáneamente testigos de conocimiento, tanto en los testamentos y en los autos de aprobación como en las escrituras y demás instrumentos".-

Para la segunda de las legislaciones (la española) veamos lo que nos dice el eminente notarialista José María Sanahuja y Soler, a la página 459, Tomo I de su obra "Tratado de Derecho Notarial": "c)-El precepto fundamental sobre la fe de conocimiento en la legalidad vigente es el Art. 23 de la ley, cuya redacción es como sigue: Los notarios darán fe en los instrumentos públicos de que conocen a las partes o de haberse asegurado de su conocimiento por el dicho de los testigos instrumentales o de otros dos que les conozcan y se llamarán por tanto, testigos de conocimiento. También darán fe de vecindad y profesión de los otorgantes. En los casos graves y extraordinarios en que no sea posible consignar por completo estas circunstancias, expresarán cuanto sobre ello les consta de propia ciencia, y manifiesten los testigos instrumentales y de conocimiento".-

Según los párrafos transcritos, se vé que ningún obstáculo existe para identificar en las actuaciones notariales por medio de los testigos instrumentales; de lo contrario, las legislaciones ya mencionadas, que son de las que se reputan como de más avanzadas en materia notarial, se habrían pronunciado en contra de su admisión.-

2o)-Se observa siempre, en relación con el Art. 32 No. 5 de la ley, que éste también calló sobre si se puede proceder a identificar por cualquier otro medio idoneo a juicio del notario en los instrumentos públicos, a falta de testigos de conocimiento, del mismo modo que se permite tratándose de testamentos. Como

perito, no es sino la declaración o relación de un testigo calificado; y la Doctrina de Derecho Notarial a su vez asigna a todo testimonio los requisitos de capacidad intelectual, probidad e imparcialidad.

Luego, pues, en la Ley de Notariado en vigencia se ha pasado por alto lo que prescribe tanto la doctrina de derecho procesal, como la de derecho notarial, acerca de los requisitos que debe tener todo perito, constituyendo esa omisión un vacío notorio y que se debe llenar a la mayor brevedad posible, dada su innegable importancia y trascendencia en las actuaciones notariales.-

Cabe poner de manifiesto que tal como está la Ley, puede ser perito traductor cualquiera, con tal que además de saber el idioma de que se trate, sea mayor de edad. No importaría en consecuencia, que el perito fuera ciego; que estuviera condenado por delito contra la propiedad o por falsario; que tuviera interés conocido en el acto o contrato; que fuera cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario o de alguno de los otorgantes; y finalmente, puede ser perito intérprete alguien a quien el notario no conozca.-

En conclusión, opinamos que se impone legislar en el sentido de extender a los peritos intérpretes, los mismos motivos de idoneidad que actualmente se encuentran establecidos para los testigos instrumentales en el Art. 34 de la Ley de Notariado en vigencia; siendo de hacer notar, para resaltar la importancia y trascendencia a que ya hicimos mención, el hecho de que legislaciones extranjeras como la española y la argentina, preceptúan que el perito-intérprete, ha de revestir carácter oficial, según leemos en las obras de José María Sanahuja y Soler y José María -

Mustapich respectivamente.-

b)-Notamos que el Art. 32 No. 2 de la Ley de Notariado en vigencia, se refiere al otorgamiento de escrituras públicas por personas que no puedan expresarse en el idioma castellano, regulando como ha de proceder el notario a la redacción del acto o contrato con base en la minuta traducida por el intérprete o intérpretes nombrados por los otorgantes. Creemos que en ese numeral de la ley, debió haberse comprendido otros casos, como los contemplados en la legislación argentina, por ejemplo. (Argentino I. NERI. Tomo II, pág.42).-

En efecto, en dicha legislación se exige según el autor mencionado, minuta suscrita o reconocida por el o los otorgantes, ante el notario, cuando se trata de sordo-mudos o mudos que sepan darse a entender por escrito, que debidamente traducida servirá para proceder a escriturar. De no ampliarse esa disposición a los casos enunciados, en que intervengan las personas antes mencionadas, consideramos que podría aplicarse por analogía lo que actualmente se dispone respecto de la minuta de los extranjeros que ignoran el idioma castellano, a los sordo-mudos o mudos extranjeros que puedan darse a entender por escrito en su propio idioma. Igualmente podría extenderse lo de presentar minuta a los sordo-mudos o mudos que puedan escribir el idioma castellano, por no estar prohibido proceder así. Pero con la finalidad de evitar toda duda al respecto, nos parece deberían consignarse en el No. 2 del Art. 32 de la ley. -

c)-Cuando el otorgante es sordo, respecto de la lectura del instrumento, dispone la ley que lo leerá él mismo si supiere, callando la disposición (Art. 32 Nº 11) cuando el sordo no supiere o no pueda leer.-

Tal como está redactada la ley, bastará la lectura -- del notario solamente ante el sordo, por la razón que ni siquiera la concurrencia de testigos es obligatoria (Art. 34, inc 1o.) lo cual resultaría absurdo.-Creemos que para el caso debió haberse hecho obligatoria la asistencia de testigos, así como se exige para el caso de que el otorgante fuera ciego, mudo o no pueda darse a entender en el idioma castellano. En esta forma, la lectura que la ley impone al notario tendría sentido, puesto que los testigos presenciarían este acto. Por otra parte, con dicha concurrencia se facilitaría al sordo designar a uno de los testigos para el acto de la lectura del contrato, sin perjuicio de que pueda rogar a otra persona para ese efecto. Este último criterio es el que adopta el legislador en el Código Civil, tratándose del testamento nuncupativo otorgado por un sordo. Art. 1012 C. inc. 3o., que no se vé ningún inconveniente para hacerlo extensivo a cualesquiera otro acto o contrato.-

d)-La Ley de Notariado en el Art. 32 No.12, al hablar de las personas que firman a ruego, solamente exige como requisito, que se trate de una persona mayor de dieciocho años de --- edad.No habría necesidad de legislar, creemos, si solamente pudieran firmar a ruego los testigos instrumentales. Decimos esto, porque legislaciones de otros países, la Argentina por ejemplo, sí se ocupan de la situación contemplada. En efecto, allí se establece la disposición legal que a continuación se expresa: "no podrán firmar a ruego los sordomudos, mudos, dementes, ciegos, los fallidos o concursados". Por tanto, es de considerar que, dada la seriedad de los instrumentos públicos, no se podría aceptar que un llido o concursado, por ejemplo, suscribiera a ruego en cualquier -

instrumento público. En todo caso, habría bastado, a nuestro juicio, exigir para el que firma a ruego las mismas condiciones o requisitos que para ser testigo instrumental, establece el Art. 34 de la ley y no limitarse a requerir únicamente el relativo a ser mayor de dieciocho años. Observamos que acontece aquí lo mismo que cuando se trató de los testigos de conocimiento, pues en ambos casos calló la ley que actualmentenosrige, acerca de los requisitos que deben concurrir en éstos. Al requerirse en la misma Ley de Notariado únicamente el requisito de ser mayor de dieciocho años para poder firmar a ruego en las actuaciones notariales, no se ha progresado mayor cosa, aunque la Ley de Notariado derogada por la vigente, ni siquiera aquel requisito exigía cuando firmaba a ruego la persona que el otorgante u otorgantes elegían.-

e)- Estimamos que ni la Ley de Notariado vigente ni la anterior, no tratan de la situación de la habilidad putativa de los testigos instrumentales, o sea del caso en que uno o todos los testigos instrumentales adolecen de algún motivo que los haga incapaces de testificar en las actuaciones notariales que los requieran, pero que en concepto público, se reputen como capaces.- En ambas leyes, pues, se ha exigido que los testigos sean hábiles, que reúnan los requisitos que en las mismas se ha requerido. Para la ley en vigor serían los que señala el Art 34 de la misma, y el Art. 1007 C., modificado.-

Como la incapacidad de los testigos instrumentales es algo que no siempre ha de controlar el notario, por no aparecer de manifiesto en muchos casos, estatendible lo que otras legislaciones, como la Argentina, que hemos consultado para el caso, establece en relación con la máxima de que el error común hace derecho. En efecto, el Código Civil Argentino, se pronuncia clara y

y terminantemente en favor de la aludida máxima, tratándose de testigos instrumentales que aparentemente se reputan capaces y tenidos como tales en el grupo social en que se mueven. Vale decir, acepta la habilidad putativa para consolidar el acto en que hayan intervenido.-

Aquel cuerpo de leyes establece: "Art. 991.-El error común sobre la capacidad de los testigos incapaces que hubieren intervenido en los instrumentos públicos, pero que generalmente eran tenidos como capaces, salva la nulidad del acto." (José Maximá Paz, "Escrituras públicas", pág. 289).-

Por tanto, creemos conveniente introducir en la Ley de Notariado en vigor, la disposición pertinente, análoga a la del Código Civil Argentino que citamos, no por afán de copiar, ni de trasplantar disposiciones que talvez no se adapten a nuestra realidad, sino por implicar la adopción de la máxima del error común, un principio de derecho justo en grado superlativo.-

Aludiendo siempre a la habilidad putativa de los testigos instrumentales, queremos hacer algunas consideraciones tratándose de testamentos. Llama la atención que el Art. 40 de la Ley de Notariado en vigencia, exige en la modificación 2ª. que los testigos deberán reunir las condiciones expresadas en el Art. 34 de la misma. Quiere decir, que en los testamentos los testigos instrumentales, han de ser hábiles, y ya no se admite la habilidad putativa de los mismos y a que alude el Art. 1007 C.-

La ley derogada dejaba con mejor criterio, nos parece, la cuestión de la capacidad de los testigos instrumentales en materia de testamentos, entregada a lo que disponía el Código Civil, donde expresamente se admitía la habilidad putativa, aunque limitándola a uno de los testigos. De consiguiente, al modi-

ficarse el Art. 1007 C., la habilidad putativa ya no favorece a nadie.-

De lo que antecede se desprende que si en un testamento uno de los testigos fuera reputado públicamente como capaz para testificar, pero en realidad se tratara de un incapaz, el -- testamento que antes de la vigencia de la Ley de Notariado actual sería válido, conforme a ésta sería nulo, pues requiere según expusimos, que todos los testigos sean hábiles.-

Teniendo todo lo que hemos manifestado directa relación con la máxima del error común que se acepta por los tratadistas de derecho privado, no vemos la razón de que en el Art. 40 No. 2, no se haya hecho la debida salvedad de la habilidad putativa del Art. 1007 C., diciendo para el caso: "salvo lo que dispone el Código Civil respecto a la habilidad putativa de los testigos".-

Creemos que de adoptarse la disposición del Código Argentino que mencionamos, significaría un evidente progreso, pues con ella se salvaría la nulidad del acto, sea que uno o todos los testigos fueran incapaces, pero tenidos en concepto público como capaces, y cualesquiera que sea la actuación de que se trata.

-----ooo00000ooo-----

C A P I T U L O V

ESCRITURA MATRIZ

a)-Necesidad de definir lo que constituye el interés conocido de los testigos instrumentales e inclusión de la incapacidad del ebrio; y b)-Requisitos de los testigos instrumentales en materia de testamentos

a)-Nos parece que el interés conocido de que habla el Art. 34, inc. 3o. de la ley, no ha sido definido por ésta, ignorando por tanto qué es lo que entiende la ley por tal. En cambio, el reglamento español de mil novecientos diecisiete, relativo al notariado, sí lo ha definido, según nos afirma Mengual y Mengual, el cual decía: "que por interés manifiesto en el documento no podrían ser testigos, entendiéndose por tal, aquél que causara una utilidad o provecho al testigo: Mengual y Mengual, pág. 618, Volumen II, Tomo II.-

También vemos en el inc. referido que no se ha incluido entre las incapacidades al ebrio, para lo cual no vemos ninguna razón en contra, ya que como afirma José María Mustapich, el testimonio exige, además de la capacidad civil, la posesión en el acto de las facultades intelectuales. José María Mustapich.- Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial, Tomo I, pág.299.-

b)-En materia de testamentos, el Art. 40 de la Ley de Notariado en vigencia, en relación con el Art. 34 de la misma (al cual se remite aquella disposición), establecen: que los testigos instrumentales deberán reunir, además de otros, los requisitos siguientes: a)-que sean conocidos del notario; y b)-que conozcan al testador.- Vemos que quizá esto sea exigir en demasía, pues la concurrencia de esos dos requisitos en muchos casos, y sobre todo en los de grave urgencia, hará muy difícil que se otorguen los actos de última voluntad. Debería bastar, a nuestro juicio, que los testigos conozcan al testador, pues esto es de

mayor importancia que el notario sea quien los conozca, ya que con esos mismos testigos instrumentales que conocen al testador, podrá identificarlo en caso de no conocerlo, según el Nº 4º del Art. 40 de la ley.-

Aceptando este criterio, sí habría mayor facilidad para que se otorgaran los testamentos, facilidad por la cual se pronuncia la Honorable Corte Suprema de Justicia en su informe --- constitucional, al referirse a la fe de conocimiento del testador.-

Y decimos que sí habría mayor facilidad, porque ésta si bien es cierta, ya que se permite identificar con los testigos instrumentales, no tiene la amplitud que aparentemente indica el Art. 40, inc. 4º.-

Efectivamente, al establecerse que se podrá, además, identificar al testador por medio de su cédula de identidad o cualquier medio idóneo a juicio del notario, se quiso dar mayor amplitud para identificar al testador, sin fijarse que al permitir identificarlo con los testigos instrumentales, todo otro medio de identificación resulta inoperante, pues al notario le -- bastará con los testigos instrumentales. La amplitud sí habría sido mayor, si se hubiera permitido que los testigos no conocieran al testador, ya que en este caso los demás medios de identificación por medio de la cédula de identidad u otro medio idóneo a juicio del notario, sí resultarían operantes. Veamos: a)- Presencian el acto testigos que conocen al testador y son conocidos del notario. Con los mismos testigos podrá identificar al testador. Será el caso ideal.- b)- Presencian el acto testigos que no conocen al testador, pero son conocidos del notario. Entonces podrá identificar al testador por medio de su cédula de identidad o cualquier otro medio idóneo a juicio del notario.

Por lo expuesto, consideramos que será, como ya expresamos, difícil en grado sumo, que se otorguen testamentos en casos anormales, como sería una grave enfermedad, porque si bien se podrían conseguir testigos que conozcan al testador, éstos a su vez podrían no ser conocidos del notario o viceversa: testigos conocidos del notario, no conocer al testador. La única facilidad que introduce la ley en vigencia, es poder identificar al testador por medio de los testigos instrumentales, ya que la identificación por medio de la cédula de identidad u otro medio idóneo a juicio del notario, no es como dijimos, ninguna facilidad, por ser inoperante. Si bien ahora se permite identificar al testador con los testigos instrumentales, lo cual facilita el otorgamiento de los testamentos, por un lado; en cambio, por otro lado, se dificulta en gran manera con la doble exigencia del conocimiento de los testigos instrumentales por el notario y conocimiento de aquéllos respecto del testador, aquel otorgamiento.-

La ventaja de identificar al testador por medio de los testigos instrumentales, no compensa las desventajas del doble conocimiento apuntado que exige la ley actual. Pero si solamente se exige el conocimiento de los testigos instrumentales respecto del testador, el otorgamiento de testamentos se facilitaría enormemente, y las ventajas de la ley actual las veríamos en forma manifiesta y evidente.-

En conclusión: proponemos que el Art. 40, modificación 2a. de la Ley de Notariado en vigencia, sin perjuicio de lo que ya tenemos afirmado respecto de la habilidad putativa de los testigos instrumentales en los testamentos, se redacte así: "Los testigos podrán ser de cualquier sexo y deberán reunir las condiciones expresadas en el Art. 34, salvo el de ser conocidos

por el notario.-

Con la redacción que precede, creemos se podrían otorgar -
testamentos con mayor facilidad, como ya expresamos; ya que la
dificultad proviene y todos podemos percatarnos de élla, de que
el notario puede ejercer la función del notariado en toda la -
República; es decir, que puede autorizar o interponer la fe pú-
blica, en lugares donde aquél no conozca a sus habitantes, y por
ende, a los testigos que tendrían que concurrir al otorgamiento.-



C A P I T U L O VI

ESCRITURA MATRIZ ✓

A)-Actos y contratos sujetos a inscripción; b)-Falta de referencia del Juez de Primera Instancia con jurisdicción en lo Civil, en el Art. 41; c)-Redundancia en el Art. 64 de la ley; d)-Omisión del Juez de Primera Instancia con jurisdicción en lo Civil, en lo relativo a responsabilidad notarial; y e)-Multas impuestas a los Agentes Diplomáticos y Consulares.-

Para finalizar con estas breves consideraciones en lo que atañe a la escritura matriz, destinamos el Capítulo arriba indicado, a puntualizar defectos de redacción en la ley, en lo que se refiere a algunas disposiciones, al epígrafe "Responsabilidad de los Notarios" y Sanciones", y una ligera alusión acerca de multas impuestas a los Agentes Diplomáticos y Consulares.-

a)-Respecto de actos y contratos sujetos a inscripción, dice el Art. 39 de la ley, que bastará advertir a los otorgantes que para la inscripción de sus derechos, deberán estar solventes del pago de impuestos; pero según la Ley de Alcabala, en su Art. 5º. se precisa agregar el boleto respectivo al protocolo, es decir, haberse pagado previamente al otorgamiento del acto o contrato. En consecuencia, debió a nuestro juicio hacerse las salvedades del caso.-

b)-Estimamos que en el Art. 41 de la ley, debió decirse: "Si se tratare de un testamento cerrado, el testador deberá presentar al Notario o Juez de Primera Instancia y a los testigos, etc. etc."-Existe, pues, la falta de referencia al Juez de Primera Instancia que, de conformidad con los Arts. 5 y 40 No. 1 de la ley, pueden autorizar testamentos solemnes.-Los demás incisos del artículo, siguen haciendo alusión solamente al notario.-En efecto, el inc. 2º dice: "El notario legalizará....etc." El inciso 3º.: "El notario entregará....etc.."- El 4º inciso: "La otra cubierta será entregada por el notario..."-El inciso -

52.: "La otra cubierta será entregada por el notario junto con el testimonio del acto a la Corte Suprema de Justicia...etc. -- etc.".-Faltó, pues, también en estos incisos la mención del Juez de Primera Instancia.-

c)-Nos parece que en la redacción del Art. 64 de la ley, bastaba haber dicho: "o después de ser excluido", pues con esa expresión se comprende cualquier causa de exclusión: incapacidad, inhabilidad o suspensión, resultando redundantes las palabras inhabilitado o suspendido.-

d)-El epígrafe debe comprender a nuestro modo de ver, a los Jueces de Primera Instancia que también actúan como notarios en los testamentos y protocolizaciones, y por ende, en todas las disposiciones que de responsabilidad notarial y sanciones nos trae la ley. En cambio, no ha de comprender a los Agentes Diplomáticos y Consulares, por existir en la ley, disposiciones relativas a ellos en materia de responsabilidad notarial.-

e)-Se dice en el Art. 80, inc. 1o. que "el Juez de Primera Instancia, en su caso (y este caso es el juicio de nulidad de que habla el Art. 63, inciso 2º), al imponer las multas, lo comunicarán a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que las haga efectivas".-No es, entendemos, al imponer las multas que el Juez debe proceder a lo que allí se indica y ordena, sino al quedar ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia, pues antes, como es indudable, no pueden las multas impuestas, considerarse firmes, al igual que la sentencia de primera instancia que recaiga en el juicio de nulidad correspondiente.-

En consecuencia, opinamos que la redacción apropiada y procedente sería la siguiente: " La Corte Suprema de Justicia o el Juez de Primera Instancia, en su caso, al quedar ejecuto-

riada y pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia definitiva que imponga las multas, lo comunicarán,....etc. etc."

-----oooOOOooo-----

.

C A P I T U L O V I I

ACTAS NOTARIALES

A)-Incongruencias de los Arts. 1º inc. 2º, 2 y 50 inc. 2º de la ley; b)-Supresión en el epígrafe del Capítulo V de la ley; - c)-Omisión en la parte final del Art. 10. inc. 2º.

a)-Se dice en el Artl. 10., inc. 3º de la ley, "que la fuerza probatoria de todo instrumento notarial se regula de conformidad con las leyes respectivas".-

A continuación el Art. 2º nos establece "que son instrumentos notariales o instrumentos públicos.....las actas notariales, que son las que no se asientan en el protocolo".-

Esta última disposición establece claramente que las actas notariales (cualquiera clase de que se trate) son instrumentos públicos.-

Estas dos disposiciones son a nuestro juicio perfectamente congruentes, pues la primera habla del valor probatorio de todo instrumento notarial, y la segunda dá a las actas notariales el carácter de instrumento público; vale decir, que el acta notarial es también instrumento público, por haber sido extendida por la persona autorizada para cartuñar y en la forma que la misma ley prescribe. Arts. 1570 C. y 255 Fr.-

Ahora bien, el valor de las actas notariales (o instrumentos públicos), será el que le asignen las leyes, o sea el valor de plena prueba de que hablan los Arts. 1571 y 1577 C. y 258 Fr.

De lo que antecede se deduce claramente, que las actas notariales de cualquier clase de que se trate, a saber: de hechos que el notario presencie, hechos que el notario ejecute, o hechos que el notario compruebe, tienen el valor de plena prueba, por ser precisamente instrumentos públicos.-Pero el Art. 50, --

BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

inc. 2º. de la ley, viene a introducir desconcierto cuando dice que las actas levantadas por el notario por disposición de la ley, tendrán el valor de instrumentos públicos, y las actas que levante a requerimiento de los interesados, el valor que las leyes determinen. La falta de armonía entre el Art. 2 y el Art. 50, inc. 2, es palpable. El primero nos dice que son instrumentos públicos, y por ende hacen plena fe, pero el segundo nos dá a entender que como pueden ser instrumentos públicos, pueden a su vez no serlo; y en consecuencia, que como pueden hacer plena fe, pueden asimismo carecer de élla. Ante esta incongruencia manifiesta, creemos que se impone suprimir del Art. 50, inc. 2º, la mención que acerca del valor probatorio de las actas notariales allí se hace, pues dicho valor probatorio ya está consignado en el Art. 1º inc. 3º, en relación con el Art. 2 de la ley.-

Como en las actas notariales (o instrumentos públicos), se trata de interponer la fe pública, y de ésta se ocupa el Art. 1º inc. 2º de la ley, llama poderosamente la atención lo siguiente: "la fe pública únicamente es plena -se dice allí- respecto a los hechos que, en las actuaciones notariales personalmente ejecuta o comprueba".-Ahora bien, y respecto de los hechos que el notario presencia ¿qué decir?.-Conforme a esa disposición no harían fe. Pero si leemos a continuación el Art. 2 de la ley, esa fe sí es plena, porque en los instrumentos públicos de que allí se trata (que comprende a las actas notariales), se pueden contener hechos que el notario presencia.-

Existe en realidad, nos parece, también entre el Art. 1º inc. 2º y el Art. 2º de la ley, otra incongruencia manifiesta, motivada porque en la primera de las disposiciones citadas no se extendió la fe pública a los hechos que el notario presencia.

b)-Es criticable en nuestra opinión, el epígrafe del Capítulo V de la ley "Actas Notariales", "Reconocimiento de Documentos Privados, Auténticas y Protocolizaciones". Nos parece que de ese epígrafe debe suprimirse lo de "Reconocimiento de Documentos Privados", por las razones siguientes: a)-El acto de reconocimiento de documentos privados, es acto notarial de conformidad con el Art. 2 de la ley, porque no se asienta en el protocolo, y según lo expresa también el Art. 52 de la misma; y b)-De conformidad al Art. 50 de la ley, el acto mencionada, es también acto notarial, no solamente por la razón antedicha (que no se asienta en el protocolo), sino también porque se trata de una verdadera acta de presencia. En efecto, J. M. Sanahuja y Soler, nos afirma: "el Art. 190 del Reglamento del Notariado Español, define las actas de presencia así: "Son las que acreditan la realidad o verdad del hecho que motive su autorización. Entre las actas de presencia hay que sub-distinguir las que tratan de consignar un hecho, las de existencia y los requerimientos y notificaciones". Sanahuja y Soler, José María, pág. 13 y 14, Tomo II, Tratado de Derecho Notarial.-

De conformidad con la anterior definición que se ha transcrito, el acto de reconocimiento de documento privado, tiene por objeto consignar un hecho. Efectivamente, se trata de que el notario de fé: de que el otorgante u otorgantes manifestaron ante él, que reconocen sus firmas, cuando han sido puestas antes, de que reconocen la obligación o contenido del documento, si éste estuviere suscrito por otra persona a ruego del compareciente, o finalmente que los otorgantes u otorgante, estamparon sus firmas en su presencia.-

c)-Para terminar con lo relativo a las actas notariales, -

diremos que el legislador, a nuestro modo de ver, no las tomó en cuenta cuando expresó: "que en los actos, contratos y declaraciones que el notario autorice, la fe pública también es plena tocante al hecho de haber sido otorgados en la forma, lugar, día y hora que en ellos se indica. Veamos:

El inc. 1º del Art. 1, no solamente habla de actos, contratos y declaraciones, sino también de otras actuaciones en que el notario personalmente intervenga y en que así mismo interponga la fe pública. Luego no se vé razón alguna para que no se haya mencionado a estas últimas, en la parte final del inc. 2º del Art. 1º de la Ley de Notariado; esas otras actuaciones en que personalmente interviene el notario, no son sino las actas notariales de que se ocupan los Arts. 2 y 50 de la ley. Y como de conformidad a las disposiciones que últimamente se acaban de citar, y en especial el Art. 2, las actas notariales son instrumentos públicos, la fe pública forzosamente tiene que ser plena en éstas en lo tocante a los particulares de lugar, día, hora y forma en que separezcan levantadas, de conformidad a lo que prescribe el Art. 1º., inc. 3º. de la ley, en relación con los Arts. 1571, 1577 C y 258 Pr.-

En atención a lo que hemos expuesto, proponemos la inclusión de las otras actuaciones en que el notario personalmente intervenga (o actas notariales), en la parte final del inc. 2º del Art. 1º de la Ley de Notariado, para evitar toda duda acerca de lo que venimos afirmando; es decir, que también las actas notariales, hacen plena fe en los respectos de forma, lugar, día y hora en que fueron levantadas como instrumentos públicos que son.-