

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

LA FUNCION NOTARIAL

TESIS

PRESENTADA POR

RODOLFO ARTURO MACHADO

EN EL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO

OCTUBRE DE 1971

SAN SALVADOR,

EL SALVADOR, C.A.



347.016
M149 f
1971
F. J. YCS
EJ. 2

045529

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Y

CIENCIAS SOCIALES

" LA FUNCION NOTARIAL "

TRABAJO DE TESIS

PRESENTADA EN EL ACTO

PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO

POR

RODOLFO ARTURO MACHADO

OCTUBRE DE 1971

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA.





I

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

RECTOR:

DR. RAFAEL MENJIVAR Ch.

SECRETARIO GENERAL:

DR. MIGUEL SAENZ VARELA.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

DR. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ.

SECRETARIO:

DR. MAURICIO ALFREDO CLARA RECINOS.

TRIBUNALES EXAMINADORES

PRIMER EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS CIVILES, PENALES Y
MERCANTILES

PRESIDENTE: DR. JOSE NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ
PRIMER VOCAL: DR. RODRIGO RAYMUNDO PINEDA
SEGUNDO VOCAL: DR. MANUEL ANTONIO RAMIREZ

SEGUNDO EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION
Y LEGISLACION LABORAL

PRESIDENTE: DR. ROBERTO LARA VELADO
PRIMER VOCAL: DR. RAFAEL MENJIVAR Ch.
SEGUNDO VOCAL: DR. GUILLERMO CHACON CASTILLO

TERCER EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y LEYES
ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE: DR. CARLOS FERRUFINO
PRIMER VOCAL: DR. JOSE GUILLERMO ORELLANA OSORIO
SEGUNDO VOCAL: DR. ROBERTO LOPEZ MUNGUA

EXAMEN PUBLICO DE DOCTORAMIENTO

PRESIDENTE: DR. GABRIEL GALLEGOS VALDEZ
PRIMER VOCAL: DR. ROBERTO OLIVA
SEGUNDO VOCAL: DR. MIGUEL ANGEL GOMEZ



III

DEDICO ESTA TESIS

A DIOS

A la memoria de mi madre
María Margarita Machado

A mi abuela
Rosa Machado Gómez

A mi esposa
Ana Ruth Jaén Escobar de Machado

A mis hijos

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I	
EVOLUCION HISTORICA DE LA FUNCION NOTARIAL.....	2
CONCEPTO DE FUNCION NOTARIAL.....	7
CAPITULO II	
SIGNIFICADO DE LA CONFESION EN RELACION CON EL VALOR DEL INSTRUMENTO PUBLICO.....	9
CAPITULO III	
NATURALEZA DE LA FUNCION NOTARIAL.SU UBICACION.....	13
CAPITULO IV	
ACTIVIDADES QUE DESARROLLA LA FUNCION NOTARIAL.....	22
CAPITULO V	
LA FUNCION NOTARIAL Y EL INSTRUMENTO PUBLICO.....	27
CAPITULO VI	
PRINCIPIO Y FIN DE LA FUNCION NOTARIAL.....	36
CAPITULO VII	
ACTAS NOTARIALES, RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS PRIVADOS Y AUTENTICAS.....	39
CAPITULO VIII	
LAS NORMAS (ETICAS Y TECNICAS) Y LA FUNCION NOTARIAL.....	42
CAPITULO IX	
EL NOTARIO COMO ORGANO DE LA FUNCION NOTARIAL.....	49
CAPITULO X	
MOMENTO ACTUAL DE LA FUNCION NOTARIAL.....	51
BIBLIOGRAFIA.....	53

INTRODUCCION

El punto de tesis doctoral que presento, se llama "La Función Notarial."

Considero de importancia imprescindible, dar al Notario Público el puesto que merece, entre todos los que se dedican al estudio y práctica de las disciplinas jurídicas.

Actualmente, la función notarial, no está suficientemente delimitada, pues, siendo un delegado del Estado, participa también de otras cualidades, que lo hacen completamente diferente del funcionario corriente.

Toca pues, a aquellos que sienten inquietudes jurídicas, encaminadas al estudio del Derecho Notarial, buscar la verdadera posición del Notario y su función, para de esta manera dignificarlo, dándole el puesto que merece.

El estudio presentado es breve y sencillo, pues no pretendo presentar una obra maestra, sino un impulso para aquellos que, con mejores méritos, estén en capacidad de ampliar el trabajo presentado.

El Tema La Función Notarial, es de actualidad y utilidad, pues son muchos los negocios jurídicos en los que el Notario interviene y a los cuales da fe y autenticidad.

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DE LA FUNCION NOTARIAL.

CONCEPTO DE FUNCION NOTARIAL.

El comienzo de la función notarial es muy modesto. Comenzó tomando nota de los actos y contratos sobre tablas conocidas con el nombre de tábulas. De aquí nació uno de los primeros nombres con que se conocieron a los notarios: Tabularis. De acuerdo con la historia, entre Roma y Cartago se celebró un tratado, según el cual, no tendría valor alguno, el contrato entre ciudadanos de ambos Estados, si no se autorizaba por Notario.

Los griegos antiguos conocieron también a los notarios, bajo el nombre de síngraphos o apógraphos.

De acuerdo con el tratadista José María Samahuja, el ensayo más antiguo de función legitimadora se da en Roma, mediante la jurisdicción con la cesio in jure.

Sus orígenes sin duda se remontan a los tiempos anteriores a las XII Tablas, alcanzando pleno desarrollo después de esta Ley, que según ella, cuando la persona demandada era llevada ante el magistrado in jure y confesaba el derecho que asistía al demandante, se le tenía por condenada sin necesidad de sentencia.

A comienzos del Siglo III después de J.C., se inicia la documentación pública y el derecho imperial romano de la última época instituye funcionarios investidos de ius actorum conficiendorum, autorizantes de las escrituras entre particulares. Amparados por el proceso scudo-contencioso, aparecen a la vida jurídica, los conceptos de la autenticación, legitimación y forma constitutiva, como cualidades del acto, necesarias para asegurar su existencia dentro de la normalidad. Pero el proceso romano era apto para ensayos de certidumbre en sus más elevadas manifestaciones. Así pues, aunque todo ello no se haya desarrollado, el derecho romano nos

ofrece el germen de instituciones de legalización importantes para la seguridad y certidumbre jurídica.

Originariamente, en Roma, los funcionarios notariales aparecen sin un instituto específico de autenticación. Operan al amparo del poder del imperio, que se confiere al pretor. Esto no quiere decir, que en Roma no existieran desde sus comienzos funcionarios autenticadores, pues en Las Leyes Del Corpus Iuris Civilis se encuentran los nombres de Tabelio, Tabularius, Scriba, Cursor, Logographus, Amanuensis, Actuarius, Notarius.

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

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

rial reglamentó e incrementó los poderes del tabolión; los taboliones al principio no tenían carácter oficial. La confianza que fueron inspirando, por su pericia, como por la intervención de los testigos en los documentos que redactaban y las formalidades que en ellos se observaban, rodeó a dichos documentos de garantía suficiente, hasta el extremo de llegar a considerarse instrumenta pública.

Tenemos después la transformación feudal y más adelante el predominio de los reyes, con la unificación de los Estados Europeos, convirtiéndose la función en cargo, luego en probenda y después en recurso fiscal. Así, derivando de un acto administrativo del Estado, la autorización para desempeñar la función, se llega a entregarla a quien carece de autoridad jurídica, enquistándose en lo documental, afirmándose en la conciencia popular el erróneo concepto de que el Notario ejerce como funcionario público, por obtener su nombramiento de un favor del Rey, o por ser un mercenario, adquiriéndolo por precio o en arrendamiento. Ya no es sólo funcionario-con el sentido de órgano de una función-sino funcionario público, pasando a ser órgano de una rutinaria función vegetativa, no de una necesidad social, atrofiándose y reduciéndose a cumplir la tarea documental sobre la base de fórmulas.

A partir de este momento se originan los problemas del Notariado, haciéndolo depender unas veces del Poder Administrativo que lo nombró, le dió facultad de otorgar fe pública y de autorizar documentos públicos; otras veces se hace depender del Poder Judicial, quien lo hace actuar bajo la dependencia del Juez, ya sea autorizando la voluntad de los particulares en sus contratos, sentencias de jurisdicción voluntaria intervolantes, según unos, o de partes.

El notariado pasó por un estado de postración, del cual le salvaron las corrientes nuevas de sistematización en las funciones públicas de la época contemporánea, que trae como con-

secuencia la elevación clara y definida del título de fe pública, a la categoría de delegado autenticador, surgiendo a la vida del derecho con un tipo de organización especial que trata de armonizar los intereses de los particulares con los fines públicos de la institución.

En El Salvador, durante la época colonial, el notariado estuvo reglamentado por las leyes españolas y por Las Leyes de Indias y continuó siendo regulado por dichas leyes, aún después de la independencia, hasta la promulgación del Código de Procedimientos Judiciales y De Fórmulas, el 20 de Diciembre de 1857.

Durante el período comprendido entre el 15 de Septiembre de 1821, hasta el 20 de Diciembre de 1857, cuando se promulgó el Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas, se dieron algunos decretos relativos al notariado, de los cuales el Doctor Isidro Menéndez en su recopilación de Leyes de El Salvador, nos cita los siguientes: Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de 9 de Agosto de 1823; Decreto de la misma Asamblea Nacional Constituyente de 20 de Enero de 1825; Decreto Legislativo de 15 de Abril de 1835; Decreto Legislativo de 4 de Febrero de 1841; Desde la época de la independencia hasta nuestros días, El Salvador ha promulgado tres Códigos de Procedimientos Civiles: el primero es el Código de Procedimientos y de Fórmulas de 1857; el segundo es el promulgado en el año de 1863, reeditado en el año de 1878; el tercero es el promulgado en el año de 1881, que ha tenido cinco ediciones: la primera en el año de 1893; la segunda en el año de 1904; la tercera en 1916; la cuarta en 1926 y la última en el año de 1948.

Fue en España, año de 1862, cuando comienza una reacción, para elevar jurídicamente al notariado, recuperando los oficios arrendados o vendidos.

Las funciones vuelven a ser atendidas y diferenciadas y se

advierde que el Notario es algo distinto a un funcionario público, al exigirsele la posesión de conocimientos jurídicos, en vez de dinero para adquirir el oficio.

El Notario es una dualidad profesional-funcionario.

José González Palomino define bien las características que más adelante se tratará: la de profesional y la de funcionario.

En la actualidad el Notario ha progresado mucho en el mundo latino. Se ha formado la Unión Internacional del Notariado Latino. Se ha configurado una doctrina del Notariado Latino, dándose a conocer mucha literatura que trata sobre diversos tópicos sobre que versan los distintos congresos que se llevan a cabo en cada uno de los países miembros.

Se opina y se debate la autonomía del derecho notarial.

En nuestros días, el Notario al ejercer su Función Notarial en la celebración del negocio jurídico, da fe pública en nombre del Estado, que es una garantía que da el Estado sobre hechos que interesan al derecho, por la creencia sin ver de la autoridad pública del que las dice y por la forma pública como se nos presenta.

Los actos que proceden del Poder Público, no están a la vista de todos; sin embargo tenemos que darle crédito, cumplirlos, respetarlos. Ya veríamos el desconcierto y desarmonía que resultaría, si se pusiera en duda la verdad de las deposiciones, por no haberlas presenciado.

El acto jurídico autorizado por la fe pública, se tiene por auténtico. Auténtico viene de la voz griega, que significa, lo cierto, lo creído sin ver celebrar dicho acto.

José María Mustapich al hablar de la fe pública como ejercicio de la función notarial, la define como "la calidad pública que mediante la intervención de un oficial público, acuerda a ciertos documentos que por tal revisten autenticidad y eficacia."

La autenticidad, alta función de certidumbre, la monopoliza el Estado y la ejercita a través de calificados agentes, (Notarios)

que la otorgan en la forma que aquél (Estado) la designa. Es lógico que en todos los tiempos y lugares se ha sentido con mayor o menor intensidad, la necesidad de dotar de certeza y firmeza legal, a los actos y relaciones de derecho y cerrar el paso a posibles litigios.

Se crea así la institución, conveniente no por científica, sino por necesidad. La fe notarial lleva invívita una presunción de legalidad, porque no debe alcanzar aquellos actos a los que la Ley niega valor jurídico, ya que al consignar en escritura la calificación que le merece el hecho sometido a su autorización, verifica un acto de legalización positiva y específica.

El Notario asiste de manera natural, al origen y desarrollo del negocio jurídico que se somete a su autorización y despliega una labor de dirección y ajuste, a fin de adecuar el acto a lo que pretenden las partes y el interés de la Ley, pues por medio de la legitimación, conecta el acto con la situación jurídica que le sirve de base o que condiciona su eficacia. Es a esto que se llama configuración jurídica. El supuesto previsto por la Ley existe; las partes cuentan lo que pretenden y el Notario amolda el caso concreto al supuesto. Dicha función notarial fué dándose a la luz, más que todo por necesidad y no encajó en ninguno de los clásicos poderes estatales, pues no es su principal misión aplicar el derecho, sino garantizar la verdad del hecho.

CONCEPTO DE FUNCION NOTARIAL.

(1) Francisco Martínez Segovia da el siguiente concepto. "Es la función profesional y documental autónoma, jurídica, privada y calificada, impuesta y organizada por la Ley (caracteres), para procurar la seguridad, valor y permanencia, de hecho y de derecho (fines), al interés jurídico de los individuos, patrimonial o extrapatrimonial, entre vivos o por causa

(1) Función Notarial.....Francisco Martínez Segovia.

de muerte, en relaciones jurídicas de voluntades concurrentes o convergentes y en hechos jurídicos, humanos o naturales (objeto material), mediante su interpretación y configuración, autenticación, autorización y resguardo (operaciones de ejercicio) confiada a un Notario (medio subjetivo)."

José González Palemino define la función notarial como "la función pública de carácter administrativa, que consiste en dar forma de ser y de valer a los negocios jurídicos o en establecer la presunción de verdad de ciertos hechos, mediante la afirmación pasiva de su evidencia por el Notario, hecha en el momento mismo en que son para él evidentes, por su producción o por su percepción, en el instrumento público, a requerimiento de parte y generalmente con la colaboración de éstas."

SIGNIFICADO DE LA CONFESION EN RELACION CON EL VALOR DEL INSTRUMENTO PUBLICO.

Dentro de los fines del instrumento público, tenemos el de servir de prueba preconstituida, siendo necesario para esto, que tenga autenticidad, lo que sólo se destruye por la querrela civil o criminal.

La escritura pública lleva en sí un sello de autenticidad, pues el Notario que preside su otorgamiento, se encuentra investido de la facultad de dar fe, esto es, acreditar que lo que en el documento se dice, fué expresado ante él.

El Art. 10. de la Ley De Notariado dice: "El Notario es un delegado del Estado que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y de otras actuaciones en que personalmente intervenga, todo de conformidad con la Ley."

"La fe pública concedida al Notario es plena respecto a los hechos que, en las actuaciones notariales, personalmente ejecuta o comprueba."

El Instrumento Público Y Los Otorgantes.

Respecto a los otorgantes, el instrumento público, hace plena prueba en lo que se refiere a la fecha, al hecho de su otorgamiento y en cuanto a la verdad de sus declaraciones. El Art. 1571 del Código Civil, dice al respecto: "El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los otorgantes.

Las obligaciones y descargos contenidas en él, hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes transfieren dichas obligaciones y descargos por título universal o singular."

La autenticidad prueba contra todos (partes, sucesores y terceros) que el instrumento es válido. La escritura pública prue-

ba plenamente, por sí sola, sin necesidad de producir ninguna otra prueba.

El Notario da fe de lo que ve y oye, pero no de las intenciones, ideas o deseos de los comparecientes. La causa de que se atribuya valor a las declaraciones no es en razón de que se encuentre en ella, sino de una presunción legal. Escribo nos dice: "El instrumento hace fe, sólo de aquellas cosas que el escribano puede atestiguar o certificar como tal escribano, esto es la presencia de los otorgantes, de la declaración de su voluntad, etc. , pero no la que hacen respecto de aquellas cosas que se hallan fuera del alcance de las atribuciones del escribano."

Son las declaraciones de voluntad, presunciones juris tantum o declaraciones de verdad. Casos: convenciones, pagos, reconocimientos, etc. , contenidos en el instrumento, en cuanto al hecho de haberse ejecutado. Como cuando las partes manifiestan haber entregado cierta suma de dinero, antes o al momento de formalizar una compraventa, encubriendo una donación. En este caso el Notario no puede certificar la veracidad de estas declaraciones, pues en verdad no las conoce, no suceden ante él, pues quienes sí las conocen son los otorgantes. Nuestra Ley De Notariado es concluyente al darles fe, quedando la reserva de prueba en contrario abierta. (Art. 10 L.N.)

(1) José Castillo Larrañaga y Rafael De Pina definen la confesión como: "Es una declaración de parte que contiene el reconocimiento de un hecho de consecuencias jurídicas desfavorables para el confesante."

La confesión, en materia civil, puede ser judicial o extrajudicial. Art. 372 Pr. y sigts. La primera se hace en escritos dirigidos al Juez o en declaración jurada ante el mismo. La segunda, extrajudicial, puede ser verbal o escrita. La que nos interesa es la extrajudicial escrita.

(1) José Castillo Larrañaga y Rafael De Pina.....Derecho Procesal Civil.

En el Art. 415 I. se contempla la confesión extrajudicial. Dice así: "La confesión extrajudicial probada por dos testigos o el cotejo de letras, forman semiplena prueba."

El Doctor José María Méndez dice en su Tesis doctoral, "La Confesión En Materia Penal", al tratar de la confesión en materia civil: "La confesión extrajudicial escrita puede constar en instrumento público o privado, y para darle validez hay que atenderse a la fuerza probatoria del instrumento que la contiene. Esto nos lleva a sostener que en nuestra legislación no existe como prueba distinta de la instrumental la confesión extrajudicial escrita." Esto es, que una confesión hecha en documento privado y presentado en juicio contra la contraparte, sin que sea redarguido de falso vale. Art. 265 No 3 Pr. Si vale la confesión en esa forma, con mayor razón se puede decir o reconocer ante Notario la verdad de un hecho que nos perjudica.

En materia penal la confesión está tratada en forma distinta. Arts. 404, 406, 415 I.

En materia penal la confesión judicial sólo vale si se hace a través de una declaración ante el Juez de la causa. (Art. 404 I) Esta declaración ante el Juez debe ser personal. El Art. 415 I se refiere a la confesión extrajudicial en materia penal. "La confesión extrajudicial probada por dos testigos o el cotejo de letras, forman semiplena prueba."

De acuerdo con el Doctor José María Méndez, esta no tiene valor cuando es rendida por escrito aunque sea en instrumento público y la única especie que de ella reconoce nuestro Código es la extrajudicial verbal probada por dos testigos contestes de conformidad con el Art. 415 I.

Deliberadamente, nuestro Legislador se ha referido específicamente a la confesión extrajudicial verbal probada por dos testigos, excluyendo a la confesión extrajudicial escrita. Esto en materia penal. En nuestra Legislación sólo se toman en cuenta dos confesiones. Estas son: la judicial, (Art. 404 I) y la extrajudi-

cial verbal probada por dos testigos. (Art. 415 I.). Todos los casos de confesión que no están previstos en esas disposiciones (Arts. 404 y 415 I) no son admisibles en materia penal. No hay base legal para trasladar dichos casos a la prueba instrumental. El Código de Instrucción Criminal no ha mencionado la confesión extrajudicial escrita, luego no cabe dentro de las pruebas en materia penal. Quererla integrar, sería un abuso de interpretación. Si se admite en materia civil, es en razón de que se trata de un acto de libre disposición; en el campo penal no rige el principio de libre disposición. Sería impropio admitir que se pueda reconocer ante Notario un hecho criminoso al igual que se reconoce una deuda civil. En el Derecho Civil priva el interés privado; en cambio en el Derecho Penal, priva el interés público, pudiéndose darse el reconocimiento contra sí mismo a través de los medios que establece la Ley, esto es, el Código de Instrucción Criminal.

CAPITULO III

NATURALEZA DE LA FUNCION NOTARIAL. SU UBICACION.

"El Gobierno se compone de tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que actuarán independientemente dentro de sus facultades, las cuales son indelegables, y colaborarán en el ejercicio de las funciones públicas." Art. 40 C.P.

Cada uno de los Poderes del Gobierno tiene funciones que le son propias; así: el Legislativo, legisla; (Decreta, interpreta, reforma y deroga las leyes secundarias) el Ejecutivo, administra; (Sanciona, promulga y publica las leyes, y las hace ejecutar) el Judicial, vela por el cumplimiento de las leyes. (Vigila porque se administre pronta y cumplida justicia y hace que sus miembros de su seno visiten los tribunales y cárceles para evitar irregularidades)

Cada Poder tiene funciones que le son propias. En cuanto a estas funciones, si existe independencia de poderes; pero en que se refiere al ejercicio de la función de gobierno se coordinan. Ya lo dice la Constitución Política en el Art. 40, cuando expresa: "...y colaborarán en el ejercicio de las funciones públicas."

A cuál de estas funciones de gobierno, corresponde la función notarial? Dentro de cuál de los tres Poderes está ubicada la función notarial?

Las posiciones doctrinarias que tratan de resolver el problema planteado son las siguientes:

- 1-La posición funcionarista, que sostiene que la función notarial se encuentra dentro del campo de acción del Poder Ejecutivo;
- 2-La posición autonomista, que sostiene que la función notarial es de carácter autónomo;
- 3-La posición jurisdiccional, que sostiene que la función notarial se encuentra dentro de la función jurisdiccional;

4- La posición legitimadora, que enmarca la función notarial dentro de la función legitimadora o reguladora. (Que es propia de un Poder Especial del Estado-Poder Legitimador)

5-La posición profesionista, que sostiene que el Notario es exclusivamente un profesional libre.

1-Los que se inclinan por la posición funcionarista, lo hacen en su mayor parte por exclusión. (1) Dicen: el Poder Legislativo legisla; (crea, reforma, deroga las leyes secundarias) la función notarial no tiene por objeto legislar, sino que el Notario, órgano de la función notarial, interpone sus oficios, ante los otorgantes, para darle validez al negocio jurídico que se le propone.

Por otra parte, en cuanto al Poder Judicial, su función consiste en administrar justicia, hacer que la Ley se cumpla. De lo anterior vemos, que tampoco encaja la función notarial en el Poder Judicial. De allí que sólo queda el Poder Ejecutivo o Poder Administrador.

Quien más decididamente afirma su posición teórica en cuanto al carácter funcionarista del quehacer del Notario es José González Palmirino. Para él, el Notario ejerce:

- 1-Una función pública;
- 2-Una función jurídica.

José María Mengual y Mengual se pronuncia en sentido eminentemente funcionarista.

Atribuye a la función notarial una naturaleza social que está dentro del Estado, y que por lo tanto, "es una función pública que corresponde presidir y representar al Estado y en su representación al Poder Público."

José María Mustapich, expresa en su Tratado Teórico y Práctico De Derecho Notarial", que al igual que el Estado tiene la función Legislativa y Judicial, así tiene también la facultad de dar certidumbre y autenticidad, la cual ha sido monopolizada por el Estado, a través de agentes calificados que la otorgan en los casos en que esa intervención se reglamenta.

La función de dar fe, es una función pública.

El objeto de la función notarial es dar autenticidad a los documentos en que se traducen las relaciones jurídicas con la necesaria intervención de su órgano. (Notario)

(1) Gastón Jése, en su obra titulada "Principios Generales del Derecho Administrativo dice: " Los notarios colaboran en un servicio público y forman parte de los cuadros permanentes de la administración.

Es esta una circunstancia que jamás debe perderse de vista cuando se trata de determinar el régimen jurídico al que se someten esos funcionarios.

Ante todo, se los remunera mediante emolumentos pagadas por los individuos que han requerido sus servicios. Aparentemente, puede asimilárselos, en este punto, a los abogados o médicos, pues arriendan su actividad, sus servicios, como un obrero o un empleado, como un abogado o un médico.

Los notarios son agentes públicos propiamente dichos, por lo que deberá aplicárseles el régimen jurídico de los funcionarios públicos."

Conforme a nuestra Ley De Notariado en vigencia, el Notario es un delegado del Estado y el Notariado es una función pública.

El Diccionario De La Lengua Española nos dice: "delegado (del Latín delegatus). Dícese de la persona en quien se delega una autoridad o jurisdicción. "Delegar" (del Latín delegare) Dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación."

Luego, de la palabra "función " nos dice: "Acción y ejercicio de un empleo, facultad u oficio."

Por cuanto, tenemos que quien tiene la acción y ejercicio de la función notarial es el Estado, quien delega ésta en una persona, Notario, para que actúe en su nombre y representación.

Tenemos pues, que conforme a nuestra Ley De Notariado no es más que un representante del Estado, en cuyo nombre ejerce la función notarial.

2-Posición autonomista.

Otero Valentín, citado por José Castán Tobeñas, atribuye al Estado Moderno, además de las funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial, la función social, fiscal y autorizante. (función instrumental)

Para Francisco Carneluti, el Notario es un documentador, pero no un simple documentador, pues lo coloca entre los intérpretes jurídicos.

Para él, la función del Notario, es típicamente antiprocesal.

3- Los partidarios de la inclusión de la función notarial dentro de la función jurisdiccional.

(1) La jurisdicción es una función pública encomendada a órganos del Estado (a veces, por razones históricas a instituciones ajenas al mismo, *verbigratia*, la Iglesia.)

Señala Chiovenda como característica de la función jurisdiccional, el representar la sustitución de una actividad pública a una actividad privada.

La jurisdicción puede definirse como la actividad del Estado, mediante la aplicación de la norma general al caso concreto.

La función notarial es una actuación de jurisdicción, pues el Notario al interponer sus oficios ante los otorgantes, aplica las leyes al acto jurídico, el cual es celebrado de conformidad con las partes.

Para Sanahuja, la función de legalización que ejerce el Notario es función jurisdiccional. Pero para él, ese proceso de legalización queda en varios aspectos jurídicamente abierto, razón por la cual, puede en cualquier momento ser sometido

(1) José Castillo Larrañaga y
Rafael De Pina.....Derecho Procesal Civil.

al conocimiento del Juez, quien por voluntad del Estado, puede darle el valor de cosa juzgada.

Existen ciertas semejanzas y diferencias entre la función jurisdiccional y la función notarial.

Veamos las semejanzas:

1-Ambas tienen como objetivo la aplicación del Derecho.

En ambas se aplica la Ley al caso, con el acuerdo o no de los interesados.

2-Ambas son funciones de justicia.

3-Sus respectivos órganos (Juez-Notario) deben ser imparciales en sus consideraciones.

Ahora las diferencias:

1-La función jurisdiccional se aplica cuando se ha violado la Ley, ya sea negándola o perturbándola; la función notarial no. Se aplica a pedido de los otorgantes, sin que implique violación o perturbación.

2- La función jurisdiccional es reintegradora del derecho.

La función notarial es preventiva.

3-La función jurisdiccional se ejerce a solicitud de intereses en disputa o controversia; la función notarial se ejerce a solicitud de los intereses particulares que se encuentran enlazados.

4-El acto jurisdiccional (sentencia) produce efectos de cosa juzgada.

5- Los que enmarcan la función notarial dentro de la función legitimadora o reguladora, que es propia de un Poder Especial del Estado, Poder Legitimador.

Para Enrique Arhens, la justicia presenta tres ramas:

a- Justicia preventiva. (Tiene por objeto prevenir, evitar infracciones en el orden del derecho y la cultura)

b-Justicia reparatora. (Tiene por objeto restablecer el derecho perturbado)

c-Justicia reguladora. (Tiene por objeto regular, arreglar casos, hechos, relaciones jurídicas, con objeto de imprimir-

les un carácter de derecho formal, justicia que es ejercida por la autoridad judicial; (Caso de la tutela, curatela, arreglos sucesorales) y en forma voluntaria, por medio de la jurisdicción voluntaria, entre los que comprende al Notario.

5- Los que sostienen que el Notario es un profesional.

Ignacio Allende, argentino, es el más decidido propulsor, en cuanto a la ubicación de la función notarial, lo que significa que la función notarial no es definida; niega que la función notarial sea pública.

Por consiguiente el Notario no es un funcionario público.

Las razones que da son las siguientes:

- a-La fe notarial no es fe pública; el instrumento que autoriza el Notario alcanza una presunción de autenticidad y no otra cosa;
- b-No representa al Estado;
- c-No tiene delegación de facultades por Ley o funcionario superior;
- d-Obtiene su cargo del Estado por apego a viejas leyes, a partir del Fuero Real;
- e-La función certificante o autenticadora no es pública;
- f-Carece de sueldo;
- g-Los delitos de derecho penal, como cohecho, desacato, atentado a la autoridad, usurpación o abuso de la función no son aplicables al notariado.

Eduardo Girón Ziri6n dice, al hablar del Notario: "Notario es la persona especialmente autorizada para dar fe de los actos o contratos en que interviene por ministerio de la Ley o a solicitud de partes.

El Notario no es, científicamente considerado, un funcionario público.

La palabra funcionario, en efecto, se deriva de la voz latina "fungor", que significa desempeñar, representar, hacer las veces de alguno; de manera que funcionario es la persona que representa a otra o a una entidad conocida.

La voz "pública" tiene su origen en el sustantivo "populus", que en Latín significa "pueblo", "ciudad", "nación," o "estado", o sea, un conjunto independiente de individuos que proveen a sus necesidades, dictan sus leyes o reglas de conducta y eligen un Poder Central encargado de dirigir los asuntos de interés común para los asociados.

Funcionario público es, pues, según su origen etimológico, la persona que representa al Poder Supremo de una Nación o Estado, por delegación especial, en algún acto o en alguna función determinada en que se exige la intervención de aquella entidad soberana. Luego, el Notario, que en el ejercicio de sus funciones no representa al Estado ni es delegado ni representante del Poder Central de una Nación, no es un funcionario público. Que el Estado permita al Notario dar fe de los actos que ante él pasan en el ejercicio de sus funciones, no significa que le confiera su representación ni le delega parte de su autoridad; quiere decir, únicamente, que le da facultad de autenticar, así como autoriza al Médico para curar y al Cirujano para operar.

Carácter esencial del funcionario público, considerado bajo el aspecto legal, es que ejerza su cargo en virtud de elección popular o que su nombramiento sea hecho por autoridad competente y en ejercicio de sus funciones públicas o derivadas de su carácter oficial; pero el Notario no desempeña cargo alguno ni por elección popular, ni por nombramiento de autoridad competente, de manera que no por este motivo cabe considerarlo como un funcionario público.

La Ley marca los límites de la justicia, dando a cada uno lo que es suyo; señala la obligación y el derecho y mantiene la paz y tranquilidad en donde quiera que se extienda su imperio. Es por consiguiente, de absoluta necesidad que el Notario conozca a fondo la Ley y las ciencias relacionadas con el Derecho, cuyos principios le sirven de guía segura en todos los

actos de su profesión.

Naturaleza Jurídica De La Función Notarial.

Alberto Villalba Welsh en su estudio sobre "El Derecho Notarial A La Luz Ecológica", al hablar de la Naturaleza Jurídica De La Función Notarial", dice: "Muchos consideran al Notario como funcionario público, pero advierten que no se dan en él todas las características propias de tal funcionario. No importa que la Ley lo califique como tal.

Al referirse a Couture, dice que éste ve la existencia de una función pública a cargo de un particular.

Ninguna denominación más precisa y que revela en todas sus características la naturaleza de esta concesión, que la de escribano público, porque estas dos palabras representan formalmente el vínculo especial y único en el ordenamiento administrativo que une al Estado con el Notario." Luego dice: "es tarea vana querer encasillar la función fedataria en alguno de los supuestos que admite el Derecho Administrativo." "Así encarando el problema no tiene solución, salvo que se reconozca la existencia de un tipo especial de relación, bajo la denominación específica de Notario."

No es posible ubicar esa relación en el derecho administrativo, ni en el Derecho Civil, ni en Procesal; se está frente a una rama autónoma como derecho que se ocupa de la conducta del Notario en cuanto autor de la forma.

La única respuesta es que la relación jurídica que une al Estado con el Notario es de naturaleza Notarial, esto es, regida por el Derecho Notarial."

Conclusión:

Ante el problema sobre la ubicación de la función notarial y su órgano (Notario) no nos queda más que buscar una forma ecléptica, pero con base en el Derecho Notarial y carácter profesional del Notario, que participe de las demás posiciones, destacando al Notario como un ente (profesional) con características y personalidad propias, que lo diferencien de todos los

domás.

Debemos hacer notar, que no puede negarse el carácter público de la función e institución notarial, de acuerdo con nuestra Ley De Notariado en vigencia.

El Notario cumple con otras misiones tales como de asesoría, autenticación. Tiene en fin, una posición dentro de su función pública, especial y diferente al común de los otros funcionarios públicos.

La autenticidad y legitimación, exigen sin dudas, que el Notario sea funcionario público; todo para que intervenga en nombre y representación del Estado, titular de la función notarial.

Debemos destacar en el Notario su aspecto social, profesional, técnico, de funcionario administrativo; así, podremos darle personalidad propia, la que le dará al mismo tiempo independencia de la administración, evitando así, que se convierta en un simple funcionario público. Todo lo anterior, como dijimos, debe ser arreglado en base a su carácter profesional.

CAPITULO IV

ACTIVIDADES QUE DESARROLLA LA FUNCION NOTARIAL.

Pareciera, de acuerdo con la tradición doctrinal y jurídica, que la única función que tiene el Notario, fuera la documental o autenticadora. Nuestra Ley De Notariado en vigencia, acorde con esta tradición dice: "...el Notario es un delegado del Estado que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y de otras actuaciones en que personalmente intervenga, todo conformidad con la Ley." La anterior disposición legal, no es del todo feliz. Debemos decir que el Notario no debe ser considerado a secas un simple delegado, funcionario corriente y jerárquizado, sometido a una disciplina estrictamente administrativa. El Notario debe participar tanto del aspecto profesional del Derecho, (que tiene la misión de asesorar a aquellos que a él acuden y aconsejarles los medios jurídicos más idóneos para que logren los fines que se proponen obtener) como delegado (funcionario) del Estado que ejerce el notariado.

Ya no es un simple autenticador de documentos, sino que debe ser un técnico del Derecho, que posee amplios y sólidos conocimientos jurídicos para poder captar el acto jurídico, prepararlo y aceptarlo o rechazarlo por estar contra la norma general de conducta; debe ser pues, un consejero. Su actividad es de preparación y gestación. Debe analizar lo propuesto por los otorgantes, que por lo general, son ignorantes en cuestiones de derecho, que aunque tienen conciencia de lo que quieren, por aquello de la intuición que todos llevamos en nuestro ser, no alcanzan a comprender de una manera plena las consecuencias de su desarrollo, motivo por el cual, pueden equivocarse en sus apreciaciones, motivo por lo cual, buscan en el Notario un técnico versado en la vida jurídica, para que les formule un plan a desarrollar, dentro del cual quede comprendida la realización de sus voluntades y una vez en el desarrollo, los lleve de la mano por los intrincados laberintos jurídicos y sus posibles

consecuencias.

El Notario antes de convertirse en guía, debe conocer el alma de los interesados, debe ser su confesor, para sobrepasar sus conciencias en todo lo que al negocio jurídico atañe. El Notario debe ser un consejero sabio y moral, además de justo. El Notario, debe ser asesor jurídico y avenidor de aquellos que buscan sus oficios. Así pues, debe ante todo, instruir a los otorgantes, con autoridad de jurisconsulto, en lo que se refiere a las posibilidades legales, requisitos, consecuencias del negocio jurídico que quieren realizar, lo mismo que conciliar, moderar y coordinar los opuestos intereses; todo dentro de las normas jurídicas y morales, para lograr de esta manera, una perfecta realización del Derecho.

Es precisamente esta función de asesoramiento, asistencia técnica, lo que viene a darle una característica tan especial a la función notarial, que distingue al Notario de los funcionarios administrativos.

(1) José Castán Tobeñas en su obra "Función Notarial y Elaboración Notarial Del Derecho", dice: "Cierto es que esta función la comparte el Notario con el abogado libre, pero reúne aquél, garantías de capacitación y de especialización, que dan a su ministerio un matiz muy especial." En la clasificación que de los juristas profesionales hace, Miguel Cuevas en su obra "La Técnica Jurídica", (2) el Notario corresponde, más bien que al grupo de los juristas libres, (abogados) (cuya misión es asesorar o dirigir técnicamente los asuntos de los particulares en la vida corriente o ante los Tribunales) al de los juristas oficiales, que tienen la de intervenir técnicamente en los actos jurídicos de Derecho Privado o Público. El Notario es el jurista oficial de la legitimación preventiva, en el campo especialmente del Derecho Privado."

Una vez que el Notario ha resuelto esta primera situación de asesoramiento, cuando ha recogido la voluntad libre de los

(1) José Castán Tobeñas.....Función Notarial Y Elaboración Notarial Del Derecho.

(2) Miguel Cuevas.....La Técnica Jurídica.

otorgantes, cuando ha ejercido la función calificadora de la naturaleza y legalidad del acto que se intenta ultimar, sigue la función de admisión del acto a la legitimación, que es consecuencia de lo anterior, y por la cual el Notario se tiene por requerido, si encuentra ajustado el acto a la legalidad vigente, o se niega a prestar su intervención, si la calificación de aquél, es adversa. Viene en seguida, la función de redacción o formulación, la cual fijará el acto jurídico con la delimitación y alcance propuesto, extendiendo el documento externo con cuantas características sean necesarias, de acuerdo con la técnica profesional, para exteriorizar ante el mundo el acto efectuado, dándole la forma necesaria, y apropiada, para que sirva para siempre de prueba del negocio jurídico realizado y que a su vez sea posible de conservar y reproducir. Todo lo anterior, se cumple con la forma instrumental, la cual se encuentra sujeta a reglas técnicas bien definidas, lo cual viene a constituir el arte de la Notaría.

Por la función de redacción el Notario tiene una facultad amplia para la redacción del instrumento, con la obligación de enmarcar la voluntad de los otorgantes dentro de los moldes jurídicos. Todo esto para que el negocio jurídico no sea deficiente, ficticio, simulado, anulable o litigioso.

La redacción de las escrituras ha de ser clara, precisa, sin términos oscuros o ambiguos, observando de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la prioridad en el lenguaje y la severidad en la forma, interpretando la voluntad de los otorgantes y adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia, incluso sujetándose a la minuta que entreguen, sin perjuicio de revisar y rectificar su redacción con la anuencia de aquéllos, salvo si insistieran en consignarla de la misma manera por ellos propuesta, en cuyo caso el Notario podrá negar su intervención o realizarla, pero haciéndolo constar en el instrumento, para salvar su responsa-

bilidad.

La Ley Título 18 de la Partida Tercera, entendía desde ya la labor de redacción del Instrumento Público, al decir: "E ay otra escritura que llaman instrumento público, que es fecho por mano de Escrivano público de consejo."

Ya desde aquella época el concepto de instrumento público va unido al del Escribano (Notario) condición necesaria para su valor legal.

Tenemos por último, la Función Documental o Autenticadora.

Esta es la función notarial de mayor trascendencia pública, la que determina su existencia, da origen a todas las demás y la que las comprende en sí.

Es dicha función la que más responde al origen histórico y al concepto clásico del instrumento público.

(1) Fernández Casado, al hablar del instrumento notarial dice: "es el autorizado a instancia de parte y en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho."

(2) J. Gonzálo de las Casas dice: "Es el escrito auténtico en que se consigna y perpetúa un título o un hecho."

(3) Para Salvat, "es el otorgado con las formalidades que la Ley establece, en presencia de un oficial público, a quien la Ley confiere la facultad de autorizarlo."

(4) José María Sanahuja lo define diciendo: " es el documento autorizado por Notario."

(5) El Doctor Julio César Barrientos G. en su Tesis doctoral, dice: "La función característica de la Institución notarial es la de autenticación y determinación del hecho concreto como condición necesaria para que el Juez pueda señalar las consecuencias. Si ese hecho no es simple en el mundo exterior, sino que es un hecho de la vida jurídica, entonces se plantea la

(1) Miguel Fernández Casado... Tratado De Notaría.

(2) J. Gonzálo de las Casas.... Tratado General De Derecho Notarial

(3) Raymundo M. Salvat..... Tratado De Derecho Civil

(4) José María Sanahuja..... Tratado De Derecho Notarial

(5) Doctor Julio César

Barrientos G..... Alcance De La Fe Pública Concedida Al Notario. (Tesis)

pregunta: Cuál es el alcance de la función de autenticar propia del Notario? Luego responde: " Dijimos que alcanza todo acto jurídico que como tal genere consecuencias de derecho cuyo conocimiento requeriría el Juez."

La función del Notario es esencialmente autenticadora; evita al Juez la comprobación del hecho, limitándose al conocimiento del Derecho.

La instrumentación notarial ofrece, no un tinte probatorio, sino también un aspecto civil, pués tiene como finalidades, no sólo facilitar la demostración del acto o negocio, sino también, de dar a éste una forma que ha de ser base para su eficacia.

LA FUNCION NOTARIAL Y EL INSTRUMENTO PUBLICO.

La palabra Instrumento se deriva del latín "instrumentum", de instruo, es, ere, instruir; designa todo lo que sirve en juicio para la instrucción de una causa o conduce a la averiguación de la verdad, abarcando, por tanto, toda clase de documentos. Esto es, según Castán y Tobefías, en un sentido general. Más en un sentido específico, viene dándose la denominación de instrumento a los documentos autorizados por Notario.

Instrumento y documento tienen un valor etimológico similar. Pero hay que advertir que entre ambos, existen diferencias. El término documento es más genérico. Se deriva de la voz Latina "Docere" y significa todo escrito que se redacta; es toda representación objetiva de un pensamiento.

El documento no está sujeto en su forma y constitución a condiciones legales pre-establecidas y no es necesario para que sea tal, la presencia del Notario. Una poesía, un pensamiento, una carta, etc., son documentos. Pero, cuando el escrito ha sido redactado para suministrar la prueba de lo que ha sido consentido o convenido, con el propósito de comprobar en cualquier momento posterior, el hecho que se relata, adquiere el nombre de instrumento. La diferencia entre documento e instrumento, generalmente reside en que, el primero es lo genérico y el instrumento público lo específico.

Cuando el Instrumento es otorgado con las formalidades legales ante Notario, Juez Cartulario, Agente Dipomático o Consular Salvadoreño e incorporado en un protocolo o registro público, se le denomina "Escritura Pública."

De tal manera, diremos que todo instrumento es un documento; pero no podemos decir, que todo documento sea un instrumento.

Nuestro Derecho Civil en el Título XXI al hablar "De La Prueba De Las Obligaciones", en el Art. 1570 dice: "Instrumento Público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario.

Otorgada ante Notario o Juez Cartulario e incorporada en un

protocolo o registro público, se llama escritura pública."

En el Art. 255 Pr. dice: "Los instrumentos públicos deben extenderse por la persona autorizada por la ley para cartular y en la forma que la misma ley prescribe."

Pero el Art. 257 Pr. dice: "Escritura original y pública es la primera copia que se saca del protocolo y que ha sido hecha con las solemnidades necesarias por un funcionario público autorizado para otorgarla."

El Art. 2 de la Ley De Notariado dice: "Los instrumentos notariales o instrumentos públicos son: la escritura matriz, que es la que se asienta en el protocolo; escritura pública o testimonio, que es la que reproduce la escritura matriz; y actas notariales, que son las que no se asientan en el protocolo."

Hay cierta confusión en la redacción de estos artículos, en lo que se refiere al concepto de escritura pública.

Para el Código Civil es la otorgada ante Notario o Juez Cartulario e incorporada en un protocolo o registro público.

En cambio, para el Código de Procedimientos Civiles, es la primera copia que se saca del protocolo, y por fin, para la Ley De Notariado, es la que reproduce la escritura matriz. Es este último concepto el que debe prevalecer. Esta diferencia en cuanto a las acepciones de la escritura pública, se debe a los distintos orígenes, tanto del Código Civil como del Código de Procedimientos Civiles.

Existen dos grandes clasificaciones de los instrumentos. La una bipartita y la otra tripartita.

Nuestro Código Civil, en el Art. 1569, los divide en públicos y privados y el Código de Procedimientos Civiles, los divide en públicos, auténticos y privados. Esta diferencia obedece a que el Código Civil se inspiró en el Código Civil Chileno y el de Procedimientos Civiles, en el de Procedimientos Civiles Español. La clasificación tripartita, según algunos autores carece de exactitud y precisión, pues todo instrumento

auténtico es también público, ya que toda autenticidad dimana de autoridad pública, siendo todo instrumento público auténtico, en razón del crédito o fe que merece.

En un sentido específico, se da la denominación de instrumentos a los autorizados por Notario.

En esta acepción, que recogía ya, la legislación de las Partidas, (Ley 1^a. Título XVIII, Partida III) y que puede ser considerada como actual, los instrumentos públicos, son una especie o clase de documentos públicos.

Ha sido, doctrina corriente, que no todo documento suscrito por Notario es instrumento público, sino solamente los originales incorporados al protocolo y sus copias, quedando excluidas de tal concepto las demás actuaciones notariales, como la legitimación de firmas (auténticas) y actas notariales, en los casos en que se quiera dar valor de instrumento público a los documentos privados de obligaciones o descargo o de cualquier otra clase que se hubiere otorgado. (Caso de reconocimiento privado.)

Fernández Casado decía: "que por instrumento público se entendía el documento notarial protocolado y sus copias." Pero en la actualidad se ha ampliado ese concepto diciendo que "el instrumento público comprende las escrituras matrices, las públicas o testimonios y las actas notariales."

Tal es el concepto de instrumento público de acuerdo con nuestra Ley De Notariado en vigencia. (Art. 2^o. Ley De Notariado.)

En sentido jurídico, la palabra instrumento, es un concepto propio del Derecho Procesal; es un medio de prueba y sus especies constituyen la llamada prueba instrumental.

Esta clase de prueba es la se vierte en un juicio, y se llama también prueba preconstituida o de prejuicio, porque al mismo tiempo que se realiza el acto se deja constancia de él en el instrumento, para conservarlo, perpetuarlo y acreditarlo en el momento oportuno, en el juicio.

(1) El Doctor Hugo López Mejía lo define así: "Instrumento Público es el que ha sido autorizado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con las formalidades legales, y que sirve para acreditar la existencia de un hecho jurídico o de un derecho." Continúa: "Este concepto comprende todos los instrumentos autorizados por funcionarios competentes en el ejercicio de sus funciones, incluyendo los autorizados por Notario."

Luego a continuación expresa: "No parece bien informado el profesor J. Eduardo Girón, quien dice: " es el documento legalmente autorizado por Notario, a instancia de parte, en el que consta la existencia de hechos, obligaciones o derechos", pues el instrumento público no es únicamente el autorizado por Notario. Son todos los instrumentos que autorizan funcionarios públicos, aunque no sean notarios."

En todo esto hay una confusión doctrinaria que hay que aclarar. Los instrumentos públicos son únicamente los autorizados por notarios; en cambio los auténticos son los autorizados por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, que no sean notarios.

Nuestro Legislador, ha hecho aquí, una distinción muy marcada entre el Notario y su función y las funciones de los demás funcionarios públicos, dándole al Notario una categoría aparte.

(2) Los efectos de la función notarial se sintetizan y resumen en la producción del instrumento público.

(3) Tomando el instrumento notarial en su acepción de escritura pública o documento público o instrumento notarial a través de las diversas definiciones relacionadas, tiene por lo visto dos conceptos fundamentales que forman el concepto final: se prepara de acuerdo a formalidades que la Ley establece y debe ser autorizado por un Notario Público. Ambos factores son esenciales porque la falta de uno de ellos invalida el instru-

(1) Dr. Hugo López Mejía... El Notariado En El Salvador. (Tesis)

(2) José Castán Tobeñas... Función Notarial Y Elaboración Notarial Del Derecho.

(3) Carlos E. González.... Teoría General Del Instrumento.

mento y sólo servirá algunas veces como instrumento privado, como un principio de prueba por escrito, o no existirá ni el instrumento ni el acto o negocio, si es de los "solemnitaten", porque no habría llegado a constituirse válidamente."

Uno de los fines del Instrumento Público es el de servir de prueba preconstituida, preparada con anterioridad al pleito futuro.

La teoría de la prueba preconstituida, como fin primordial, viene estudiándose desde hace siglos.

Fernández Casado, fijó esta teoría de la prueba preconstituida, al tratar de la fuerza del Instrumento Público: "Dos son los fines principales que llena el Instrumento Público: perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad, y servir de prueba en juicio y fuera de él."

Otro de los fines del Instrumento Público es el dar al negocio forma legal o solemnidad, "que será creadora en los negocios en que se exija como requisito esencial de existencia y creadora o confirmativa (Cuando es potestativa de los otorgantes), según sea simultánea a la definitiva declaración de voluntad o ésta se haya formulado ya (con carácter de negocio y no de acto preliminar o preparatorio) en forma no documental o privada.

En una palabra, van a dar forma legal al contrato verbal que celebraron cuando después de discutir las condiciones y el precio, se dieron quizá la mano y el trato quedó hecho. Este es el verdadero fin. Formar, constituir un negocio jurídico. Estructurarlo jurídicamente.

Aún sin juicio, el Instrumento Público servirá de prueba, pero no procesalmente, sino prueba como simple razón, argumento o instrumento con se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de un hecho.

Probará que es propietario, ante cualquier autoridad o persona que lo pida, pero eso es secundario. Lo primario es el derecho de propiedad que está contenido en el instrumento y tiene rea-

lidad, exteriorización y validez, gracias a la forma que el documentador o Notario le dió oportunamente.

La forma creará el derecho cuando sea requisito para la existencia y lo ratificará, si se hubiere hecho otro acto preliminar.

Además de la forma y la prueba, el otro fin primordial es, dar eficacia legal al negocio jurídico.

Como un resumen de todas las finalidades, el propósito del Instrumento Público es, el de contribuir al desarrollo del derecho, alejando el peligro de intervenciones judiciales contenciosas.

Enrique Giménez Arnau define el documento público, como " al autorizado por Notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos."

Además de los fines expuestos, el Instrumento Público tiene los siguientes caracteres:

1-Garantía; 2-Credibilidad; 3-Firmeza e irrevocabilidad; 4-Ejecutoriedad; 5-Fecha cierta; 6-Seguridad.

1-Garantía. Es garantía para el cumplimiento de los convenios.

El Estado no sólo debe actuar ante las relaciones de derecho de los individuos con posterioridad a las mismas, cuando violadas las normas, pone la justicia a disposición de ellos y esta resuelve el caso planteado, restableciendo la normalidad, dando a cada uno lo suyo. Tiene también que hacer imperar en todo momento el derecho y al constituirse una obligación, debe asegurar por los medios a su alcance su cumplimiento; cuando se formaliza un acto jurídico esa protección debe estar presente, para las dos o más partes intervinientes, lo mismo que para los terceros.

Esa garantía que la sola presencia del Notario significa, es la más importante caracterización del Instrumento Público.

Como consecuencia de esa garantía, habrá que creer en la palabra del Notario, salvo que en prueba posterior se demuestre lo con-

trario.

luego, la credibilidad (fe pública) es otro rasgo singular. Los instrumentos privados serán creídos por las partes, pero los demás pueden o no creerlos, porque no está la fe pública notarial que les da fuerza y vigor. Lo primero que deberá hacer quien exhiba, un instrumento privado, es demostrar que las firmas son auténticas y con ello no sabremos todavía si en el momento de su celebración, el más débil de los contratantes fué engañado o no, o inducido a error, porque el representante del Estado, el Notario, no estuvo allí para configurar jurídicamente el hecho acaecido.

2-Credibilidad. Credibilidad contra todos y para todos. Josserand da a la credibilidad gran importancia en el Instrumento Público. Es o debe ser creíble, porque es cierta. Esa certidumbre la impone por sí misma en las relaciones jurídicas y esa función se llama autenticación.

3-Firmeza e irrevocabilidad. La escritura pública es irrevocable. Ninguna autoridad superior o inferior puede reformarla. La hizo el Notario, y los otorgantes no pueden recurrir a un superior jerárquico a que la modifique. No hay juez que pueda hacerlo. "Las relaciones jurídicas constituidas en Escritura Pública son firmes e irrevocables", expone Nuñez Lagos en su obra "Hechos Y Derechos En El Documento Público." No cabe apelación contra ella, aunque quepa la acción de nulidad en un proceso independiente en línea recta ascendente.

Todo lo contrario pasa con la sentencia. Es modificable, revocable, por apelación al tribunal de alzada. Se puede apelar de ella ante el Tribunal Superior en Grado.

4-Ejecutoriedad. Sanahuja la define: "Es la cualidad del acto en virtud de la cual el acreedor puede, caso de inobservancia del obligado, obtener la ejecución de su derecho mediante la fuerza." Esa ejecutoriedad viene anexa a la Escritura Pública.¹⁶ Es uno de los títulos cuya presentación en juicio trae aparejada ejecución al decir el Art. 587 No lo Pr. del Código de Pro-

cedimientos Civiles; pero se distingue de los demás, cuales son los documentos privados, cuentas aprobadas, **letras** de cambio, etc., en que no precisa de verificación o comprobación judicial, por su carácter de indubitable, mientras no se instaure la querrela de falsedad, o se pruebe lo contrario, según sea lo que se pretenda invalidar; el dicho del funcionario autorizante o la simple manifestación de las partes.

5-Fecha **Cierta**. Sólo en la Escritura Pública podemos tener certeza de que la fecha en ella es rigurosamente exacta y los efectos que de esta virtud pueden producirse, son innumerables y valiosos.

La fijeza del día y hora comprobable con facilidad, creará, modificará o extinguirá numerosos casos de derechos y obligaciones, especialmente en el derecho sucesorio e hipotecario; y dentro del comercial, en el cambiario y en las quiebras.

6-Seguridad. La formación del protocolo con todas las escrituras matrices, guardadas en los archivos oficiales (Sección De Notariado), hacen que sea imposible la pérdida de las escrituras públicas. De ellas se sacarán las copias que fuesen necesarias, quedando los intereses de los otorgantes completamente protegidos. Da además seguridad a las convenciones o negocios jurídicos, la confianza que comprende, la presencia, redacción y configuración del acto, por el Notario Público autorizante. Origina del modo, seguridad, porque impide la aparición de los vicios y de ignorancia, de los cuales advertirá el fedatario al instante de su preparación.

Se tiene entonces, seguridad para la **sociedad** y para los interesados, porque en ella impera el derecho traducido por el Notario, como resultado de las voluntades de las partes que ante él se presentaron a dar su otorgamiento.

Esta es la razón porque, a pesar, de no exigirse más que en las expresadas circunstancias que prevé la Ley, muchos son los que dan forma de escritura pública a hechos o relaciones jurídicas

on que no se exige tal formalidad. Tenemos para el caso, el ejemplo de las protocolizaciones de los más variados documentos que se hacen en los protocolos notariales, con el único fin de dar seguridad de sus derechos. (Art. 55 Ley De Notariado)

CAPITULO VI

PRINCIPIO Y FIN DE LA FUNCION NOTARIAL.

La función no principia con la escritura matriz verificada en el libro de protocolo, sino que comienza al momento de que las partes se se ponen de acuerdo entre sí, tanto en cuanto al aspecto económico, que comprende gastos de papel sellado, impuestos, honorarios, etc., como en el contrato que van a celebrar. (Voluntad de contratar)

El acuerdo económico y la voluntad de contratar se realiza únicamente entre las partes interesadas en el negocio jurídico. Son las partes interesadas las que quedan relacionadas por un acuerdo moral, jurídico, verbal o escrito. Esta relación es de carácter privado.

Puede orientarlas hacia la función notarial su propia voluntad o la Ley.

Sigue después la elección del Notario. Este es un acto voluntario, de las partes otorgantes. Puede constituir una cláusula esencial del negocio moral o jurídico su elección.

Es también de carácter privado.

En el orden notarial hay normas éticas o consuetudinarias jurisprudenciales que contemplan esta situación de las partes y deciden cuando corresponde a la una o a la otra esa elección.

Algunos piensan que la elección del Notario corresponde a quien paga los honorarios profesionales.

Pero no es así. El mayor interés protegido por la actuación notarial es el factor que sirve de pauta para decidir el derecho a la elección.

Una vez que se han puesto de acuerdo las partes, en lo referente a la elección del Notario, viene la primera audiencia o entrevista de las partes con el Notario. En esta audiencia, las partes piden al Notario que interpon sus oficios, que intervenga. Así pues, el Notario no sólo interviene a petición de las partes única y exclusivamente y nunca de oficio.

Una vez que se ha explicado los pormenores de la oferta de intervención, el Notario analiza los aspectos éticos y legales de la oferta y de su intervención en el negocio propuesto. En continuación él decide aceptar o rechazar el negocio propuesto.

Se configura en ese instante la primera de las relaciones jurídicas del proceso notarial.

El ruego "rogatio" es característica de la actuación notarial; es lo que hace al Notario diferente del profesional puro.

En el caso del Juez (funcionario jurisdiccional) este tiene que intervenir cuando las partes ocurren ante él, (en materia civil) y en materia penal puede hacerlo de oficio en los casos determinados por la Ley.

El ruego (rogatio) significa:

- 1-Libertad de elección del Notario por las partes;
- 2-Requerimiento de su intervención;
- 3-Libertad de decisión del Notario;
- 4-Relación jurídica entre las partes interesadas y el Notario rogado que acepta el requerimiento.

La función notarial se ha puesto en movimiento y comienza a actuar. El Notario recoge la voluntad de las partes, los asesora y aconseja e interpreta esa voluntad. Es en esta oportunidad que se produce su dictámen.

Todos estos son actos privados y con ellos termina la primera audiencia.

Luego, el Notario considera el negocio jurídico querido por las partes, redacta lo que será el documento, conformándolo a la Ley o creando una Ley particular en el caso de no hallar el molde adecuado dentro de la legislación de su país y procede a realizar el acto material de escribir el futuro documento notarial.

Hasta aquí se ha desenvuelto actividad o función notarial en el plano profesional. (También se trata de actos de carácter

privado)

En la segunda audiencia comienza el alumbramiento del documento como notarial y la ligazón del negocio con su forma.

La lectura informa a las partes de la interpretación jurídica de sus voluntades. El otorgamiento confirma la intención y exterioriza la conformidad con el texto leído y con el resultado jurídico obtenido por medio de la pericia del Notario. La firma ratifica esa situación espiritual. Pone de manifiesto la persistencia de la voluntad de contratar, que fué el motor de la función notarial que se está desarrollando.

El Notario con sus afirmaciones, procede a dar autenticidad a las diversas partes del documento, o a su totalidad y también a algunos elementos del negocio. Luego, autoriza con su firma, después que lo hubieren hecho los otorgantes, (testigos, interpretes si los hubiere) tal como lo dice nuestra Ley De Notariado en vigencia, confiriendo su fe notarial, que es lo que distingue al documento notarial de los documentos **privados**, y de los demás documentos o instrumentos **públicos**.

Fin De La Función Notarial.- La función notarial no termina con la redacción y forma legal, sino que se prolonga a través de la fase documental hasta la conservación temporal del instrumento notarial. Esto quiere decir, durante la época de vigencia de los libros de protocolo en manos del Notario y que de acuerdo con nuestra Ley De Notariado, es de un año, contado desde el día de su entrega al Notario. Una vez que se ese año los notarios deberán hacer la entrega de los libros de protocolo a la Sección de Notariado o al Juez de Primera **Instancia** respectivo, dentro de los quince días siguientes a la fecha en que termin el año de vigencia, los libros de protocolo agotados o vencidos que hubieren llevado, los cuales deberán **estar em-**
pastados.

Los jueces de Primera Instancia deben a su vez remitir los libros de protocolo que hubieren recibido de los notarios, a la Sección de Notariado dentro de quince días a la fecha de su registro, para su conservación definitiva.

ACTAS NOTARIALES, RECONOCIMIENTOS DE DOCUMENTOS PRIVADOS Y
AUTENTICAS.

Existen otras actuaciones notariales, las cuales no se asientan en el protocolo. Las trataré por el orden de su enumeración.

Actas Notariales. Concepto. Según el Diccionario de la Lengua Española, Acta Notarial es: "La relación fehaciente que extiende el Notario de uno o más hechos que presencia o autoriza." El Doctor Julio César Barrientos G. en su tesis doctoral dice: "Acta notarial es el documento público autorizado por Notario en el que a requerimiento de parte con capacidad intelectual suficiente, se hace constar hechos que presencia o le consta al Notario, que no puede ser objeto de contrato y cuyo recuerdo conviene conservar en forma auténtica."

Relacionando los Arts 2 y 50 de la Ley De Notariado, vemos que las actas notariales no se asientan en el protocolo, por regla general, extendidos con las formalidades legales por Notario competente a requerimiento de parte interesada o por disposición de la Ley, que versan sobre hechos que el Notario presencia o que personalmente ejecuta o comprueba y que por su índole, no pueden calificarse como contratos.

Como excepción a la regla general, está el caso del acta de la cubierta de testamento cerrado que sí se asienta en el protocolo. (Art. 41 Inc. 2º de la Ley De Notariado)

Enumeración De Las Actas Notariales.

- 1o.-Sustitución de Poderes. Arts. 9 y 50 Ley De Notariado y 110 Pr.
- 2o.-Protestos de Letras de Cambio. Art. 50 Inc 2º L.N. 752 Com.
- 3o.-Protesto de Cheques. Art. 50 Inc. 2º L.N. y 816 Com.
- 4o.-Sustitución de Poderes. Art. 50 Inc. 2º L.N. y 110 Pr.
- 5o.-Reconocimiento de Documentos Privados. Art. 52 L.N.
- 6o.-Cancelaciones Hipotecarias. Art. 50 L.N. Inc. 2º. y 743 C. Civil
- 7o.-Notificaciones de Créditos cedidos o dados en prenda. Art 952 Pr.
- 8o.-Testamentos cerrados. Art. 41 Inc. 2º L.N.
- 9o.-Art. 39 Ley De Procedimientos Especiales Sobre Accidentes De

El Notario al levantar actas notariales de los hechos que presencia o que personalmente ejecuta o comprueba, debe, observar las formalidades que la Ley ha establecido para los **otros Instrumentos públicos**, en todo lo que fuese aplicable. Debe también, hacer en ellas una relación circunstanciada de su objeto, de lo expuesto por los interesados y en caso de que el acto se escribiera en varias hojas, del número de que se compone, en cada una de las cuales estampará su firma y sello. Si interviniere alguno de los otorgantes en representación de otra persona, el Notario debe dar fe de ser legítima y suficiente la personería con que actuó, en vista de los documentos que se le presentan, los cuales deberá citar con expresión de su fecha y del funcionario o persona que los autorice.

En las actas de reconocimiento de documentos privados, de obligación o de descargo, debe el Notario identificar el documento, con expresión de sus cláusulas, plazos e intereses, etc. Debe dar fe de que la firma puesta al pie del documento es auténtica, porque la persona la suscribió a su presencia, o si hubiera sido puesta antes, porque la reconoció ante él. Si el documento fué firmado por otra persona, a ruego del compareciente, el Notario debe también dar fe, de que el otorgante reconoció la obligación o contenido del documento.

De conformidad al Art. 53 Ley De Notariado, los notarios también están obligados a extender una copia en papel común de las actas que levanten en los casos de sustitución de poderes, protestos de letras y cheques, cancelaciones hipotecarias, reconocimientos de firma de documentos privados, lo mismo que en los casos de los Arts 952 Pr. y 53 L. N. .El Art. 53 L. N. dice: " El Notario extenderá una copia en papel común de las actas a que se refieren los artículos precedentes... "

El objeto de estas copias, es la de evitar fraudes, alterando las actas originales, lo que dará lugar a la impugnación de falsedad ya sea civil o criminal.

auténticas. Para legalizar las firmas que hubieren sido pue-

tas por los interesados o por otra persona a su ruego, en correspondencia particular, solicitudes, memoriales y escritos de toda clase, no será necesario levantar actas Notariales; basta en dichos casos, que el Notario ponga a continuación de la firma que auténtica, una razón firmada y sellada, que indique el lugar y la fecha en que se extiende y da fe del conocimiento o identidad del otorgante, de la autenticidad o de que ha sido puesta a ruego del interesado.

No obstante, cuando el escrito o atestado sea del propio Notario, bastará el sello junto a su firma, para que se tenga como auténtico. En los dos casos deben ser amortizados los timbres. Al autenticar las firmas el Notario, atestigua la certeza de que el escrito o atestado ha sido suscrito por la persona que ha identificado en la razón y por ello se admiten en las Oficinas Públicas o Tribunales, sin que sea necesario que lo presente personalmente el interesado.

CAPITULO VIII

LAS NORMAS (ÉTICAS Y TÉCNICAS) Y LA FUNCIÓN NOTARIAL

La actividad de los individuos como seres dotados de razón, propende a guiarse por normas que la llevan de modo mejor a realizar un objeto determinado.

La naturaleza de estas normas o reglas es variable, según las diversas condiciones de la actividad individual.

Estas son las normas éticas y técnicas.

Las normas éticas se refieren a la conducta del individuo como ser humano (Etico, del Griego Etós, costumbre) en oposición a las otras normas o reglas simplemente técnicas, que son especiales, que forman la materia propia de un oficio.

Las normas éticas se aplican a la realización de todos los propósitos del hombre, como ente social.

Son imperativos de conducta, pues obligan al sujeto a seguir las por razón de su mejor conveniencia, su tranquilidad psíquica, por sus creencias o por el Bien como fin supremo que la razón concibe que el individuo debe alcanzar al venir y vivir en este mundo, o por un ideal de perfección tal como lo predica el precepto cristiano: "Procurad ser perfectos al igual que los vuestro Padre que está en el cielo."

Las normas éticas, rigen al sujeto por lo que son subjetivas, esto es, que se refieren a la conducta de los hombres, los sujetos.

Dentro de las normas éticas, podemos distinguir por un lado, las normas morales y por otro las normas **jurídicas**.

Las normas morales, son reglas unilaterales de conducta, optativas, esto es, se pueden seguir o no.

En cambio, las normas jurídicas, son reglas bilaterales, coercitivas, pues su cumplimiento está apoyado en la fuerza que ejerce el Estado. Las reglas jurídicas rigen las relaciones nuestras con los demás individuos que viven en sociedad.

Existe una íntima relación entre estas clases de normas, ya que las primeras (morales) dan el criterio a seguir para la apre-

ciación de nuestros intereses espirituales, ya sea por la salvación del alma, ya sea por el bien, y las segundas, normas jurídicas o de derecho, marcan y definen los límites en los cuales deben encerrarse nuestros intereses como seres sociales por excelencia, ya que están hechas para encauzar las relaciones de cada individuo con los demás que viven con él en sociedad.

Las reglas morales como imperativos de conducta nos imponen un deber espiritual. Las reglas jurídicas originan entre los individuos ligas respecto a su conducta que traen consigo un derecho y un deber correlativos, estableciendo entre los individuos una relación que bajo un aspecto (activo) es para uno de ellos una facultad de exigir algo de la conducta del otro, para quien esta exigencia es un deber.

Hecha esta somera explicación, vemos el asunto que nos ocupa, esto es, las normas éticas y la función notarial, lo mismo que la aplicación de las normas técnicas.

El notariado es una función que colabora de una forma directa al mantenimiento de la Paz Jurídica, pues su función es de carácter preventivo.

Su ejercicio es anterior a toda litis, y el Notario está revestido por decirlo así, de una actitud casi paternal, al poner al servicio de los otorgantes, su función. Contribuye también al perfeccionamiento de la vida social y al perfeccionamiento del Derecho que rige aquella. Precisamente, el Instrumento Público (notarial) es la prueba más fehaciente del acuerdo de voluntades y que quita consiguientemente toda idea de pleito entre partes, pues ha habido acuerdo previo de voluntades, resolución previa.

(1) Carneluti sostiene que más difícil es estructurar un negocio jurídico para que no oculte en su regazo un litigio, que redactar un escrito procesal. El abogado interviene cuando la litis ya ha estallado o está por estallar; la obra del Notario

tiende primordialmente a que no estalle." Se puede también decir: "Cuanto más Notario tanto menos juez; cuanto más consejo del Notario, cuanto más conciencia del Notario, cuanto más cultura del Notario, tanto menos posibilidad de litis, y cuanto menos posibilidad de litis, tanto menos necesidad de juez. Entonces, además de consultor jurídico, es en más alto grado, UN CONSULTOR MORAL."

Habrán variedad de notarios, según los distintos ordenamientos, pero en el fondo la figura del Notario es una. Es uno de los principales operarios o, si se quiere, técnicos del derecho, es pues, figura de primer relieve. (1) Fernández Casado dice: "la profesión notarial es quizá, entre todas las sociales, aquella que, cuyo ejercicio de moralidad demanda, si ha de responder al objeto de su establecimiento. Es en lo civil, lo que la cura de almas en lo espiritual; una fuerza directiva de las voluntades y de las conciencias, cuyo campo de acción no reconoce límites."

Deben los notarios orientar al legislador, señalándole los vacíos y las reformas que el Derecho Privado necesita; debe también darle datos estadísticos de los instrumentos que ante sus oficios se otorgan; que instituciones y que pactos pertenecen al Derecho vivo y cuales otros son formas residuales de organismos que ya no están en uso o arrastran una existencia lánguida.

Los notarios al ejercer la función notarial deben ser estrictos observadores de las normas éticas.

Al buscarse el ejercicio de su función por los interesados, deben los notarios, antes de aceptar la interposición de su fe notarial, analizar el negocio propuesto tanto desde el aspecto jurídico, como desde el aspecto moral. Deben recordar que su función es un sacerdocio, y como sacerdotes deben actuar.

Los notarios deben ser custodios de la justicia y de la buena fe jurídica. Al presentarsele el negocio

(1) Fernández Casado..... Tratado De Notaría

jurídico, debe ser imparcial en sus apreciaciones, sin buscar el predominio de uno de los otorgantes; su objetivo debe ser el predominio de lo moral y la realización del Derecho y de la Justicia.

Pero, una justicia que se inspire en un criterio moral y jurídico, para de esta manera evitar conflictos entre la ley positiva y la ley natural o divina.

Por la recta aplicación de los preceptos morales y jurídicos se evitará que el otorgante sin experiencia, el necesitado, el incapaz, suscriba un negocio que lo lleve a su ruina económica. El Notario tiene que tener conocimientos jurídicos sólidos, un concepto ascendido de lo moral, para que al dar fe, imponga primero su conciencia.

Las convenciones y negocios jurídicos deben ser expresión de una moral rígida, y expresión de una moral rígida, y expresión también del Derecho más justo.

(1) El Lic. J. Eduardo Girón Zirión, dice del Notario que "es la persona especialmente autorizada para dar fe de los actos o contratos en que interviene por la ley o a solicitud de partes."

(2) José María Mengual y Mengual, define al Notario: "Es el funcionario público que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del Poder del Estado y por lo mismo revestido de plena autoridad, en el ejercicio de su función, auténtica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo estudio, explicación y aplicación del Derecho Positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene."

(3) Francisco Martínez Segovia dice: "la imparcialidad es un presupuesto necesario, de la actuación cautelar, para la conservación en depósito de los documentos de ambas partes, o

(1) Lic. J. Eduardo Girón Zirión... El Notario Práctico o Tratado de Notaría.

(2) José Ma. Mengual y Mengual... Elementos De Derecho Notarial

(3) Francisco Martínez Segovia... Función Notarial.

o sea para la permanencia y también para que la seguridad jurídica se estructure en favor de todas las partes y no de una sólo. De allí la particular incompatibilidad de parentesco que es propia del notariado, con la tarea del juez y en cambio innecesaria en la del abogado."

Quando hacíamos referencia a las normas, hablábamos de las de las normas técnicas. Decíamos que son las que forman la materia propia de un arte, un oficio; que además, se aplican a la realización de fines especiales dentro de la actividad humana; que son objetivas, pues se refieren a un objeto determinado o concreto.

Pués bién, el Notario, arquitecto del negocio jurídico, materializa la voluntad de los otorgantes en el instrumento público.

Pero esta materialización, es necesario que se haga conforme a ciertas técnicas propias del Derecho Notarial, para que tengan valor de prueba preconstituida, que se busca con su realización.

No se trata ya de la aplicación de los principios del Derecho Civil o Procesal, sino de seguir ciertas pautas ya preordenadas, para su eficacia jurídica. Es decir, se deben aplicar normas técnicas para obtener el objeto querido: el Instrumento Público.

El estudio del instrumento se vincula a la forma, a la prueba y al negocio jurídico que contiene. De ellos no hay duda que la forma descuella sobre las otras, porque sin el cumplimiento de los requisitos legales formales, el Instrumento Público no existe.

La teoría de la forma en la escritura pública, constituye una de las bases fundamentales para la sistematización de la disciplina jurídica notarial, que sirve a su vez para poner en movimiento, la función notarial.

(1) Ihering, en "El Espíritu Del Derecho Romano", dice: "el derecho no tolera la carencia de forma. Puede vivir bajo el rei-

(1) Rudolf Von Ihering... Espíritu Del Derecho Romano

nado exclusivo del formalismo. Prefiere el más extremado rigor de éste, a la falta absoluta de la forma."

Las ventajas de la forma según Thoring son:

1-Permite determinar con claridad el carácter jurídico de los actos, la facilidad y seguridad del diagnóstico. Evita inquirir si se ha querido celebrar un acto jurídico y cual es ese acto.

2-Celebración de los pactos con prudencia y reflexión y no precipitadamente. Con voluntad formada y firme.

3-Ventajas específicas de la forma escrita, sobre todo de la forma intervenida por autoridades; asegura la ulterior prueba del acto, con efectos respecto a terceros.

Asegura a veces la ejecución del negocio, y su perdurabilidad.

Como inconvenientes señala:

El incumplimiento de ciertos requisitos de forma provoca la nulidad del acto.

Se define al formalismo, "Como el sistema legal que fija normas a observarse al momento de la celebración de un acto jurídico."

El Notario "arquitecto" del Instrumento Público, tiene la función de producirlo. Es el autor de la forma, pues aplica sobre el Instrumento Público normas jurídicas que configuran la escritura pública, función notarial ésta, en que las partes otorgantes no intervienen en absoluto. En la escritura pública quedan plasmadas las voluntades de los otorgantes, que es lo que ellas han querido.

La forma constituye la garantía de seguridad y confianza que merece el acto jurídico.

La forma tiene las consiguientes finalidades:

a-Exterioriza el paso de la declaración de voluntad a la relación jurídica;

b-Da firmeza, seguridad y confianza a los pactos contraídos;

c-Fija definitivamente el carácter jurídico de las relaciones que se contraen en la escritura;

d-Individualiza el tipo de escritura que contiene mediante la

calificación notarial sobre la especie de negocio que contrae o dispone;

e-Da existencia plena al negocio jurídico que contiene;

f-Concreta los límites de la voluntad al penetrar en el derecho;

g-Sirve como prueba plena que vale por sí sola del contrato o negocio que constituye su contenido, la que sólo se desvirtúa por la querrela de falsedad;

h-Hace perdurables los actos jurídicos por su agrupación en el protocolo;

i-Es medio de fijación de las obligaciones para medir su cumplimiento;

j-Da publicidad a ciertas relaciones jurídicas;

k-Salvaguarda el interés de los terceros.

CAPITULO IX

EL NOTARIO COMO ORGANO DE LA FUNCION NOTARIAL.

El Diccionario de la Academia da dos acepciones de la palabra función. Uno directo: "Ejercicio de un órgano o aparato de los seres vivos, máquinas o instrumentos." Otro por extensión: "Acción y ejercicio de un empleo, facultad u oficio." Con respecto al verba "funcionar", el significado según la misma fuente, es "Ejecutar una persona, máquina o instrumento, las funciones que le son propias."

Podemos convenir, así, en que el idioma va agregando nuevos contenidos a sus vocablos; en el Derecho ocurre lo mismo. Este es el caso de la función notarial.

Los conceptos jurídicos se extraen de la vida jurídica. Luego estos conceptos van evolucionando, tal como sucede, cosa igual, con la vida.

Primero tenemos el concepto de función aplicado a los órganos de los seres vivos; luego a las máquinas o instrumentos creados por el hombre para su servicio. Igual cosa sucedió y sucede a las que la sociedad encomienda a sus individuos o a los cuerpos de individuos que él crea o de los cuales necesita.

Así tenemos: la necesidad social creó la función notarial. La función notarial creó a su vez su órgano, el notariado, terminando por diferenciarlo y evolucionarlo.

(1) El Notario, como órgano de la función notarial ha alcanzado su completa diferenciación, su especialidad, sus caracteres propios.

Cuando los seres vivos necesitaban, de una función, la naturaleza hace desarrollar y diferenciar un órgano, que ha de ejecutarla, servirla, cumplirla. Cuando el órgano deja de ser útil se atrofia y por último tiende a desaparecer. Su falta de utilidad puede provenir de su falta de aplicación, porque los motivos que lo hicieron aparecer han desaparecido, o por de-

(1) Francisco Martínez Segovia... Función Notarial.

caimiento de la necesidad funcional. Esto sucede en la naturaleza, en la humanidad, en las sociedades.

En cuanto a la función notarial, podemos decir, que la función ha hecho al órgano. Debemos considerar además, que ese órgano evoluciona constantemente, lo que lo ha hecho diferente, especial y característico.

(1) González Palomino en su obra "Instituciones De Derecho Notarial", piensa que la función notarial busca un órgano existente adecuado para su ejercicio, como una especie de mimetismo, y recién después de haberse apoderado de ese órgano que no le era propio, obtiene su especialización y su destino definitivo.

El Notario como órgano jerárquizado de las funciones notariales, ha alcanzado su total diferenciación, sus caracteres, su especialidad y que, ante la cuestión tan debatida acerca de qué es el Notario, algunos responden diciendo que es un funcionario público, otros que es un profesional de derecho. El Notario debe ser antes que nada NOTARIO.

El Notario debe reunir dos clases de cualidades:

a-Cualidades Clásicas;

b-Cualidades Legales.

Entre las cualidades clásicas tenemos: moralidad, ciencia y verdad.

La moralidad significa que sus actos han de encaminarse al bien y a la justicia, ajustándose a las reglas más estrictas, para inspirar la debida confianza que el cargo requiere.

Su ciencia será, saber derecho, para adaptar la voluntad de los particulares a la norma jurídica.

La veracidad, es el símbolo representativo de la fe pública y el secreto profesional, la seguridad para que las partes intervinientes confíen, de que los negocios jurídicos celebrados, quedarán en la reserva que les corresponde, según su clase o categoría.

Las cualidades legales, son aquellas que las leyes regulan, como condición para el ejercicio de la función notarial. Arts. 40, 50, 60, y 90 L.N.

CAPITULO X

MOMENTO ACTUAL DE LA FUNCION NOTARIAL.

Durante el Siglo XIX y en el transcurso del actual, es cuando se han construido las bases, para la edificación de un Derecho Notarial autónomo. En el siglo pasado, fué cuando la ciencia del Derecho, tuvo su florecimiento; fué cuando se crearon los conceptos de negocio jurídico, relación jurídica. Fué la época conceptual. Estos conceptos han sido de valor y necesidad para el desarrollo del Derecho Privado. Han sido también punto de partida, para la creación de la "Teoría General Del Acto (negocio) Jurídico."

En esta misma época se creó el concepto de la "relación jurídica formal o procesal" distinta a la relación de Derecho material.

El momento pues, es propicio para la construcción científica del Derecho Notarial.

Desenvueltas por la ciencia del Derecho Civil las figuras de la relación jurídica y del negocio jurídico; elaborada por la ciencia moderna del Derecho Procesal, la figura de la relación de Derecho Formal, se tiene ya la base sobre la cual se construirá el Derecho Notarial, en razón además de la doble naturaleza del Instrumento Público.

Eficacia substancial (constitutiva o declarativa) y probatoria. Las bases del Derecho Notarial están en el Derecho Civil y Procesal. El Derecho Civil da principios básicos; el Procesal da reglas formales. (de procedimiento)

El momento es oportuno para comenzar la construcción científica del Derecho Notarial; para darle a la función notarial, el lugar que se merece, resaltando sus propias características, desvinculándola de otras funciones administrativas.

En la actualidad, la función notarial es una función híbrida, que participa de lo administrativo, jurisdiccional y profesional...., cosa que no debe ser así, pues tanto el Notario, (órgano) como la función notarial, tienen características tan propias, que le

dan personalidad y consiguientemente autonomía.

Ya hay trabajos que enfocan la función notarial, que tratan de encontrar y deslindar la propia naturaleza de ella.

Sin duda, el Notariado como función y el Notario como su órgano, llegarán a ocupar un puesto privilegiado entre las actividades públicas y el Derecho Notarial, se constituirá en Derecho Autónomo, digno de un mejor destino, entre las otras disciplinas jurídicas.

53
BIBLIOGRAFIA

- 1- Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia...
Joaquín Escriche.
- 2-Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho.....
José Castán Tobeñas.
- 3-Función Notarial...
Francisco Martínez Segovia.
- 4-alcance De La Fe Pública Concedida Al Notario...
Doctor Julio César Barrientos G.(Tesis.)
- 5-Derecho y Práctica Notarial...
Doctor Santiago Ricardo Martínez. (Tesis)
- 6-El Notariado En El Salvador...
Doctor Hugo López Mejía (Tesis)
- 7-Tratado General De Derecho Notarial...
J.Gonzálo de las Casas.
- 8-Elementos De Derecho Notarial...
José María Mengual y Mengual.
- 9-Teoría General Del Instrumento Público...
Carlos Emérito González.
- 10-Tratado De Notaría...
Fernández Casado.
- 11- El Notario Práctico o Tratado De Notaría...
Lic.J.Eduardo Girón Zirión.
- 12- Tratado De Derecho Civil.
Edmundo M.Salvat.
- 13- Tratado De Notaría...
Francisco Carneluti.
- 14-Espíritu Del Derecho Romano...
Rudolf.Von Ihering.
- 15-Derecho Procesal Civil...
José Castillo Larrañaga y Rafael De Pina.
- 16-Tratado De Derecho Notarial...
José María Sanahuja.
- 17-Introducción Al Derecho Notarial...
Enrique Giménez Arnau.
- 18-El Derecho Notarial A La Luz Ecológica...
Alberto Villalba Welsh.
- 19-Tratado Teórico Y Práctico De Derecho Notarial...
José María Mustapich.