

85-31628

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Fuentes Históricas de la
Función Notarial de Jueces,
Cónsules y Diplomáticos**

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR

Marcos Alfredo Valladares Melgar

PARA OPTAR EL TITULO DE

Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales

1980.



T
347.016
V176F

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10112655

U N I V E R S I D A D D E E L S A L V A D O R .

RECTOR:

Ing. Félix Antonio Ulloa.

SECRETARIO GENERAL:

Lic. Ricardo Ernesto Calderón

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Dr. Roberto Mauricio Calderón

SECRETARIO

Dr. Manuel Adán Mejía Rodríguez.

TRIBUNALES EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

PRESIDENTE: Dr. Luis Domínguez Parada.
1er. Vocal: Dr. Mauro Alfredo Bernal Silva.
2do. Vocal: Dr. Roberto Romero Carrillo.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS.

PRESIDENTE: Dr. Héctor Mauricio Arce Gutiérrez
1er. Vocal: Dr. Ernesto Arbizu Mata.
2do. Vocal: Dr. Rolando Calderón Ramos.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL.

PRESIDENTE: Dr. Enrique Argumedo.
1er. Vocal: Dr. Alexander Vásquez
2do. Vocal: Dr. Guillermo Cordón Cea.

ASESOR DE TESIS:

Dr. Román Gilberto Zúniga Velis.

TRIBUNAL CALIFICADOR TESIS:

PRESIDENTE: Dr. Ismael Castillo Panameño.
1er. Vocal: Dr. Atilio Rigoberto Quintanilla.
2do. Vocal: Dra. Mirna Ruth Castaneda de Alvarez.

DEDICO ESTA TESIS:

A quien más amé, amo y amaré.

Mercedes Reales viuda de Melgar.

Mi abuela, ida ya al seno del señor,
pero eternamente viva en mi corazón.-

I N D I C E

Páginas

TITULO PRIMERO

DE LAS FUENTES HISTORICAS DEL NOTARIADO EN GENERAL

CAPITULO I.- NOTARIADO EN ALGUNOS PUEBLOS ANTIGUOS.

1) Introducción.- 2) La Tierra y el Hombre. 3) Economía y Notariado en el Antiguo Egipto.- 4) Economía y Notariado en la Grecia Antigua.- 5) Economía y Notariado en la Antigua Roma 1 a 20

CAPITULO II.- HISTORIA DIPLOMATICA Y CONSULAR EN ALGUNOS PUEBLOS ANTIGUOS Y EL NOTARIADO.

1) Diplomacia Egipcia.- 2) Diplomacia Griega.- 3) Diplomacia Romana.- 4) Diplomacia Medieval.- 5) Historia de la Institución Consular.- 6) Los Cónsules y Diplomáticos en el Marco Histórico Notarial21 a 49

CAPITULO III.- ESPAÑA MEDIEVAL Y SU NOTARIADO.-

1) Marco General de la Edad Media.
2) España Visigótica y Musulmana.
3) Configuración Plena y Futuro del notariado.- 4) Notariado Científico. 5) El notariado en el derecho Español del Siglo XII al XIX.- 6) España y su etapa disgregación notarial..... 50 a 77

TITULO SEGUNDO

DE LA FUNCION NOTARIAL DE LOS JUECES Y SUS FUENTES HISTORICAS.

CAPITULO I.- NOTARIADO DE LOS JUECES EN TIEMPOS DE LA COLONIA.-

1) América, su descubrimiento y el Notariado.- 2) Esquema Político - Administrativo Colonial.- 3) La Administración de las Indias desde -España.- 4) El Notariado Colonial... 78 a 87

CAPITULO II.- NOTARIADO DE LOS JUECES DESPUES DE LA INDEPENDENCIA.-

1) El Notariado a partir de la independencia.- 2) Desarrollo de la legislación notarial a partir de la independencia.- 3) Los Jueces en el Marco Histórico Notarial.- 88 a 103

CAPITULO II.- NOTARIADO DE LOS JUECES EN LA DOCTRINA Y EN LA LEGISLACION.-

1) Competencia Judicial y extrajudicial.- 2) Jurisdicción voluntaria y función notarial.- 3) La Jurisdicción y la fé pública.- 4) Reintegración de la Función Notarial.- 5) Actos Notariales de los Jueces en el derecho positivo Salvadoreño.-6) Protocolo de los Jueces de Primera Instancia.- 7) La función notarial de los Jueces en el derecho comparado Centroamericano.104 a 123

TITULO TERCERO

DE LA FUNCION NOTARIAL DE CONSULES Y DIPLOMATICOS

CAPITULO I.- MISIONES DIPLOMATICAS Y SEDES CONSULARES.-

1) Diplomacia Moderna.- 2) Misiones Diplomáticas.- 3) Los consulados. .. 124 a 128

CAPITULO II.- FUNCION NOTARIAL DE CONSULES Y
DIPLOMATICOS EN LA DOCTRINA Y
EN LA LEGISLACION.-

1) Competencia por razón del territorio.- 2) La extraterritorialidad y la función notarial de Consules y Diplomáticos.- 3) Alternativas en el ejercicio de la Función Notarial en el Extranjero.- 4) Evolución de la Legislación Diplomática en la edad moderna.- 5) Limitación de la función notarial de Cónsules y Diplomáticos en el Derecho Positivo Salvadoreño.- 6) Protocolo de Cónsules y Diplomáticos.- 7) Los actos notariales de Cónsules y Diplomáticos y sus requisitos de fondo y forma..... 129 a 162

TITULO PRIMERO

DE LAS FUENTES HISTORICAS DEL NOTARIADO EN GENERAL

CAPITULO I

NOTARIADO EN ALGUNOS PUEBLOS ANTIGUOS

1) Introducción.- 2) La tierra y el hombre.- 3) Economía y notariado en el antiguo Egipto.- 4) Economía y notariado en la Grecia antigua.- 5) Economía y notariado en la antigua Roma.

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

Si hemos de estudiar los antecedentes históricos del derecho notarial debemos buscar en la historia general de la humanidad el hilo o la concatenación que existe entre el desarrollo jurídico con el desarrollo económico, político y social de los pueblos. En esta búsqueda nos encontramos con que el desarrollo económico ha determinado el de los restantes.

El desarrollo social de la humanidad se ha producido en tres períodos plenamente diferenciados: Salvajismo, barbarie y civilización; el desarrollo político en esclavismo, feudalismo y capitalismo; el desarrollo económico en economía comunitaria natural, mercantil simple y capitalista y,

finalmente, el desarrollo jurídico también ha pasado por tres etapas: el amorfo, de formación y el de perfección.

Estas etapas en el desarrollo integral de la humanidad, si bien es cierto han sido producidas cada una en forma sucesiva, también es cierto que no se han producido al mismo tiempo en todos los pueblos ni con la misma intensidad. Al indagar sobre la historia de los pueblos antiguos observamos que cuando unos están en pleno auge de una de las etapas de su desarrollo, otros no han salido de la etapa anterior. Cuando unos pueblos antiguos se encontraban en un floreciente esclavismo, otros aún no habían salido del régimen pregentilicio y en tanto aquel pueblo comienza a descender por la escalera de la desintegración del período esclavista, otro pueblo está subiendo por la misma escalera. Por ejemplo, mientras el esclavismo decaía en el antiguo Egipto, el mismo esclavismo despuntaba en el pueblo griego y cuando había decaído en éste florecía en el pueblo romano.

La razón de la decadencia y desintegración del sistema imperante en un determinado período histórico por el que pasaron los pueblos antiguos está en la degradación del sistema mismo. La mayoría de pueblos antiguos más que haber sido destruidos por sus invasores enemigos o por causas externas lo fueron por ellos mismos; porque cuando los pueblos comenzaron a tomar cuesta abajo el contenido ético de su

propio sistema, en ese preciso momento propiciaban la auto--
destrucción del sistema mismo. Al examinar las diferentes --
etapas del desarrollo de los pueblos antiguos encontramos que
surgieron con un relativo contenido ético que en alguna mane--
ra justificaba la existencia del sistema político, económico,
jurídico y social, pero al desarrollarse más se corrompió y
terminó por extinguirse. El esclavismo en los pueblos anti--
guos se extinguió al corromperse en extremo al igual que el
feudalismo en la edad media. El equilibrio ético necesario --
para mantener un sistema imperante en una determinada fase --
del desarrollo de los pueblos, ha sido el aspecto que ningún
pueblo ha podido superar.

En el desarrollo integral de las diferentes etapas his--
tóricas, el Derecho ha sido arrastrado por la fuerza de la --
corriente de cada período histórico y ha sufrido las metamor--
fosis necesarias para adaptarse a cada época. En el concierto
integral de esas etapas el derecho nunca ha desempeñado el --
rol de director de la orquesta, más bien ha sido y seguirá --
siendo el trompetista que ha tocado sus notas al compas de --
otras fuerzas que lo dirigen.

El orden cronológico en que se desarrollaron los pue--
blos antiguos, las etapas o períodos sucesivos por los que --
pasaron y la calidad de súbdito que siempre ha tenido el de--
recho en el engranaje integral de la sociedad, nos ayudará --

a comprender más la historia del derecho notarial.

Dos son las tendencias de los autores cuando se trata de examinar la historia del derecho notarial; la primera, - remontarse a los mas antiguos tiempos tratando de descubrir la existencia de indicios del notariado; la segunda, no llegar sino a la precedente época en que se tienen bases firmes de la institución. Estos para no exponerse como aquellos a contemplar como se desmoronan sus argumentaciones con los nuevos descubrimientos de la Paleontología (1); sin embargo, la mayoría de autores aún cuando no desconocen la subjetividad perceptiva de los historiadores, se arriesgan penetrar en esa niebla de la historia más densa en cuanto más remota hasta perderse en la obscuridad.

En este ensayo, no dejaremos de hacer la relación histórica necesaria, pues ella nos demuestra, en punto a notariado, no solo la evolución de la institución, sino su origen mismo.

(1) Según Giménez Arnau Enrique. Derecho Notarial. 2a. Edición. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 1976. Pág. 90. "no hay que olvidar que la hasta hace poco indiscutible originalidad del Derecho Romano está hoy en entredicho al progresar los estudios helénicos, de egiptología, Asiriología y del mundo oriental en general".

2) LA TIERRA Y EL HOMBRE

Para estudiar la historia de los pueblos antiguos hemos de ubicarnos desde el principio. La biografía de la tierra, tal como se conoce a partir de la estratificación de las rocas, se divide en cuatro eras. (1) Primaria o Paleozoica, Secundaria a Mesozoica, Terciaria y Cuaternaria. La terciaria se subdivide en eoceno, oligoceno, mioceno y plioceno. A su vez, la Cuaternaria, se subdivide en pleistoceno y en reciente. La era primaria comprende las primeras dos - terceras partes de la edad total de la tierra; la secundaria comprende la mayor porción de la última tercera parte, dejando unicamente los últimos cinco millones de años para las dos últimas eras geológicas, repartidas en cuatro millones de años para la terciaria y solo el último millón de años para la cuaternaria. Dentro de esta última, el pleistoceno cubre casi todo el millón de años y el reciente abarca solamente los últimos diez mil años que geológicamente hablando comprende el instante transcurrido después de la desaparición final de los cuatro grandes glaciares que ocurrieron durante el pleistoceno. En la era primaria aparece la vida en forma embrionaria y la evolución de las células

(1) Olmeda Mauro. Sociedades Pre-capitalistas. T. I. 1a. Edición. Editora Juan Grijalbo. México. 1954. Pág. 73.

no llegan a su más complejo desarrollo sino hasta en la era secundaria en la que aparecieron los primeros reptiles y algunas formas de aves y mamíferos; en la era terciaria se desarrollaron completamente los mamíferos y en la cuaternaria apareció el hombre, evolucionando en todo el pleistoceno - hasta alcanzar su actual tipo corporal y mental que es con el que se le conoce a partir del llamado período reciente.

Si nos trasladamos al estudio de los primitivos grupos humanos, de acuerdo a Christian Thomsen, la evolución humana se ha producido en tres edades: De piedra, bronce e hierro; subdividiendo la primera en antigua edad de piedra o paleolítico y en nueva edad de piedra o neolítico. Ahora bien, en el marco de las eras geológicas que hemos dejado reseñadas, el hombre aparece, como ya lo dijimos, en la era cuaternaria que comprende los períodos pleistoceno y reciente; dentro de estos dos períodos el desarrollo humano se ha enmarcado de diversas maneras por los Arqueólogos, pero la opinión más aceptada ha sido la de asignar los primeros 900,000 años del pleistoceno a la etapa durante la cual el hombre vivió en un estado de semi-humano y en la que existieron los primitivísimos phitecanthropus y la muy primitiva raza de Heilderberg y otras. La antigua edad de piedra o paleolítico solo comienza a partir de los últimos 100,000 años del pleistoceno y la nueva edad de piedra o neolítica

junto con la edad de los metales solo comienza a partir de los últimos 10,000 años, o sea, dentro del período geológicamente denominado reciente. La fase plena del neolítico probablemente comienza entre los años 6000 y 5000 A. de C. Se puede decir que no existió una brusca interrupción entre el neolítico y la edad del bronce, pero ésta probablemente comenzó no después del cuarto milenio A. de C. y la de hierro dio inicio casi dos mil años después. En el siglo XIII A. de C. los egipcios ya conocían el hierro.

En cuanto a logros económicos y culturales más allá de los 100,000 años, el hombre primitivo no tuvo ninguno, vivió en un estado de natural identificación con los animales, probablemente su mayor avance pudo haber sido el tránsito de la vida en los árboles al suelo en la constante lucha por la búsqueda de alimentos. En el paleolítico, el hombre primitivo tampoco tuvo grandes logros económicos ni culturales y solo alcanzó llegar a una fase recolectora-cazadora en su lucha por la subsistencia. A partir del neolítico y de la edad de los metales, el hombre primitivo sí aceleró el camino hacia logros económicos y culturales tangibles y pasó a una fase pastoril cultivadora que le propició la acumulación de riquezas.

3) ECONOMIA Y NOTARIADO EN EL ANTIGUO EGIPTO

Aún cuando "Egipto es un misterio no revelado todavía

y los orígenes de su civilización aún no han sido descubiertos" (1), "los primeros núcleos culturales en la historia de la humanidad surgieron precisamente en la legendaria tierra de las pirámides" (2). "En el territorio egipcio las poblaciones sedentarias existieron desde el neolítico y comenzó a ser habitado alrededor del VI milenio A. de C. a fines del cual las tribus ya conocían el cultivo de la tierra". (3). Ya en el milenio III A. de C. constituyose un extenso Estado y comenzó a practicarse la agricultura en forma intensiva, convirtiéndose en agricultores cuando otros pueblos seguían siendo cazadores o recolectores. Este adelanto en el desarrollo del pueblo egipcio se atribuye a la influencia del medio geográfico. La extraordinaria fertilidad del valle del nilo en donde las inundaciones abogaban y regaban la tierra a tal punto que no se requería la branza alguna, pues bastaba con esparcir la cimiento y apisonarla en el esponjoso suelo, tuvo seguramente singular importancia. Fue precisamente este desarrollo agrícola lo que

(1) Ahrens Enrique. Historia del Derecho. Editorial Albatros. Argentina. 1945. Pág. 73.

(2) Avdakov, Polianski y otros. Historia Económica de los países capitalistas. Editorial Grijalbo, S.A. 1a. Edición en español, México. D.F. 1965. Pág. 11.

(3) Avdakov, Polianski y otros. Obs. Cit. Pág. 72.

procuró a Egipto enormes ventajas económicas que le permitió acumular grandes riquezas materiales propiciando obviamente la fundación de poblaciones permanentes, surgiendo así las primeras premisas económicas del régimen de explotación esclavista. Paralelo a ese desarrollo económico se produjo un desarrollo cultural, surgiendo las clases dirigentes y los grandes funcionarios del Estado en los que la clase sacerdotal y guerrera representaron papeles de primacía.

En cuanto a la historia del notariado en el antiguo Egipto, los criterios se dividen en dos grupos: Para unos el Escriba egipcio imprimía fe a sus actos, para otros era un simple redactor. De acuerdo a los primeros, (1) en las procesiones dedicadas a Isis iba un Escriba mayor sagrado con plumas en la cabeza, un libro y una regla en la mano, tinta y una caña de Cálamus, cuya misión era dar fe de lo que ocurría. Para los segundos, (2) en cambio, que auscultan más la historia, en la magistral organización religiosa egipcia, Thot era el Escriba divino y su reino era el del intelecto. El órgano del pensamiento para ellos era el corazón no el cerebro. De allí que a Thot se le llamara "el corazón de Ra".

(1) Fernández Casado Miguel. Tratado de Notaría. Madrid 1895. Citado por Pondé Eduardo. Origen e Historia del Notariado Ediciones Depalma. Buenos Aires 1967. Pág. 7.

(2) Pondé Eduardo. Origen Historia del Notariado. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1967. Pág. 6.

Su mano era la que escribía las preceptivas divinas emanadas de la autoridad de los Dioses; es, además, el protector de los Escribas. Unido así el Escriba Egipcio a una divinidad como Thot se explica que su menester en la tierra compagine con el de su protector. Pero tal Escriba desempeñaba funciones de simple redactor de documentos, el valor probatorio de éstos solamente se obtenía estampando el sello del Sacerdote o de un magistrado similar en el que se hubiera delegado tal poder. De esta manera durante el imperio antiguo y el medio del 3100 al 1770 A. de C. los egipcios tenían una forma documental llamada "documento casero" que consistía en la declaración que una persona asentaba en una hoja de papiro mediante la cual se comprometía a transferir la propiedad de un objeto; terminada la redacción se hacía cita de tres testigos que debían oír la declaración y al final estampar el sello de un sacerdote u otra persona de elevada categoría, para darle el carácter de documento público.

Durante el imperio nuevo del 1573 al 712 A. de C. el "documento casero" evolucionó y en su lugar apareció el llamado "documento del escriba y testigo". Este tenía los caracteres de aquel, con la substancial diferencia de que ya no llevaba el sello del sacerdote, sino la firma de un Escriba. Con este cambio, aparentemente se confundía en el Escriba la función de dar fe del acto asignada antes al sa

cerdote. Por esta razón también se ha equiparado al antiguo escriba egipcio con el notario actual; sin embargo, no fue así, aún en los tiempos del "documento del escriba y testigo", el documento debía remitirse a Tebas la capital del - Nuevo imperio para que fuera sellado por el Visir y adquiriera el carácter de documento público. (1)

Es evidente que los escribas egipcios fueron simples redactores de documentos, carentes de facultades fedantes - que es la configuración esencial del notariado moderno; pero el escriba egipcio encontrado en los remansos de nuestras - incursiones históricas representa para el notariado lo que - los primates fueron para el hombre en su evolución, su más - antiguo ancestro ya extinguido.

4) ECONOMIA Y NOTARIADO EN LA GRECIA ANTIGUA

Nuevamente los factores geográficos habían de revestir singular importancia en el desarrollo integral de un pueblo, ahora se trata del pueblo griego, pero esta influencia de los factores geográficos fue diferente a la que prestaron al - pueblo egipcio. Desde tiempos inmemoriales, las vías comerciales, del Este hacia el Oeste pasaban por el mediterráneo

(1) Ponde Eduardo. Origen e Historia del Notariado. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1967. Pág. 12.

y eran accesibles a los griegos. La misma Grecia se encontraba situada virtualmente en el cruce de los caminos comerciales que se le habrían en diferentes direcciones. Por una parte sus magníficos puertos naturales propiciaban el desarrollo del comercio marítimo. Por otra, la esterilidad de su suelo produjo el estancamiento del desarrollo agrícola, propiciando la disgregación de la comunidad agrícola primitiva obligando a los griegos a buscar la colonización en ultramar "convirtiéndose en artesanos y mercaderes en una época en que los pueblos de otros países solo se dedicaban a la caza y a la ganadería y, en el mejor de los casos a la agricultura" (1).

A mediados del primer milenio A. de C. la crisis del esclavismo en el cercano Oriente llega a su grado máximo y los centros económicos se desplazan hacia el Norte y así a la hegemonía comercial de Babilonia, le sucede la fenicia y posteriormente la Griega.

Desde el primer milenio A. de C., el litoral Griego tuvo contacto con los pueblos de tres continentes. Europa, Asia y Africa, lo que favoreció la acción mútua de diversos elementos culturales. Los mercaderes fenicios fueron los portadores de la cultura Oriental y los griegos sus recepto

(1) Avdakov, Polianski y otros. Historia Económica de los países capitalistas. Editorial Grivaldo, S.A. Primera Edición en Español. México D.F. 1965. Pág. 49.

res. "La Grecia antigua surgió sobre un terreno abonado por la evolución histórica de los antiguos Estados Orientales"(1). En lo que a precedentes de la institución notarial, en la Grecia antigua; los criterios se encuentran divididos, impregnando la confusión a tal grado que Jorge A. Bollani en su obra Contribución al Estudio Histórico del Documento y la Institución Notarial, afirma que "" es difícil estudiar el el derecho griego por la escasas de las fuentes de que se dispone"". Sin embargo, Miguel Fernández Casado (2) y José Carrasco Zahini (3) opinan que en Grecia existieron, entre otros funcionarios los Singraphos o Autographos y los llamados Apografos; atribuyendo el primero de los autores citados a los Singraphos el carácter de verdaderos notarios porque en Atenas no se otorgaba contrato sin inscribirlo en el registro que llevaban los Singraphos, atribuyendo al Apógrafo funciones de magistrado encargado de repartir los procesos; en cambio, el segundo de los autores citados, considera que fueron precisamente los Apógrafos quienes ejercieron nobles funciones de notarios, porque eran copistas originales.

Otros autores como el italiano Prieto Someda De Marco

(1) Avdakov, Palianski y otros, Obs. cit. Pág. 48.

(2) Fernández Casado Miguel. Tratado de Notaría. Madrid 1895 T.I Pág. 55 citado por Giménez Arnau Enrique. Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 1976. Pág. 92.

(3) Carrasco Zahini José "Breve Historia del Notariado Mexicano". Citado por Pondé. Obs cit. Pág. 25.

y los Argentinos Roque Jacinto Picheto y Maximiliano Aguilar, nos confunden más. Para el primero, existieron en Grecia Taquígrafos y Semiógrafos quienes desempeñaban funciones de tomadores de versiones. También existieron, dicen, los llamados Basilicoi Ipografi, cuya competencia era redactar actas de los magistrados. Este quehacer unido al ministerio de la justicia y al hecho de que durante siglos la fe judicial y la extrajudicial fueron prácticamente una, hace suponer a Sgmeda De Marco que en los Basilicoi Ipografi está la descendencia de los actuales notarios. El segundo de los autores citados, o sea, Picheto cita a los Logógrafos como antecesores de los notarios solo porque redactaban y escribían los acaeceres mas notables de los tiempos en que vivieron. Finalmente, el tercero, o sea, Aguilar, sostiene que en Grecia existieron los Escribanos y Notarios o Estenographos que escribían y redactaban documentos con sistemas secretos de orden bélico.

Más congruente es la referencia que al respecto, hacen José María Sanahuja y Soler (1) y José María Menguel y Menguel (2) quienes casi coinciden en cuanto a la existencia -

(1) Tratado de Derecho Notarial. Bosh. Barcelona. 1945 T.I. Pág. 117.

(2) Elementos de Derecho Notarial. Bosh. Barcelona. Vol.II T. II Pág. 447.

en la Grecia antigua de los funcionarios siguientes: El Mnemon encargado de formalizar y registrar tratados y actos pú**u**blicos, así como las convenciones y contratos privados; el Promnemon, funcionario de mayor autoridad con jerarquía de magistrado; el Sympromnemon, como funcionario adjunto al Promnemon y; finalmente el Hyeromnemon como depositario de archivos y textos sagrados. Pondé (1) deduce con buena lógi**u**ca que de todos los funcionarios referidos el Mnemon era co**u**mo técnico de la memorización, el único donde podemos encon**u**trar alguna liviana substancia que compagine con el menester del notario actual.

5) ECONOMIA Y NOTARIADO EN LA ANTIGUA ROMA

"El comienzo de la historia romana se halla sumergido en una obscuridad que todavía no ha logrado disipar sufi**u**cientemente las investigaciones históricas." (2) Al entrar a la vida histórica el pueblo romano lo encontramos integra**u**do por tres tribus: Latinos, Sabinos y Etruscos." Se sabe que los romanos no eran comerciantes y que dejaban los ofi-

(1) Ponde Eduardo. Origen e Historia del Notariado. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1967. Pág. 27.

(2) Ahrens. Enrique. Historia del Derecho. Editorial Albatros. Argentina. 1945. Pág. 123.

cios y hasta las artes a los extranjeros y esclavos""(1) - Eran originariamente agricultores y de espíritu conquistador. Al extenderse poco a poco la dominación romana, los agricultores aumentaron y con el incremento de la población los precios de los cereales también aumentaron hasta llegar a un período de agricultura floreciente, pero las conquistas, las injusticias cometidas en los países conquistados y el incremento de la esclavitud trajo consigo otros resultados. Los agricultores tenían que proveer a sus respectivas provincias de grandes cantidades de cereales que debían remesarse a la capital del Estado para venderse a precios bajos a la población y para alimentar a los ejércitos y esclavos. Ante tales circunstancias, el cultivo de cereales fue siendo cada vez menos lucrativo y la clase labradora se vió arruinada. En la medida que decaía la agricultura se elevaba rápidamente el comercio y el tráfico de dinero. El desplazamiento de los centros económicos del Este hacia el Oeste continuaba, tal hecho unido al geográfico de las costas de la península itálica que estaban en la ruta de las vías comerciales oceánicas contribuyó a un desarrollo económico comercial de grandes proporciones. Los esclavos eran el botín de guerra en las conquistas y la mercancía corrien

(1) Neri, Argentino I, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1969. Vol. I. Pag. 61.

te en los mercados de las ciudades romanas. De acuerdo a Plutarco y Apiano, solo la conquista de las galias por César acarreó la esclavización de un millón de esclavos y en el siglo I A. de C. en toda la península itálica se calcula un mínimo de cuatro millones de esclavos y un máximo de doce millones, de donde podemos inferir la importancia que en el desenvolvimiento económico de Roma tuvo el régimen esclavista.

Convertida Roma en el centro económico mundial se produjo la unificación política de toda la cuenca del mediterráneo y a la par un estrechamiento de las relaciones culturales de los pueblos de Asia, Europa y Africa, incluyendo la cultura griega que Roma enriqueció con admirables obras de arte. El desarrollo económico que dejamos reseñado anteriormente contribuyó al desarrollo de la cultura y por lo tanto del derecho. El jus gentium se había ido abriendo camino merced a los contratos de pagos a los comerciantes de Cartago.

En punto a notariado, los autores son más acordes que en la historia Notarial griega en lo que a sus precedentes se refiere, ésto se explica porque de la historia romana existen más fuentes que de la historia de los pueblos que

le precedieron. Fernández Casado (1) cita a treinta y un diferentes denominaciones con los que fueron conocidos los personajes que en Roma tenían relación con la redacción de documentos; pero todos los autores coinciden en que, por la vía de la exclusión, solo cuatro personajes desempeñaron una labor que vale la pena comentar, tales fueron: El Escriba, Notarii, Tabularii y el Tabelión. El Escriba era además de un custodio de documentos, el personaje a quien el Pretor usaba para la redacción de decretos y resoluciones, por tal razón, Avila Alvarez (2) dice que era una especie de Secretario de actas que actuaba más bien en el aspecto público y político; Picheto, (3) por su parte afirma que el Escriba tenían un sueldo que variaba según la función que desempeñaba. El Notarii era un técnico de la captación de la exposición oral de terceros a base de signos, abreviaturas y cifras. Actualmente le llamaríamos taquígrafo. Esa especial función le permitía prestar sus servicios en la redacción de convenciones y actos de última voluntad. El Tabularii, era el funcionario que recibía las declaraciones de nacimiento y todo lo relativo al estado civil de las personas; se encargaba de -

(1) Fernández Casado Miguel, Tratado de Notaría. Madrid 1895. Citado por Ponde. Obs cit. Pag. 31-32.

(2) Avila Alvarez Pedro. "Estudios de Derecho Notarial". 4a. Edición. Editorial Montecarvo, S.A. 1973. Pag. 24.

(3) Citado por Ponde Eduardo. Obs. cit. Pag. 32.

levantar el inventario de la propiedad pública y privada y, además, era el redactor y guardador de los documentos públicos y oficiales; su nombre provenía del hecho que primitivamente los documentos eran redactados sobre una tabla llamada "tábula" cubierta de una substancia cerosa, en la que con un buril se gravaba el texto del convenio. Cuando se trataba de correspondencia privada, notas o cartas entre los ciudadanos romanos empleaban una tabla más pequeña que se llamaba tabella o tablilla, de aquí proviene el nombre de Tabelión, que era el personaje técnico en aspectos de derecho que ejercía funciones en las proximidades del foro, redactando documentos relacionados con la actividad privada, escritos, contratos, testamentos y demandas. A los Tabeliones se refiere la Novela 43 imponiéndoles las obligaciones de redactar una minuta o cédula del acto y de solicitar la intervención de un testigo en el mismo. Un hecho de mucha importancia es que el documento redactado por el Tabelión no tenía por sí solo valor probatorio, este valor solo se obtenía a través de la "Insinuatio" o intervención judicial.

El Escriba, el Notarii y el Tabularii pertenecían al complejo de funcionarios estatales; en cambio, el Tabelión era un personaje particular, ajeno completamente al engranaje del Estado.

Aún cuando las funciones de los Tabeliones se van aceru

TITULO PRIMERO

DE LAS FUENTES HISTORICAS DEL NOTARIADO EN GENERAL

CAPITULO II

HISTORIA DIPLOMATICA Y CONSULAR EN ALGUNOS PUEBLOS ANTIGUOS

1.- Diplomacia egipcia.- 2.- Diplomacia griega.- 3.- Diplomacia romana.- 4.- Diplomacia medieval.- 5.- Historia de la institución consular.- 6.- Los Cónsules y Diplomáticos en el marco histórico notarial.

1.- DIPLOMACIA EGIPCIA

Para algunos autores, la necesidad de los pueblos de relacionarse con otros apareció desde los tiempos más remotos "su embrión se puede encontrar en la sociedad gentilicia. Sin embargo, en el verdadero sentido que nosotros la entendemos, la diplomacia solo surge con el desarrollo del Estado" (1) Al referirse al origen de la diplomacia, el doctor Horacio Vicioso Soto nos dice: "La diplomacia surgió efectivamente de la necesidad que tienen los pueblos como los individuos de relacionarse entre sí. Fue la Ley de la sociabilidad que impulsó a los pueblos a inventar los medios

(1) Potemkin V, P. y otros. Historia de la Diplomacia. Editorial Grijalbo, S. A. México. D. F. 1966. Pág. 4.

para materializar esas relaciones y por eso sus orígenes se remontan a las primeras eras de la historia de la humanidad". (1).

En el mundo antiguo, como ya lo hemos visto, el régimen de explotación esclavista era el imperante, obviamente, el carácter de la diplomacia que surgió, servía y cumplía las tareas de política exterior de los Estados cuya base económica era precisamente la esclavitud; en tal sentido, los lineamientos generales de los Estados antiguos iban encaminados a satisfacer sus intereses de conquista, fuente de tierras, ganado y esclavos.

Cuando analizábamos los pueblos primitivos establecíamos que a consecuencia de su acelerado desarrollo económico, los primeros núcleos culturales en la historia de la humanidad, surgieron en el antiguo Egipto. Dentro de ese desarrollo cultural, ya analizamos lo relativo a los Escribanos. Ahora estudiaremos lo relacionado con los Agentes diplomáticos. En este punto, ya en el milenio III A. de C. los reyes egipcios trataron de entablar relaciones diplomáticas con sus pueblos vecinos. Ese intento se fue materializando cada día más, empujado por la fuerza de las necesidades, a

(1) Vicioso Soto Horacio. Diplomacia, Ciencia y Arte.- 2a. Edición. Impresora Arte y Cine C. por A. Santo Domingo, 1970. Pags. 12.

tal punto que a comienzos del II milenio A. de C. las relaciones diplomáticas de los egipcios con sus pueblos vecinos fue mas estrecha y continuó en su evolución hasta que a mediados del milenio II A. de C. la correspondencia diplomática corría en Egipto a cargo de una oficina especial de asuntos exteriores.

Las cada día más frecuentes necesidades de solventar diversas cuestiones en la vida internacional, impulsó a la corte egipcia el aparecimiento de una categoría especial de servidores del Estado que eran enviados en calidad de "Mensajeros" a las naciones asiáticas, V.P. Potemkin (1) refiere que en "Instrucciones de Ahtoi" obra literaria del antiguo Egipto, un Escriba habla a su hijo sobre las ventajas de su oficio y las desventajas de otros oficios, mencionando también a los Mensajeros, diciendo: "Cuando el Mensajero parte para un país extraño hace testamento de sus bienes... por temor a los leones y a los asiáticos. Si regresa a Egipto, apenas ha llegado a su jardín, la tarde misma en que ha vuelto a su casa, de nuevo ha de partir... cuando sale, en el cinturón lleva la tablilla".

El pueblo egipcio, no solo se lleva la primogenitura -

(1) Potemkin, V.P. y otros, Historia de la Diplomacia, Editorial Grijalbo S. A. México D.F., 1966. Pag. 8

en el surgimiento de Escribanos y mensajeros, sino también en el primer tratado de derecho internacional que se conoce en la historia de la humanidad. Los egipcios mantuvieron en carnizadas guerras con sus enemigos Hititas, durante los Siglos XIV y XIII A. de C. En este último Siglo, siendo rey de los egipcios Ramses II y rey de los Hititas Hattushil III, éste tomó la iniciativa de la paz y de un acuerdo amistoso; con tal propósito y después de largas conversaciones previas, Hattushil III envió a Ramses II el proyecto del tratado escrito en una placa de plata. Para certificar la autenticidad del documento en el anverso estaba representada la figura del rey, de pie junto a Teshub, Dios del viento y del Rayo y, en el reverso, la de la reina en compañía de la reina del sol Arina. Ramses II aceptó las condiciones de paz que el rey Hitita le proponía y en señal de consentimiento mandó a Hattushil III otra placa de plata en la que figuraba el texto del tratado, ambos ejemplares se escribieron en lenguaje cuneiforme y estaban refrendados por los sellos y firmas correspondientes. De esta manera, en el año 1296 A. de C. fue concertada la paz entre los hititas y egipcios, siguiéndose a élla un intercambio de cartas y representaciones diplomáticas. El tratado tiene una gran importancia en la historia de la diplomacia, pues representa el más antiguo de los monumentos del Derecho internacional que en este género se conoce.

2.- DIPLOMACIA GRIEGA

El derecho internacional y la diplomacia griega tienen sus comienzos en épocas muy remotas. Gérmenes de vínculos internacionales y diplomáticos aparecen ya en la Ilíada cuando los griegos mandan embajadores a Troya para pedir la devolución de Helena raptada por Paris.

La organización social de la Grecia antigua estaba enclavada en el marco general del régimen esclavista; consecuentemente su "diplomacia presenta las características propias de la sociedad esclavista" en la que se desarrolló.(1). En este sentido la política exterior de la Polis griega estaba determinada por los intereses de lucha en pro del ensanchamiento de sus territorios, por la adquisición de esclavos y la búsqueda de mercados. La misma Grecia no escapaba a ser víctima de otros pueblos con iguales pretenciones, de allí la aspiración del Estado Griego por lograr su hegemonía política y su expansión colonial a la par de su preocupación por garantizar la seguridad exterior del Estado mediante la búsqueda constante de pueblos aliados y la formación de grupos militares.

En ese juego político la diplomacia de la Polis griega

(1) Potemkin V.P. y otros. Historia de la Diplomacia. Editorial Grijalbo, S. A. México D. F. 1966. Pag. 6.

no solo se encausó por el afán de expansión colonial, sino también por su preocupación constante de mantener la seguridad exterior del Estado. De esta suerte la actividad diplomática de la Polis tomaba expresión en variadas negociaciones con los pueblos vecinos mediante el intercambio de Embajadas, reuniones de conferencias interestatales y en la conclusión de tratados y alianzas ofensivas y defensivas. De esta manera, se fue estructurando la organización, los métodos y los recursos de la diplomacia griega.

La forma más antigua de los vínculos internacionales en Grecia fue la llamada PROXENIA U HOSPITALIDAD. Esta institución surgió en virtud de que en la organización política de Grecia, existieron los llamados Isóteles o extranjeros con derecho a domicilio en Grecia, los que se encontraban bajo la protección de los llamados Polemarcos y tenían permiso de actuar sin necesidad de la protección de un ciudadano griego. Los no domiciliados, necesitaban de ser patrocinados por un ciudadano griego. El patrocinio de los extranjeros estuvo a cargo de la llamada proxenia y hospitalidad. El proxene, que podía ser el habitante de una ciudad, acogía tanto a los particulares como a los funcionarios de otras ciudades, aceptando el compromiso moral de servir de intermediario entre esa ciudad y las autoridades de su propia polis. A su vez, en la ciudad de la cual era proxene, go

zaba de ciertas preferencias respecto de otros extranjeros en lo relativo al comercio, tributos y privilegios honoríficos. La proxenia, pues, existía entre los particulares, -- gens, tribus y estados. Los particulares o extranjeros que llegaban a una ciudad debían acudir primero a su proxene, -- al igual que los Embajadores debían acudir primero a su propio proxene. Esta institución llegó a generalizarse tanto -- que sirvió de base para todos los vínculos internacionales posteriores del mundo griego.

Otra institución que tuvo influencia en las relaciones internacionales del pueblo griego fueron las llamadas Anfictonias que eran antiquísimas ligas religiosas internacionales surgidas en los alrededores de un santuario de -- cualquier divinidad; su importancia reside en el hecho de que durante los sacrificios y ceremoniales de las anfictonías, se proclamaba la paz divina y por lo tanto prohibido sostener guerra alguna.

Las disputas entre las diversas comunidades vecinas y la polis griega eran resueltas por intermediarios especiales o embajadores. En la Grecia de Homero se les daba el mismo nombre que en Egipto, es decir, "mensajeros" (Clerix Angelos) y en la Grecia clásica el de "ancianos", " presbeis" o "Autocratores" (1). Grecia siempre se preci6 por su orga-

(1) Moreno Quintana, Lucio M. Tratado de Derecho Internacional. Editorial Suramericana. Buenos Aires. 1963. Pag.467.

nización política con marcada tendencia democrática, prueba de éllo es que en Atenas, Esparta, Corinto y otras ciudades, los Embajadores eran elegidos por la Asamblea Popular y ante ella daban cuenta de su misión cumplida. Se elegían como tales a los ciudadanos de más de cincuenta años, de allí la denominación de "ancianos" y de ordinario a quienes poseían bienes de fortuna, prestigiosos, con proxenes en otras ciudades, graves, elocuentes y juiciosos.

Las embajadas no tenían un número determinado, ello dependía de las circunstancias concretas. Tampoco existió originariamente una clasificación de Embajadores, todos eran iguales entre sí. Solo más tarde se adoptó la costumbre de elegir un Embajador Principal o Presidente de la embajada. El objeto de la embajada quedaba contenido en las instrucciones que se entregaban a los Embajadores, las que se redactaban, según la costumbre en dos tablillas encerradas, dobladas una sobre otra, a la que se le llamaba "Diplómata". He aquí el origen del término diplomacia. Llegados al punto de destino, los embajadores se dirigían solos o acompañados de su respectivo proxene hacia la persona que en la ciudad estaba encargada de los asuntos diplomáticos, le presentaba sus credenciales y recibía de él los oportunos consejos y el registro que, en Atenas, debía efectuarse, de ordinario, en los cinco días siguientes. Posteriormente, él o

los embajadores debían hablar ante el Consejo o Asamblea Popular donde debían explicar los propósitos de su visita.

La responsabilidad de los embajadores griegos era deducida por la vía judicial y todos y cada uno de los ciudadanos griegos podía, si consideraba desacertada la actuación del embajador, pedir que se le exigiera responsabilidad.

A fines del siglo III y principios del II A. de C. - en las relaciones entre los Estados del helenismo, comienza a intervenir la república romana, que va tomando cada día más importancia en las relaciones internacionales entre los Estados esclavistas del mediterráneo.

3.- DIPLOMACIA ROMANA

"La historia de la diplomacia romana empieza con los primeros siglos del Estado, así lo prueban los tratados de Roma con otras ciudades de la península itálica y los convenios comerciales con Cartago" (1).

Con el sometimiento de Grecia y Cartago culminó el primero y más difícil período de conquistas romanas. A mediados del siglo II A. de C. Roma se convierte en una potencia mediterránea mundial y en el centro del comercio, -

(1) Potemkin V.P. y otros. Historia de la Diplomacia. Editorial Grijalbo, S.A. México D. F. 1966. Pag. 46.

de las operaciones de préstamos y del esclavismo en la cuenca del mediterráneo. En tiempos del imperio, el Senado siguió existiendo, pero ya no como el organismo dirigente del Estado, como en tiempos de la república, sino como un consejo por debajo del emperador. En esta etapa de la historia de Roma se produjo una tendencia hacia la centralización del poder en el Emperador, corriente de la que no escapó la diplomacia.

Como en el caso de Grecia, también la diplomacia romana presentó obviamente las características de la sociedad esclavista y cómo ella, dos también fueron las finalidades fundamentales de Roma: por una parte, su robustecimiento y ampliación como potencia mundial y, por otra, la defensa de sus fronteras de la agresión de los pueblos vecinos. En la organización política de Roma, originariamente la ley de las XII Tablas calificó de enemigos a todo extranjero, pero con el correr del tiempo y paulatinamente se fue cambiando ese hostilismo primitivo y surgiendo instituciones de evidente acercamiento con las personas de otros pueblos, así surgieron el *hospitium* o *Jus Hospitii*, el *patronatum*, el *Jus Fetiale*, la *recuperatio* y el *Praetor Peregrinorum*.

Desde tiempos muy antiguos existió en Roma el llamado *Jus Hospitii*, que nos recuerda la *proxenia* griega. El *Hospitium* era un contrato entre un extranjero *certae civitatis*

y un ciudadano romano, por el cual este se comprometía a tratarlo dignamente, cuidarlo en sus enfermedades, velar por sus intereses y defenderlo en juicio. Este contrato se colocaba bajo la protección de los Dioses. Cuando este contrato era celebrado entre un ciudadano romano y un extranjero -- *sine civitate*, se denominaba *patronatum* y tenía por efecto establecer obligaciones bilaterales permanentes de dependencia y tutela. El patrono daba a su cliente el tratamiento de un *filius familias* y lo defendía en juicio. Ambas instituciones podían pactarse por medio de tratados especiales o por medio de cláusulas inscritas en los tratados de comercio y del *jus hospitii*.

El organismo encargado de solucionar las diferencias surgidas entre las tribus y las uniones de tribus fue el llamado colegio de *feciales*. Ninguna acción importante de política exterior podía tomarse sin consentimiento de los *feciales*. El *jus fetiale* se aplicaba a la guerra, a los tratados, a la extradición y, por lo tanto, a cargo de los *feciales* corría la declaración formal de guerra o de paz y también el velar por el cumplimiento de los acuerdos internacionales. El Colegio De *feciales* se componía de veinte personas pertenecientes a las más antiguas familias romanas, quienes desempeñaban el cargo con carácter vitalicio y rodeados del más profundo secreto. Todos vestían una túnica

especial de lana y una cinta ceñida a su cabeza, con el centro y el cuarzo símbolo de Júpiter, guardador de los juramentos. El representante escogido por el colegio "Santo Padre" (pater patratus) acompañado de otro fecial que llevaba la hierba arrancada con sus raíces en la colina del capitolio, se dirigía a las fronteras del país vecino para arreglar los litigios o declarar la guerra. En la evolución de los vínculos internacionales y en el Jus Fetiale se encuentran los gérmenes del derecho internacional.

La Recuperatio existió entre los romanos y los subditos de los países ligados a Roma por convenios especiales - destinados a regular las reclamaciones pecuniarias de los respectivos países. Posteriormente el llamado Praetor Peregrinorum concentró en sus manos la protección de los extranjeros que carecían del jus civile.

En lo que atañe propiamente a los Embajadores, en Roma, se les llamó legados (legatis) y oradores (oratores). - En el derecho más antiguo, el monárquico, el derecho a enviar Embajadores correspondió al Rey y los embajadores eran los Feciales, bajo la república, este derecho pasó al Senado y en los tiempos del imperio pasó a ser atribución del emperador. Cicerón, en tiempos de la república, se pregunta en uno de sus discursos (Cicero progestio) ¿ha oído alguien que en Roma hayan sido elegidos los Embajadores nunca sin -

una disposición senatorial? y los nombramientos recaían en personajes del estamento senatorial también y era al Senado precisamente al que le correspondía el derecho de recibir embajadores de otros pueblos que clasificaban en embajadas de potencias hostiles y de potencias amigas. En tiempos del imperio, obviamente correspondía al Emperador tal función. El Emperador Augusto señala en su testamento político (1) - "a menudo han venido a mí embajadores de los reyes indios, cosa que antes ningún romano había visto".

Las delegaciones romanas nunca estuvieron constituidas por una sola persona, siempre la componían de dos hasta diez personas, aunque, de ordinario, eran de tres. Al contrario de lo que sucedió originariamente en Grecia, todas las embajadas romanas tenían Presidente o Jefe de Embajadores (Princeps Legationis) función que recaía en el Senador de más alta jerarquía. Terminada la misión, el Embajador estaba obligado a dar cuenta de los resultados al Senado. Digno de mención es el anillo de oro de los embajadores, distintivo especial que les confería el derecho a viajar gratuitamente y a recibir en el camino todo lo necesario.

También es importante referir que Roma, convertido en

(1) Potemkin. V.P. y otros. Historia de la Diplomacia. Editorial Grijalbo, S.A. México D.F. 1966. Pag. 19.

el centro económico del mediterráneo, también se convirtió en la cuna de la cultura. Sus Escuelas de Retórica eran la más clara expresión del nivel cultural que alcanzó Roma. La profesión de Abogado, Retórico o Diplomático eran, en la Roma imperial, las más ventajosas profesiones, porque proporcionaban sendos ingresos y posición social. De allí la inquietud de la juventud romana por adquirir instrucción jurídica superior y pasar a una Escuela de Retórica que también eran escuelas del arte de la diplomacia. De esta manera, se fueron estableciendo paulatinamente determinadas normas -- (precepta) a las que habían de sujetarse los discursos diplomáticos y los ademanes con que estos debían ser acompañados. El incumplimiento de estas normas se considera contrario a la etiqueta y carencia de una buena escuela de arte diplomático.

Ya a fines del siglo II de la era cristiana, aparecen síntomas de la desintegración del imperio romano como consecuencia de la crisis en que había entrado el régimen esclavista de producción. Este va siendo reemplazado por nuevas formas de trabajo semi feudales a través de los colonos y libertos. A la par que decaen las fuerzas militares y políticas del imperio romano, también disminuye el nivel de su diplomacia y, en el último período, entra en contacto con los pueblos bárbaros concertando tratados.

4.- DIPLOMACIA MEDIEVAL

La historia de la europa medieval se inicia, como ya lo veremos, con la caída del imperio romano de occidente, a consecuencia de la crisis del modo esclavista de producción y de las grandes invasiones de las tribus bárbaras. Estas, de ordinario, se establecían cerca de las fronteras del imperio romano, no en son de conquista, sino como vasallos y aliados con los que se entablaban relaciones contractuales que cambiaban rápidamente de carácter, por cuanto los vasallos de ayer se convertían en los rebeldes de hoy y en los conquistadores de mañana. Un acuerdo con ellos significaba compra, aumentando cada vez más sus pretenciones; exigían oro, plata y tierras para establecerse. En este panorama surgieron las relaciones diplomáticas entre los bárbaros y romanos. En el año 476 cuando Odoacro Jefe de las tropas mercenarias de los bárbaros, destronó a Rómulo Augústulo último emperador romano de occidente, su primer acto, el apoderarse de Italia fue establecer relaciones diplomáticas con el Imperio romano de Oriente.

Los reinos bárbaros que se formaron fueron de poca consistencia, su debilidad económica y la carencia de bases firmes para la formación de grandes organizaciones políticas condujeron a la total desintegración de los imperios ro-

manos de Occidente y de Oriente. El proceso de transición al feudalismo de las sociedades bárbaras con la transformación de los grandes terratenientes en señores feudales, se vió acompañada de la disgregación política de Europa.

La conquista del imperio romano, la formación de los reinos bárbaros y las luchas constantes entre éstos y las tribus nómadas (Hunos, Avaros, Pechenegos, Plovtsianos) que habían entrado a Europa desde las estepas del litoral septentrional del mar negro, hacían inestables el panorama internacional que se complicó más aún con la ocupación de los musulmanes. Estos complejos choques no solo se resolvían por la fuerza de las armas, sino también a través de negociaciones y acuerdos. Así fue cobrando forma la diplomacia medieval con la diplomacia de los pueblos bárbaros que unían a su primitivismo característico los rasgos de las tradiciones romanas y después de los musulmanes. La influencia de las costumbres bárbaras tuvo, obviamente, también un reflejo en la diplomacia romana, paralelo a éste fenómeno ocurrió el contrario, la romanización de los pueblos bárbaros y posteriormente de los musulmanes. A partir del año 630 y, en el transcurso de una centuria, quedó constituido el enorme imperio de los musulmanes. En el complejo sistema de gobierno despótico y burocrático del Califato, los asuntos exteriores eran de suma importancia. Entre los sectores de la gober

nación o "Divanes" que dependían del Gran Visir, se destacaba el "Diván Ar Rasail" Ministro de correspondencia de Estado, cuya principal misión era el mantenimiento de las relaciones con el exterior. Como Embajadores eran enviados dos personas, una que pertenecía a la nobleza y otra escogida entre los sabios nuhlas. De ordinario, se les entregaban cuatro documentos: Uno dirigido al Primer Embajador, conteniendo las instrucciones detalladas, dos dirigidos al Monarca acerca del acreditamiento de la Embajada y sobre los ruegos dirigidos en el sentido de no retener a sus Embajadores y el último conteniendo una relación de regalos y a quienes deberían ser entregados.

Durante los siglos IX a XI reinó en Europa una completa disgregación política. La base del poderío de los nobles era precisamente la propiedad sobre la tierra y la llamada "propiedad incompleta" sobre quienes la cultivaban. Las tierras, las riquezas y el poder, eran adquiridos ante todo por la guerra, la conquista, la rapiña, y la imposición de tributos a los pueblos vencidos. Los señores feudales, amos y señores de su reino, podían hacer la guerra o concertar tratados de paz y alianza, con quienes quisiesen. De esta forma quedaban borradas las fronteras entre los Estados y la propiedad individual y por lo tanto entre las relaciones internas e internacionales. El gran propietario de tierras

se convierte en un monarca y su fundo en un Estado. Todo ese marco configura el derecho de guerra privada y por consiguiente toma carta de naturaleza también una diplomacia de carácter privada. Aparecieron "mensajeros" quienes transmitían la comisión recibida en forma verbal o mediante determinados actos simbólicos. Estos mensajeros recibieron más tarde el nombre de Heraldos y llevaban los escudos de sus señores y su persona era inviolable.

"Las guerras privadas y por lo tanto la diplomacia privada se mantuvo en todo lo largo de la edad media" (1). El carácter de esta diplomacia va dirigida principalmente a solventar los choques y diferencias entre los grandes señores feudales surgidos en torno a saqueos producidos por los dominios o reinos vecinos o conquistas de subditos ajenos a fin de aumentar el número de los que satisfacían la renta feudal.

Los métodos de la diplomacia romana también se extienden entre los reinos bárbaros a través del papado que influye en toda la marcha de la historia política de la edad media. Evidentemente la iglesia no solo representa en el medioevo una fuerza religiosa, sino también política, pero su

(1) Potemkin V.P. y otros. Historia de la Diplomacia. Editorial Grijalbo, S.A. México D. F. 1966. Pag. 95.

situación se complica seriamente con la caída del imperio romano de occidente y el establecimiento de los reinos bárbaros. A mediados del siglo V, notando la evidente decadencia del imperio romano de occidente, los papas estrechan sus relaciones con Constantinopla en cuya Corte tenían representantes permanentes llamados Apocrisarios, quienes gozaban de variados privilegios personales y residían en aposentos especiales en el palacio imperial. Precisamente en estos Apocrisarios encuentran algunos el precedente más remoto de las representaciones diplomáticas permanentes en las Cortes extranjeras. Los Apocrisarios que fueron Ministros residentes del Papa, deben ser diferenciados de los llamados "Legados" que fueron embajadores papales a quienes se les daban determinadas comisiones concretas de carácter eclesiástico y político. En las relaciones diplomáticas del papado, una de las tareas primordiales, era convertir al catolicismo a los pueblos bárbaros, paganos y Arrianos y el sometimiento de los catecúmenos.

En este recorrido de la diplomacia del medioevo no podemos dejar de mencionar a Venecia que se destacó por su acelerado desarrollo económico y cultural. Ya a principios del Siglo XIII Venecia comenzó a reglamentar la conducta de sus diplomáticos y su organización en general. A fines del Siglo XIII aparecieron dos libros "El libro de Tratados" --

(Patti) en el que se tomaban nota de los instrumentos públicos y el "Libro Memorial de acontecimientos" (Libri Commemoriali) donde se recogían los asuntos que podían servir de precedente diplomático. A mediados del siglo XIV se agregan otros tres libros más: El Liber Albus en el que se recogían los tratados de Oriente, el Liber Blancus, para los tratados con los Estados italianos y el Liber Pactorum para los tratados restantes. En cuanto a las responsabilidades de los Embajadores de conformidad con un uso establecido desde mucho antes, el Embajador estaba obligado, dentro de los quince días siguientes a su regreso a Venecia, a presentar un informe completo de la situación del país ante el cual había sido acreditado.

Primeramente, cuando los Embajadores aún no eran permanentes, el envío de Embajadores era motivado por circunstancias especiales y la duración de ellos dependía de la importancia del asunto que la motivaba. En el siglo XIII no solía durar más de tres o cuatro meses, tiempo que se fue ampliando a medida que se consolidaban los vínculos internacionales. Ya en el siglo XV se estableció que los Embajadores no podían permanecer en el extranjero más de dos años, en la centuria siguiente el plazo se aumentó a tres años.

Uno de los hechos más importantes en el período de auge de las ciudades italianas es precisamente la transfor

mación de las misiones diplomáticas temporales que habían sido hasta entonces, en permanentes. Sobre el origen de esta práctica se ha especulado mucho, para algunos tal transformación ocurrió en la evolución de los Consulados venecianos en el Levante que llegaron a convertirse en puestos diplomáticos permanentes, pero esta creencia ha sido relegada al comprobarse que Venecia tenía una misión permanente en Constantinopla, creada con anterioridad a la evolución de los Consulados Venecianos. Otros historiadores afirman que tal práctica fue adoptada por Francisco Sforza, Duke de Milán quien acreditó a Nicodemus junto a los Médicis en Florencia en el siglo XV. Según el doctor Horacio Vicioso Soto "lo cierto es que aunque no se pueda precisar con seguridad la época ni el lugar exactos que le sirvieron de cuna, hay indicaciones precisas de que tanto el Papa como las repúblicas italianas, especialmente Venecia figuran entre las primeras que tomaron esa providencia" (1).

5.- HISTORIA DE LA INSTITUCION CONSULAR

"La institución consular es tan antigua como la mis-

(1) Dr. Vicioso Soto Horacio. Diplomacia, Ciencia y Arte. 2ª Edición Impresora Arte y Cine C. por A. Santo Domingo. 1970. Pag. 24.

ma función diplomática" (1). En la misma medida que se fueron desarrollando las actividades económicas de los pueblos primitivos, en esa misma medida fueron surgiendo y desarrollándose las instituciones que las necesidades imponían. Lo que directamente motivó el nacimiento y desarrollo de la institución consular fue el aspecto mercantil. El surgimiento de los comerciantes en el quehacer económico de los pueblos antiguos y la necesidad de éstos de poseer en los mercados de otros pueblos, personas que velarán por sus intereses económicos y los representará ante las autoridades de ese pueblo, o Estado, motivó el apareamiento de esas personas que representan los antecedentes remotos de la institución consular. De esta suerte surgen en Egipto los sacerdotes llamados Agoranomos que protegían a los extranjeros y además desempeñaban funciones judiciales, políticas y hasta notariales. En Grecia los Proxenes, que ya analizamos cuando hablamos de las representaciones diplomáticas y, en Roma, los Patronos, equivalentes a los Proxenes griegos y de los cuales también ya hablamos anteriormente. Cuando hablamos de la historia de la diplomacia decíamos que la proxenia se había extendido tanto que tenían proxene en el extran-

(1) Moreno Quintana Lucio M. Tratado de Derecho Internacional. Editorial Suramericana. Buenos Aires, 1963. Pag. 502.

jero los particulares, el Estado, etc. y que las legaciones en otros pueblos debían presentarse primeramente ante su respectivo proxene en el Estado acreditado. En aquellos tiempos no podemos decir que la proxenia era lo que hoy es la institución consular, pero parte de su espíritu fundamental era proteger los intereses de los ciudadanos de otros pueblos, que es lo que hoy configura la institución consular.

Una de las características importantes y que observamos en la organización de los pueblos antiguos referente a los antecedentes del consulado es que los funcionarios que protegían los intereses de los extranjeros, no eran personas conciudadanos del extranjero, sino ciudadanos del propio país al que llegaba el extranjero, algo así como los actuales Cónsules Ad-Honoren.

La necesidad de proteger a los extranjeros por medio de funcionarios especiales pasó a los primeros siglos de la edad media, época en la que aparecieron funcionarios ya con el nombre de Cónsules y que entendían en asuntos comerciales y marítimos especialmente para amparar a los extranjeros que comerciaban en las costas del Levante. Casi en todo el transcurso de la edad media, marinos y mercaderes solían designar todos los años, de entre sus connacionales, funcionarios encargados de ejercer jurisdicción comercial en el mediterráneo, llamados por esta razón, "Cónsules ---

Electi". Esta era, obviamente una consecuencia del sistema basado en la personalidad de la ley que imperaba en el medioevo.

Uno de los cambios substanciales que se operaron en la institución consular en el transcurso de la edad media y que es importante hacer notar fue precisamente que los funcionarios encargados de proteger los intereses económicos - de los extranjeros ya no fueron ciudadanos pertenecientes - al Estado que visitaba el extranjero, sino connacionales del extranjero mismo y que, además no eran elegidos por el Estado del connacional, sino por la persona directa y particularmente interesada.

Los Cónsules Electi se popularizaron en las Factorías Comerciales del Asia Menor y de las costas del Levante, pero su carácter de personajes amparados y respaldados única y exclusivamente por los particulares que los nombraba, les convirtió en empleados particulares frágiles, sin la categoría necesaria para ser respetados por los funcionarios del Estado en el que desarrollaban sus funciones, lo que motivó el surgimiento de una nueva categoría de funcionarios estatales llamados "Cónsules Missi", con carácter permanente y con los privilegios propios de un Ministro Público dotado de atribuciones políticas, comerciales y judiciales. Fue un período en la evolución histórica de la institución consu--

lar y diplomática en el que ambas marcharon fusionadas y representadas por los llamados Cónsules Missi; por esta razón, algunos autores atribuyen el origen o antecedente más remoto de las Embajadas Permanentes, precisamente a los Cónsules Missi que también se popularizaron en las costas del Mediterráneo y del Levante.

Las funciones políticas, comerciales y judiciales a los Cónsules Missi los convertía en funcionarios polifacéticos - con tantas y variadas funciones que no alcanzaban desempeñar a plenitud, pues eran de naturaleza diversa, esta razón motivó el despojar a tales Cónsules Missi de las funciones políticas, que pasaron a los Embajadores y, de las judiciales, - que pasaron a los funcionarios pertinentes, dejándolos como meros agentes comerciales que era ni más ni menos las únicas funciones que tenían antes los llamados Cónsules Electi, pero que ahora con los Cónsules Missi quedaban respaldados por el poder del Estado que los acreditaba. Este Cónsul Missi - despojado de sus antiguas funciones políticas y judiciales, coincide con la conceptualización actual del Cónsul moderno.

Los Consulados al igual que las misiones diplomáticas han pasado por dos períodos plenamente diferenciados, el período antiguo que comprendió toda la antigüedad y parte de la edad media, en el que la institución consular fue más de carácter particular que estatal y el período moderno en

el que la institución consular asuma el carácter de función estatal. Otro criterio de clasificación de períodos históricos por los que ha pasado la institución consular y más prolijó es dividirla en cinco períodos (1) EL PRIMERO; Comprendería la antigüedad y los primeros siglos de la edad media y coincide en su aspecto general con el primer período de la clasificación anterior. SEGUNDO; Comprende la mayor parte de la edad media y parte de la edad moderna, es el período de los Cónsules Electi que ya analizamos. TERCERO; Se extiende desde la formación de los grandes Estados hasta los tratados de Westfalia en el año de 1648 y comprende el período de los llamados Cónsules Missi que ya analizamos y que se caracterizaron por asumir los Cónsules el carácter de funcionarios del Estado, con todos los privilegios inherentes a un Ministro Público. CUARTO; Después de la paz de Westfalia, las legaciones permanentes despojaron a los Cónsules de sus funciones políticas, mientras que la territorialidad de las leyes y el afianzamiento de la soberanía estatal les quitaron sus atribuciones judiciales, quedando reducidos a la condición de meros Agentes Comerciales o Cónsules Electi, excepto en los países del Levante donde conservaron su investidura de Minis

(1) Antokoletz Daniel. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Diplomático y Consular. T. II. Editorial Ideas. Buenos Aires 1948. Pag. 11-15.

tro Público. QUINTO; En la edad contemporánea, el movimiento económico y comercial y la migración de personas a otros Estados ha vuelto a realzar el prestigio y la necesidad de la institución consular. Al lado de los Cónsules exclusivamente comerciales que serían los actuales Cónsules Adhonorarios, existen los llamados Cónsules de Carrera que se dedican exclusivamente a las tareas públicas y que son subditos del Estado que los ha designado.

6.- LOS CONSULES Y DIPLOMATICOS EN EL MARCO HISTORICO

NOTARIAL

Referir la función notarial que pudieron haber desempeñado los Cónsules y Diplomáticos en el marco histórico notarial que hemos dejado reseñado implica una labor eminentemente especulativa, por cuanto no hemos encontrado ningún indicio histórico en la diplomacia egipcia, griega ni romana que nos ayude a obtener alguna conclusión. Obviamente la explicación más lógica a este hecho es la inexistencia de relaciones directas entre la función que desempeñaron los diplomáticos de aquellos tiempos con la notarial de aquellos mismos tiempos.

En lo que a Egipto, Grecia y Roma se refiere, funciones notariales, tal como la entendemos en la actualidad, ya

lo dejamos establecido, no existieron. Todos los funcionarios de esos tres pueblos que desempeñaron alguna función - que pueda tomarse como antecedente de la notarial actual, - fueron de mera redacción de documentos. Por otra parte, los diplomáticos de aquellos tiempos tales como los Mensajeros de Egipto, los Ancianos, Presbeis o Autooratores de Grecia y las Legaciones de Roma, fueron personajes que estuvieron exclusivamente al servicio de la política exterior de carácter eminentemente esclavista que imperó en aquellos tiempos.

De las funciones propias que tuvieron los diplomáticos del mundo antiguo no se deduce ninguna que haya sido ni de redactores de documentos, pues en Egipto el documento era redactado por el Escriba y entregado a los Mensajeros; en Grecia, el Mnemon formalizaba y hasta registraba los tratados, pero la diplomacia estaba a cargo de los Ancianos; en Roma, el Escriba redactaba los documentos y las Legaciones eran los funcionarios diplomáticos.

El hecho más sobresaliente que explica el porqué los diplomáticos del mundo antiguo no pudieron haber desempeñado funciones ni de redactores de documentos relacionados con las actividades privadas, obedece a razones de índole eminentemente económica. En efecto, el desarrollo económico de aquellos pueblos y su sistema mismo no exigía que los diplomáticos desarrollaran labores relacionadas con la redac-

ción de documentos privados.

Con la caída del imperio romano de occidente, la desintegración del sistema esclavista y el surgimiento del sistema feudal, el panorama político en general de todo el mundo cambia substancialmente; el sistema de explotación se vuelve más sutil y la diplomacia privada cobra su carta de presentación. En la edad media la diplomacia se vuelve uno de los instrumentos al servicio de los grandes señores. Los Heraldos de aquella época sólo se dedicaron a solventar los choques y diferencias surgidas en torno a saqueos producidos entre los reinos.

Cuando con el devenir histórico se entra a la época de los Consulados venecianos, tampoco los Cónsules Electii ni los Cónsules Missii desempeñaron función alguna que pueda considerarse como notarial paralela a sus funciones de carácter comercial o política.

La involucración de los Cónsules y Diplomáticos en el ejercicio de la función notarial no se produce sino en la edad moderna motivada por el factor económico. En efecto, ha sido el sistema y la expansión capitalista la que ha creado la necesidad de conceder funciones notariales inclusive a los Cónsules y Diplomáticos como una de las alternativas más viables para el ejercicio de la función notarial fuera del territorio nacional.

TITULO PRIMERO

DE LAS FUENTES HISTORICAS DEL NOTARIADO EN GENERAL

CAPITULO III

ESPAÑA MEDIEVAL Y SU NOTARIADO

1) Marco general de la edad media.- 2) España visigótica y musulmana.- 3) Configuración plena y futuro del notariado.- 4) Notariado científico.- 5) El notariado en el derecho español del siglo XII al XIX.- 6) España y su etapa de disgregación notarial.

1) MARCO GENERAL DE LA EDAD MEDIA

Cronológicamente la edad media de la historia se ha enmarcado en el lapso comprendido desde la caída del imperio romano de occidente en el año 476 de la era cristiana hasta el descubrimiento de América en 1492 para unos, y para otros hasta la revolución francesa en 1789. Este lapso en el desarrollo de la evolución social se caracteriza por el régimen de explotación feudal, que se gestó en el seno mismo del régimen de explotación esclavista que le precedió. En efecto, en Roma el comercio alcanzó un alto nivel incluso en el exterior, donde se acrecentó en proporciones enormes, atrayendo incluso al Norte y al Este de Europa y,

por consiguiente, la esclavitud también llegó a su máxima explotación. Sin embargo, este tipo de explotación comenzó a descender por factores diversos tales como la revolución de Espartaco, el bajo rendimiento de los esclavos, el agotamiento de las fuentes militares de obtención de esclavos, etc. Ante tal crisis, los grandes señores comenzaron a liberar a sus esclavos y surgió la institución llamada "colonato" consistente en asignarle al esclavo una pequeña propiedad con cargo de pagar un tributo a su señor, convirtiéndose el colonato en "la forma embrionaria de la explotación feudal" (1). Con el advenimiento de la caída del imperio romano de occidente, la fundación de los reinos bárbaros que no habían superado el primitivismo de su cultura económica y la subsiguiente invasión de los árabes quienes allá por el año 630 de la era cristiana ya constituían un imperio más extenso que el antiguo romano, las condiciones económicas europeas empeoraron y el comercio no volvió a florecer sino hasta fines del siglo XI en el que surgió Venecia como la más rica república comercial. En tales condiciones la cultura en general y el derecho como lógica consecuencia, vivieron una etapa de plasticidad y de absorción de las costumbres de pueblos diferentes que contribuyeron a formar las bases del derecho moderno.

(1) Avdakov Polianski y otros. Historia Económica de los países capitalistas. Editorial Grijalbo, S.A. 1a. Edición en Español, México D.F. 1965. Pag. 105.-

2) ESPAÑA VISIGOTICA Y MUSULMANA

Desde fines del siglo IV de la era cristiana, las grandes oleadas de tribus germanas que hacía tiempo intentaban cruzar las fronteras del imperio romano, comenzaron a inundar una provincia tras otra. Los Visigodos comandados por Alarico devastaron a principios del siglo V las provincias Balcanicas del imperio romano de oriente, arrasaron Italia, y tomaron la ciudad eterna. En un período del 466 al 586 se radicaron en Francia teniendo por capital a Tolouse, para después penetrar paulativamente en el territorio de lo que habría de llegar a ser España.

La penetración de la legislación germana cobró una importancia tal que llegó hasta la abolición de la ley romana autorizándose el matrimonio entre los godos y los hispano-romanos, hasta entonces prohibido. De esta época es una obra a la que se le asigna una importancia especial dentro de la legislación Visigótica y que se denominó originariamente "Código de Leyes" "Libro de las Leyes" "Libro de los Jueces" "Libro de los Godos" y ultimamente conocida en España con el nombre de "Fuero Juzgo". Esta obra no aportó a la institución notarial más que contener ya la existencia de dos tipos de Escribanos, los del Rey y los Comunales o del Pueblo que, posteriormente lo serán de las ciudades y Villas

y que por ser numericamente limitados se conocieron después como Escribanos del número.

El Fuero Juzgo desplazó la antigua ley romana, pero su vigencia se vió seriamente afectada por la penetración del pueblo árabe que marcaron y ejercieron una considerable influencia en el desarrollo histórico del medio-evo, especialmente en España. Comenzando el siglo VIII la ocupación musulmana estaba en su apogeo y en España se prolongó hasta el año de 1492 en que los reyes católicos eliminaron su ocupación política. A partir del siglo VIII que es cuando se inicia el período llamado de la reconquista, de inicio una etapa caracterizada por el predominio del derecho germano, de la costumbre sobre la ley y del derecho local sobre el territorial, todo en el marco general del régimen de explotación feudal.

3) CONFIGURACIÓN PLENA Y FUTURO DEL NOTARIADO

El notariado moderno se configura plenamente cuando sus actos se revisten de la fe pública que les concede una validez autónoma. El surgimiento de la fe pública notarial es el progreso más significativo en el desarrollo histórico del notariado. Con la incorporación de la "pública fides" al escribano, la institución notarial logra su consolda--

ción definitiva. Cuándo? Porqué? y Cómo? se produjo este fenómeno, son curiosas y obligadas interrogantes que auscultamos para explicarnos la razón de su existencia.

Cuándo surgió el escribano con poder público fideifaciente? Esta difícil interrogante nos la contesta Pondé (1) diciendo: "señalar con exactitud ese momento es por hoy imposible". Sin embargo, veamos hasta que tanto podemos precisar tal fenómeno. Recordemos que en los territorios del antiguo imperio romano, aún subsistía el derecho romano en el que, además, había aparecido un derecho germano, como fue el "Libro de los Godos" y además estaba la influencia del derecho musulmán. En esta etapa los Tabeliones romanos y los Escribanos a que se refería el Libro de los Godos, aún tenían la característica de simples redactores de documentos y no estaban investidos de la fe pública necesaria para convertir el documento en público. Ya en tiempos de la famosa Escuela de Bolonia, allá por el siglo XI, el notario sí aparece con facultades fedantes, por lo que, en esta oportunidad, simplemente nos limitamos a observar que entre los siglos VIII y XI se produjo el surgimiento de la fe pública notarial.

(1) Pondé Eduardo. Origen e Historia del Notariado. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1967, pag. 143.

Porqué se produjo la incorporación de la fe pública - al notario? Ningún autor de los consultados trata el tema. Pero es evidente que la respuesta a tan sugestiva interrogante la encontraremos en las estructuras económicas cuyas bases capitalistas se estaban cimentando en el seno mismo de la edad media. En efecto, cuando nace el período medieval, por las circunstancias históricas y características propias del sistema, se produce un receso en la evolución general de la humanidad; sin embargo, ésta fue una característica propia de la llamada alta edad media, no de la baja edad media en la que va surgiendo un comercio de proporciones más grandes que el comercio del período esclavista antiguo. Este nuevo comercio va sustentando los cimientos del nuevo régimen capitalista que necesita de puntos de apoyo más efectivos para su propio y particular desarrollo. De este estado de necesidad para el impulso del desarrollo económico capitalista es que, el sistema mismo pula y perfecciona las antiguas -- escribanías simples convirtiéndolas en escribanías dotadas de fe pública para darles certeza, agilidad y seguridad a las transacciones comerciales que cada día se incrementan más . Esta nos parece la explicación más sencilla y lógica del porqué del surgimiento de la fe pública notarial.

Cómo se produce el nacimiento de la fe pública notarial? Es la tercera y última interrogante que nos hemos -

planteado. En la constante búsqueda histórica de su respuesta, se han dado dos explicaciones, una de carácter laico y otra de contenido religioso. La explicación laica surge del derecho germano en el que la asiduidad con que se producían las actuaciones judiciales para reclamar lo adeudado indujo a la creación de un Colaborador del Juez que atendía las funciones en las que no existía litigio, es decir, las funciones llamadas de jurisdicción voluntaria. Al lado de los jueces fueron tomando importancia los Colaboradores Judiciales que tomaron para sí toda la actividad pseudo-judicial. Paulatinamente el Colaborador del Juez se fue invistiendo de las facultades judiciales, hasta llegar al punto en el que su resolución tenía la misma fuerza que la del juez. A este colaborador del Juez se le llamó Notario Juez, institución característica y típica del derecho germano que se difundió prontamente, siendo recogida por la legislación de los francos y evolucionando también hasta el punto de que todo notario legalmente nombrado era considerado eo-ipso, también como *iudex ordinarius*. (Juez Ordinario) desde luego única y exclusivamente en lo atinente a los actos de jurisdicción voluntaria. Este *iudex ordinarius* que fue siempre un notario se popularizó con el nombre de *iudex chartularius*. Entre los siglos VIII y XI debió haberse producido una íntima correlación entre la desaparición de la *insinuatio* del

deracho romano que elevaba a condición de público el documento de los tabeliones y el desgaje de los Iudex Chartularius de lo judicial a lo notarial, produciéndose de esta manera la identificación de los antiguos tabeliones privados con los Iudicii Chartularii y dando origen a un notario pleno con funciones fedantes.

En el derecho germano, cuando se cortó el cordón umbilical entre el Juez y el Colaborador del Juez llamado Notario Juez, apareció la persona del notario integral dotado de poder fedante emanado de la fe pública judicial.

Esta tesis es de mucha importancia para los fines del presente ensayo, porque nos demuestra cómo la fe pública notarial es hija de la fe pública judicial.

La otra explicación que se da sobre el surgimiento de la fe pública notarial proviene de la actividad eclesiástica. De acuerdo a una referencia histórica medieval (1) Thapulos y Livithinios en su obra El Escribano en la Teoría y en la práctica, citan a Meurción para quien los notarios también se clasificaron en Patriarcales y Palatinos. Los primeros servían a la iglesia y los segundos a las autori-

(1) Pondé Eduardo. Origen e Historia del Notariado. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1967. Pag. 145.

dadas políticas, después aparecieron los públicos que servían a ambos. Gimenez Arnau (1) refiere al respecto que, bajo la dominación de los Visigodos, ya en el siglo VII, San Isidoro habla de que San Eladio fue notario Palatino de los reyes Sisebuto, Suintila y Sesenando. Originariamente el notario eclesiástico se encontraba bajo los mismos lineamientos que el notariado laico, en cuanto a que el documento redactado no tenía valor de instrumento público; pero el Papa le asignó firmeza a esos actos notariales, tuvo por auténtico su contenido y de allí que los actos celebrados ante el notario eclesiástico estuvieran investidos de facultades fedantes. De este fenómeno resulta que en los territorios dominados por el Sumo pontífice habíamos dado con el momento histórico en que al notario se le delega la fe pública. El desplazamiento de ese poder fedante eclesiástico hacía los tabeliones laicos sería el resultado ya de un proceso consuetudinario.

Del enfoque histórico-jurídico-económico que hemos venido planteando, podemos fácilmente deducir como lógica conclusión, que el notariado como institución nació al servicio de los intereses económicos de las sociedades antiguas, ha -

(1) Giménez Arnau Enrique. Derecho Notarial. Edición Universidad de Navarra S.A. Pamplona. 1976. Pag. 92. .

evolucionado de acuerdo a las necesidades de esos mismos intereses, consolidándose definitivamente en los albores del régimen capitalista producidos en el seno de la misma edad media, al integrársele la fe pública y actualmente se encamina hacia su propia y natural integración.

Esta naturaleza de la institución notarial la convierte en tan frágil como débiles puedan ser las bases de carácter económico que sostienen; de tal suerte que cuando se ensombrece el futuro del régimen capitalista, también se oscurece el futuro del notariado.

El desarrollo económico de la humanidad se ha producido en forma de ciclos progresivos en su desarrollo económico y regresivos en su duración.- Expliquemos más detalladamente esta afirmación.- El período gentilicio o de la comunidad primitiva evolucionó del salvajismo al barbarismo, del nomadismo al sedentarismo y de este a la formación de comunidades primitivas unidas por intereses comunes de subsistencia.- Su desarrollo económico fue insignificante y duró este período desde los inicios del período geológico denominado reciente, o sea, desde el milenio X hasta el milenio III A. de C.. A partir de éste último milenio se desarrolló una fase pastoril-cultivadora en la que se produjo excedentes en la producción que propiciaron el surgimiento de acumulación de riquezas, el advenimiento de la

división de las sociedades en clases y el surgimiento del régimen esclavista que duró desde el Milenio III A. de C. hasta mediados del Milenio I de la era cristiana. El régimen de explotación esclavista debemos de analizarlo desde el punto de vista de su ciclo particular y del de su ciclo general. De acuerdo al primero, debemos estudiar el desarrollo del sistema esclavista en cada uno de los pueblos antiguos en los que el régimen esclavista surgió, se desarrolló y se extinguió. De acuerdo al segundo punto de vista, debemos estudiar el régimen esclavista en el desarrollo general de la humanidad, desde cuando surgió por primera vez en el antiguo Egipto hasta la desintegración del imperio romano de occidente. El desarrollo económico que se produjo durante el ciclo general del régimen esclavista fue obviamente mayor que el producido en tiempos del período gentilicio y en su propia estructuración necesitó de instituciones jurídicas que el nivel de su desarrollo lo fortalecieron, así surgieron las antiguas escribanías ya estudiadas.

En la edad media y más propiamente en la denominada baja edad media, después de un receso producido por las circunstancias históricas, el comercio vuelve a florecer con más radio de acción que en la antigüedad. Esto propicia la necesidad de fortalecer más aún las antiguas escribanías dotándolas de la fe pública necesaria para que agilicen y garanti-

con el flujo económico de la sociedad. Si el período del régimen gentilicio duró casi seis milenios, el esclavista duró alrededor de tres y medio y el feudalista tan solo un milenio y un tercio. Por esta razón decimos que los ciclos del desarrollo económico de los regímenes históricos han sido regresivos en su duración. En este orden de cosas, es evidente que si ésta es una ley natural, el régimen capitalista durará menos aún que el medieval. Ley que probablemente se cumplirá, porque a solo menos de dos siglos de régimen capitalista el mundo se debate en una crisis producida precisamente por el sistema económico capitalista imperante en la actualidad. Este hecho nos hace concluir que en la medida que se torne sombrío el panorama del actual régimen económico capitalista, así se tornará de sombrío el futuro de la institución notarial.

4) NOTARIADO CIENTIFICO

La sociedad feudal que comprendió un lapso de trece siglos y que se fundamentó en un sistema económico basado en la explotación servil del hombre por el hombre, no escapó como tampoco escapó el régimen esclavista que le precedió, a las leyes cíclicas de la naturaleza del nacer, crecer y morir. Los factores que produjeron la crisis de la explotación servil en el ré

gimen feudal fueron variados, pero esencialmente de carácter económico y social. El estancamiento del modo feudal de producción y su capacidad de desenvolvimiento, el escaso rendimiento de la fuerza de trabajo, los métodos inhumanos que se empleaban y el bajo rendimiento de la tierra obligaron a los grandes señores a buscar nuevas formas de acumulación de riquezas dedicándose al comercio y al circulante de dinero, John Eaton (1) al hacer un análisis al respecto expresa "el dinero y el comercio actuaron como disolventes, destruyendo las antiguas sociedades. Los ingresos en dinero así como los servicios de garantías llegaron a constituir la ambición de los señores, se formó un mercado de préstamos y un mercado de tierras". Otro escritor M. Dobb (2) refiriéndose al caso específico de Inglaterra se pronuncia en igual sentido: cuando dice que "los grandes caminos que unen a Londres con el litoral son las arterias a través de las cuales fluye el dinero, el disolvente más destructor del poder señorial". De nuevo nos encontramos con un fenómeno análogo al que ocurrió en las postrimerías de la producción esclavista cuando decíamos que en el seno mismo del régimen esclavista se había

(1) Eaton John. Economía Política. 4a. Edición. Editores Amorrortu. Buenos Aires. 1971. Pag. 56.

(2) M. Dobb. Studies in the Development of Capitalism. Pag. 38. Citado por Eaton. Obs cit. Pag. 56.

gestado el régimen de explotación feudal. Ahora observamos que es precisamente en el seno de la explotación feudal - donde se gesta la producción capitalista en la que la explotación del hombre por el hombre toma un nuevo giro; ya no es a través de la directa, despiadada e inhumana esclavitud, ni del indigno servilismo feudal, sino de la sutil injusta retribución de la fuerza de trabajo.

En el marco del nuevo régimen nos interesa hacer destacar un hecho, el del auge comercial que se generaliza a partir del siglo XI. En efecto, el comercio que entró en crisis con la decadencia del imperio romano y decayó más con las invasiones barbaras y árabes, no volvió a surgir sino hasta finales del siglo XII con el aparecimiento de Venecia como el más importante centro comercial. Ya a partir del siglo XII el comercio sigue una trayectoria de difusión y generalización que logra atraer paulatinamente a los grandes señores feudales, quienes al ir entrando en crisis el sistema feudal, se van incorporando al comercio y al nuevo régimen de producción capitalista. Este nuevo auge económico que surge a partir del siglo XI trae consigo un nuevo desenvolvimiento cultural que es conocido como renacimiento. Surge Bolonia con su universidad y su escuela de glosadores, que marcan una época impresionante en la historia del derecho en general y en especial del Derecho Notarial.

Al generalizarse e incrementarse el comercio, éste necesitó de fuerzas de apoyo que lo dinamizaran y agilizaran, pero sobre todo de una institución que garantizara la seguridad y certeza de las transacciones comerciales, cada día en aumento. Esa necesidad creó la Fé Pública Notarial extrayéndola de la Fé Pública judicial, como ya analizamos a partir de esta fase, el notariado se va organizando más y más hasta llegar a la escuela de Bolonia y sus glosadores quienes sistematizaron todo el acervo jurídico inherente al ejercicio funcional de la fé pública y se pronunciaron por la elaboración científica del Derecho Notarial.

La primera etiqueta con el rótulo de Derecho Notarial la puso Rolandino Rodolfo conocido por Rolandino Passaggiere o Passagiero, el personaje que por primera vez en la historia, desempeñó la cátedra de Derecho Notarial en la Universidad de Bolonia y a quien se le llama, con razón, el "Príncipe de los Notarios".

Con Rolandino, surge el Derecho Notarial como disciplina jurídica independiente, con vida propia, pero no como disciplina autónoma, sino alimentada sustantivamente por el Derecho Civil, es decir, sujeto a las normas generales del Derecho Civil; tal fue la concepción de Rolandino sobre el Derecho Notarial. En la actualidad el derecho notarial, como -

disciplina jurídica-científica ha logrado su autonomía plena. Las batallas que ahora se libran en esta materia son por lograr su definitiva consagración a través de su natural integración.

Si en el Capítulo anterior, al esbozar la evolución del Escribano establecimos que la fé pública se incorporó al notariado entre los siglos VIII y XII y ahora establecemos que fué a partir del siglo XII que surge un nuevo auge comercial y, a la par, un nuevo movimiento cultural llamado renacentista; dentro de éste movimiento, los maestros glosadores de la escuela de Bolonia y dentro de esta escuela el notariado consolidándose como ciencia; ahora podemos decir, con Gimenez Arnau (1) que el notariado como armazón científica de teorías integrando la ciencia del derecho notarial ha evolucionado en tres períodos típicamente diferenciados: El Empírico, El Premonitorio o Precursor y el Científico. El primer período que se caracterizó por no pasar el Notariado de ser una simple práctica de redacción de documentos, comprendería desde los antiguos Escribanos egipcias pasando por el Mnemon griego hasta los Tabeliones romanos. El Segundo período, o sea, el premonitorio o precursor, arrancarían de la caída del imperio romano hasta el aparecimiento de la Escuela de Bolonia y se caracteriza por el surgimiento de -

(1) Gimenez Arnau Enrique. Derecho Notarial. Vol. I Pag.537

un conjunto de leyes y procedimientos desordenados, incluyendo el tránsito de la incorporación de la fé pública al notariado. En este período el notariado deja de ser una simple práctica para convertirse en un verdadero arte. El tercer período, o sea, el científico, arranca con los glosadores de la Escuela de Bolonia y especialmente a partir de la doctrina de Rolandino hasta la actualidad. Por esta razón se dice que el Derecho Notarial como ciencia nació en la edad media y específicamente en Italia con la dilección al notariado despertada por Rolandino.

Si observamos el proceso de evolución del Derecho Notarial notamos que ha ido paralelo en categoría y en tiempo a los progresos económicos de los pueblos, que es a partir de la baja edad media, génesis de la explotación capitalista, cuyo régimen económico necesita más que los anteriores del Derecho Notarial, cuando surge el Derecho Notarial formando parte de la superestructura del régimen económico de explotación capitalista.

5) EL NOTARIADO EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL SIGLO XII AL

XIX

Para comprender el derecho notarial que imperó en las colonias de España y por lo tanto el derecho notarial salva

un conjunto de leyes y procedimientos desordenados, incluyendo el tránsito de la incorporación de la fé pública al notariado. En este período el notariado deja de ser una simple práctica para convertirse en un verdadero arte. El tercer período, o sea, el científico, arranca con los glosadores de la Escuela de Bolonia y especialmente a partir de la doctrina de Rolandino hasta la actualidad. Por esta razón se dice que el Derecho Notarial como ciencia nació en la edad media y específicamente en Italia con la dilección al notariado despertada por Rolandino.

Si observamos el proceso de evolución del Derecho Notarial notamos que ha ido paralelo en categoría y en tiempo a los progresos económicos de los pueblos, que es a partir de la baja edad media, génesis de la explotación capitalista, cuyo régimen económico necesita más que los anteriores del Derecho Notarial, cuando surge el Derecho Notarial formando parte de la superestructura del régimen económico de explotación capitalista.

5) EL NOTARIADO EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL SIGLO XII AL

XIX

Para comprender el derecho notarial que imperó en las colonias de España y por lo tanto el derecho notarial salva

doreño es menester conocer el derecho notarial que vivió la misma España en aquellos tiempos. Con tal propósito haremos un recorrido histórico en orden cronológico de las principales leyes españolas y su contenido notarial desde mediados del siglo XII hasta mediados del siglo XIX.--

FUERO JUZGO.- Este ordenamiento tiene un origen muy antiguo. Nació allá por el siglo VI en la época de la dominación visigótica en España y fue conocido, originariamente con los nombres de " Código de las Leyes ", " "Libro de las Luces" ", " "Libro de los Jueces" ", " "Libro de los Godos" ".

Este código fue traducido al latín por disposición de Fernando III apodado "El Santo" con fecha cuatro de mayo del año de 1241 como obsequio especial a la ciudad de Córdoba, cuando fue conquistada a los moros, dándole el carácter de Fuero Provincial y poniéndolo al acceso de todo aquel que pudiera leer, conociéndose para ese entonces con el nombre de Fuero Juzgo. En este Código no existe una organización notarial ni siquiera incipiente ni mucho menos una delimitada función notarial; su única importancia radica en que en él se habla ya de dos clases de Escribanos; los "Escribanos Reales" o "Escribanos del Rey" y los "Escribanos no Reales" o "Escribanos del Pueblo". De esta simple clasificación inferimos que la institución notarial romana va mante--

niéndose con el nombre de Escribanos muy esquemáticamente - regulada en el Fuero Juzgo o "Libro de los Codos" y que, - también la institución notarial se va adaptando al nuevo ré- gimen de explotación feudal.

FUERO REAL. Surgió también en tiempos del referido - FERNANDO III, allá por el año de 1255. Se le conoció tam- - bién con los nombres de "Fuero de las Leyes" "Fuero de los Consejos de Castilla" o "Flores de las Leyes" o simplemente "Flores". Tuvo una corta duración, pues quedó semi derogado allá por el año de 1272 por contener disposiciones que res- tringían los derechos de los "ricos omes". Esta ley fue de contenido nacionalista que recogía el clima jurídico y so- cial de la España de aquel entonces. Trata de los Escriba- nos en el Título VIII del Libro I que se titula precisamen- te "De los Escribanos Públicos". Se atribuye al Rey el nom- bramiento de Escribanos, se regulan los lugares donde deben ser nombrados, cómo deben tener los Escribanos las notas de lo que ante ellos pasa, cómo no deben poner en la carta si- no lo que ante ellos pase, etc. etc. La regulación sobre - el Escribano es, obviamente, más completa que en el Fuero - Juzgo y se delinea ya una función notarial.

LAS SIETE PARTIDAS. Surgieron allá por el año de 1265 inspiradas en el pensamiento jurídico de los glosadores de -

la Escuela de Bolonia con la consabida influencia del derecho romano modificado y actualizado. A pesar de no tener la aceptación originaria del pueblo, es el cuerpo legal de mayor trascendencia, de mejor método y de más profundidad jurídica en todo el derecho medieval español. Trata de los Escribanos en la partida tercera Títulos XVIII y XIX. Define los Escribanos del Rey y los de las Villas, señala las cualidades que debe reunir el Escribano, se fijan las facultades y el modo recto y verás como deben cumplir su misión. - En el régimen de explotación feudal, los clérigos monopolizaron el saber y como lógica consecuencia, el notariado -- eclesiástico se desarrolló más. En las Siete Partidas se plasma ya el esfuerzo tanto del papado como de los monarcas por restringir la intervención clerical en la contratación privada, expresándose en el mismo cuerpo legal la prohibición y su razón. Los eclesiásticos no podían intervenir en cartas de pesquisa o en otros pleitos en que pueda caer pena de muerte o lesiones. Las sanciones podrían ser para el falsario, la pérdida de la mano, pero cuando el falsario era Notario vinculado al quehacer del monarca la pena era la de muerte. Es evidente que aplicar la pena de muerte a un clérigo representaba no solo una difícil postura para la iglesia, sino un motivo de fricción entre el poder del rey y el del papado. En resumen, en Las Siete Partidas, la regu

lación del notariado es más completa aún que en el Fuero Real tanto en materia de Escribanos como de escrituras. Pondé (1) refiriéndose a la organización del notariado en las siete - partidas, dice: "posiblemente Las siete Partidas de Alfonso El Sabio constituyan el esquema jurídico que, a la época de ese momento histórico, mejor haya reseñado las normas notariales".

ORDENAMIENTO DE ALCALA DE HENARES. Las leyes de Las Siete Partidas no tuvieron una originaria aceptación popular, en razón de que el pueblo español tenía adaptada su mentalidad a las formas jurídicas que había recogido el llamado Fuero Juzgo. Este fenómeno que pasó a ser herencia de Alfonso XI llamado El Justiciero, indujo a este monarca, allá por el año de 1348 en ocasión de reunirse Las Cortes en Alcalá de Henares, a sancionar el ordenamiento legal denominado ORDENAMIENTO DE ALCALA DE HENARES. El fin primordial de este nuevo Código fue lograr la aplicación de las leyes contenidas en las Siete Partidas, puliendo sus aristas filosóficas y modificando sutilmente la ley, especialmente en los aspectos combatidos y rechazados por el pueblo. En punto a notariado el ordenamiento no tiene gran trascendencia,

(1) Pondé Eduardo. Origen e Historia del Notariado. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1967. Pag. 210.

pues mantuvo la regulación establecida por Las Siete Partidas.

LEYES DEL TORO. Desde el Fuero Juzgo hasta el Ordenamiento de Alcalá de Henares se produjo una confusión de leyes agravada por el trasplante de la legislación española a las nuevas tierras descubiertas. Esta confusión en el orden de aplicación de las leyes de España motivó a que en el año de 1505 en la ciudad del Toro se sancionaran las llamadas - Leyes del Toro, las que en punto a notariado, no tienen ninguna importancia, pero sí en lo relativo al orden de aplicación de todas las leyes de España.

NUEVA RECOPIACION. En tiempos de Felipe II y allá - por el año de 1567, 62 años después del aparecimiento de las Leyes del Toro, surge un nuevo código conocido por NUEVA RECOPIACION. Para este entonces, el oficio de la Escribanía se había degenerado y diversificado, como después examinaremos con más detención. En el Título XIX de la Nueva Recopilación se regula ya una variedad de Escribanos que existían en aquel entonces, por ejemplo los de Cámara y del Consejo, los de la Santa Inquisición, Indias, Ordenes, Hacienda, Audiencia, Contaduría, etc. Sin embargo, esta Nueva Recopilación resultó ser huérfana de ordenación, falta de método y su ambigüedad dificultó su aplicación.

NOVISIMA RECOPIACION. Las dificultades que surgieron con la Nueva Recopilación hicieron necesario el ir anotando resoluciones aclaratorias que se llamaron "autos acordados", costumbre o práctica que se extendió por más de doscientos años hasta que allá por el año de 1805, en tiempos de Carlos IV apareció la llamada NOVISIMA RECOPIACION DE LAS LEYES DE ESPAÑA, las que reunieron en un solo libro todos los cuerpos legales vinculados con el derecho hispano. Lo importante que cabe destacar de este cuerpo legal es el hecho de que ya se deja entrever un esfuerzo por suprimir la prolija variedad de oficios notariales en distintos lugares de España.

LEY DE NOTARIADO DE 1862. La diversificación de oficios notariales producida por la "venta de oficios" y su consecuencia, la degradación del ejercicio de la función notarial, fue corregida definitivamente hasta la sanción de la Ley Española de 1862, que apareció en España casi a los sesenta años después de la NOVISIMA RECOPIACION. La nueva ley de notariado, contenía entre otros principios; los siguientes: Reversión al Estado de los oficios enajenados y consideración del cargo como Función pública, separación de la fe judicial y de la extrajudicial, organización jerárquica del notariado a través del ministerio de Gracia y Justicia, reconocimiento expreso y terminante de la propiedad del Estado sobre los protocolos notariales, abandono de la denomi

nación de Escribano y surgimiento de la de Notario, etc. De acuerdo a esta ley la superintendencia correspondía a la - Justicia, son los Jueces de Primera Instancia los autorizados para visitar las notarías en el momento que les parezca oportuno. Aún en aquellos casos en que, por expresa autorización de la ley, el Gobierno y el Regente de la Audiencia dispongan visitas de control extraordinaria, para cumplirlas deberán nombrar magistrados, jueces o individuos del Ministerio Fiscal. En cambio, en dicha ley, el gobierno y la disciplina de los notarios quedan a cargo de los llamados - "Colegios Notariales". La disciplina se limita a los aspectos éticos de la profesión y la superintendencia dice relación a un control más genérico y amplio del desempeño de la función notarial. En resumen, la ley española de 1862 significa para el notariado su regeneración como funcionario público y para España, el ejemplo de organización y sistematización notarial para otros pueblos.

6) ESPAÑA Y SU ETAPA DE DISGREGACION NOTARIAL

Las monarquías medievales en su constante lucha por - obtener su predominio económico sobre los señores feudales y en su afán de consolidar el poder absoluto, necesitaron - obviamente de grandes recursos económicos. Para proveerse - de ellos no repararon en la forma, siempre y cuando se ob-

tuvieran fondos. Motivados por ese afán de obtener dinero - fue que se produjeron, en punto a notariado, dos fenómenos que degeneraron totalmente la Institución notarial que vivió su período de crisis histórica. Tales fenómenos fueron la diversificación de oficios notariales por una parte, y la enajenación de los mismos por otra. En cuanto al primer fenómeno observamos que desde el Fuero Juzgo hasta el código de las Siete Partidas, los Escribanos solo se clasificaron en Escribanos del Rey y en Escribanos del pueblo o del número. Posteriormente aparecen los llamados Notarios del Reino que tenían el privilegio de autorizar documentos notariales en todo el reino; por eso la aspiración, aún de los Escribanos del número era llegar a ser Notario del Reino. Luego aparecen otros y después otros hasta que la clasificación de Escribanos se convirtió realmente en un caos. Fernández Casado (1) al hacer una enumeración de las variedades de Escribanos que existieron en España, señala, además de los tres antes mencionados a los siguientes: Los Proto-notarios, los Notarios Apostólicos, de Comisión del Nuncio Extravagantes y Ordinarios, Eclesiásticos con Fiat para notarios del Reino; entre los Escribanos estaban: Los Escribanos de Embajadores en lo Civil, de Señoría, Corregimiento,

(1) Fernández Casado, Miguel. Tratado de Notaría, Madrid. 1895. Pag.248.

Merindad, Convento, Cancillería, Audiencia, Consejos y de Casas, provincia, Juzgado, de Casas, Sitios y Bosques Reales, Caballerizas Reales, Ejército, Armada, Guerra, Marina, Mesta, Minas, Millones Sacas, Contrabando, Rentas, Inquisición y del Real Bureo.

Con la anterior enumeración basta para colegir la confusión que entre el oficio de la escribanía reinaba en la España de aquel entonces. Paralelo al tal fenómeno se produjo el otro, el de la enajenación de facultades de realizar, autenticar, homologar o autorizar actos convalidados por la fuerza de la fe estatal, institución que se conoció con el nombre de "enajenación de oficios". Esta venta de oficios significaba hacer entrega al mejor postor, que en modo alguno era la persona idónea para el cargo, de la facultado de autorizar actos. En muchos casos los oficios de Escribano eran comprados para revenderlos y especular comercialmente con el oficio de la escribanía. Con el transcurso de los años se afianza la obligación conocida por "fiat" que era el pago indispensable para conseguir la posesión del oficio y con ello la iniciación del ejercicio de la función notarial; además de este pago inicial, se hizo también común la obligación de efectuar un pago periódico conocido por "media annata" que el Escribano tenía que efectuar y que se establecía proporcionalmente a los habitantes de su demarcación te-

rritorial. De esta manera, la monarquía dejó a un lado la severidad correctora de la función notarial propiciando y fomentando el envilecimiento de la institución a cambio del dinero que le era menester. El mismo Fernández Casado (1) hace un análisis de esta dolorosa etapa del notariado en España expresando "En tiempos de Juana La Loca, hacia 1513, concedió a la Villa de Guipuzcoa, la facultad de nombrar escribanos, siempre que pagaran determinada suma de maravedíes. El rey Felipe II en 1573 enajenó a la ciudad de Sevilla todos los escribanos de su tierra, el precio fue de 83000 ducados. Una real cédula de 13 de junio de 1614 determinó que los receptores fiscales del Consejo pagaran 240.000 ducados de plata para obtener sus oficios y los mismos en 1642 volvieron a pagar 45,000 ducados para conseguir su confirmación y, más tarde en 1662 para ratificar aquella confirmación volvieron a pagar 10,000 ducados más. En Madrid, los Escribanos del Número de la ciudad compraron su privilegio por 43,000 ducados de plata. Felipe IV en los años que van de 1640 a 1646, vendió la increíble cantidad de 62,000 oficios"".

Estos dos fenómenos a que hemos hecho relación contribuyeron a que el ejercicio de la función notarial también -

(1) Fernández Casado, Miguel. Tratado de Notaría, Madrid 1895 citado por Pondé. Obs. cit. Pag. 245.

se degradara, pero quizá de entre todos los Escribanos que dejamos anotados los del Número o de las Villas y Ciudades hayan sido los que menos cometieron actos indecorosos y, - por el contrario, los Escribanos con funciones judiciales fueron quienes más desafueros cometieron tergiversando la aplicación del derecho. Sin embargo, los Escribanos en general cayeron en la redada de la mofa literaria, artística y poética.

Esto contribuyó a que cuando se bosquejó la ley de - 1862 se puso especial atención en adoptar el nombre de Notario para quienes ejercían la función extrajudicial, conservando la denominación de Escribano para aquel que actuaba en la justicia.

Todo lo antes bosquejado era el panorama que presentaba la institución notarial en la España medieval, ahora si ya podemos intentar pasar al trasplante del notariado - español a sus colonias.

TITULO SEGUNDO

DE LA FUNCION NOTARIAL DE LOS JUECES Y SUS FUENTES
HISTORICAS.

CAPITULO I

NOTARIADO DE LOS JUECES EN TIEMPOS DE LA COLONIA

1) América, su descubrimiento y el notariado.- 2) Esquema político administrativo colonial.- 3) La administración de las Indias desde España.- 4) El notariado colonial.

1) AMERICA, SU DESCUBRIMIENTO Y EL NOTARIADO

El 12 de Octubre de 1492 Cristóbal Colón piso tierra en la isla Guanahaní, por él llamada San Salvador y actualmente conocida por isla Watlin. La flota colombina traía - formando parte de su tripulación hombres de variados quehaceres, entre los que no faltó un Escribano, éste fue Don - Rodrigo de Escobedo, quien participó en la expedición por disposición del "Consulado del mar" que era en la España de aquellos tiempos la institución que regía el derecho mercantil marítimo. Don Rodrigo de Escobedo, como Escribano del - Consulado del mar, era el tripulante que se encargaba de - llevar el diario de abordo, quien registraba mercaderías y fletamentos, autorizaba la entrada y salida del buque de to

da persona y de toda mercadería. Su castigo, en caso de tergiversar la verdad, era proporcional a sus responsabilidades y consistía en la amputación de su mano derecha, marcarle la frente con fuego o la pérdida de sus bienes. Don Rodrigo de Escobedo se convierte así en el primer notario de América, pero su estancia en las tierras americanas -- fue efímera. Tres años después, o sea, en 1495 fue muerto por el nativo Caonabe en un lugar conocido en aquel entonces como Zona del Cibao perteneciente a la llamada Managua. Como podemos observar, con Don Rodrigo de Escobedo se inicia el trasplante de la institución notarial de España a América.

El descubrimiento de las nuevas tierras se produjo en las postrimerías del siglo XV y en los precisos tiempos en que se encontraba en su apogeo, en España, el régimen pernicioso de la venta de oficios, las dádivas, las prebendas y todo lo que hemos dejado bosquejado como virulencia en el régimen notarial de la edad media. América, obviamente, no pudo escapar a tal régimen notarial imperante en la madre patria y por lo tanto la notaría que pasó a América no podía ser en modo alguno diferente a la notaría española de aquel entonces. En América el notariado se desarrolló con caracteres agravantes, en virtud de que la distancia y el ambiente hacían más propicia la corrupción del ejercicio

de la función notarial.

La legislación española, que ya reseñamos, fue volcada íntegramente a América y con élla la organización notarial. Si recordamos el análisis cronológico que se hizo de las leyes históricas más importantes de España y su status notarial, en la época del descubrimiento hecho por Colón, se había dictado ya el llamado Ordenamiento de Alcalá de Henares, que, como ya se dijo, pretendió la sutil aplicación de las leyes de las Siete Partidas. Con el descubrimiento de América, el trasplante legislativo de España a América se produjo a través de una compilación denominada Recopilación de las Leyes de Indias. Pero para comprender con más claridad ese trasplante debemos referir previa y esquemáticamente la organización política que se desarrolló en América.

2) ESQUEMA POLITICO-ADMINISTRATIVO COLONIAL

En la etapa inicial de los descubrimientos fue confiado el gobierno a los jefes de expediciones descubridoras, quienes ostentaron el título de Adelantados. De ordinario, el propio Adelantado era al mismo tiempo Gobernador y en un carácter o en otro se les vió ejerciendo el gobierno político y administrativo con facultades de naturaleza militar y jurisdiccional. Esta etapa de los Adelantados fue desapareciendo al superarse la etapa histórica de los descubrimientos.

Surgieron luego las denominadas Audiencias que fueron organos corporativos de la administración de justicia, pero también ejercieron funciones de gobierno muy importantes, - estaban sujetas a la autoridad del Virrey, pero además, facultadas para compartir con ellos sus funciones de gobierno y aún fiscalizarles su actuación. Ya en el siglo XVII dependían del Virreinato de Nueva España las Audiencias de Santo Domingo, México, Guatemala y Guadalajara.

Los Virreinos se crearon con carácter netamente estatal. Los dos primeros Virreinos fueron el de Nueva España y el del Perú. Por medio de instrucciones trazaban pautas para el desempeño de sus actividades a gobernadores y otros funcionarios administrativos.

En el mapa político administrativo de las colonias españolas, también existieron los Capitanías Generales, Las Gobernaciones, Los Alcaldes Mayores y los Corregidores. Al frente de la Capitanía General, se encontraba un alto funcionario de carácter preponderantemente militar, el Capitan General, que además ejercía funciones de carácter civil. Al mando de las Gobernaciones estaban los Gobernadores, funcionarios del orden civil, pero que también ejercían facultades de tipo militar. Al frente de las ciudades importantes surgió otro funcionario representante del gobierno local, con el nombre de Alcalde Mayor, en algunas regiones y con el de

Corregidor en otras.

En el siglo XVIII se produjeron en España una serie de reformas al esquema organizativo relacionado con las Indias. Una Ordenanza del año de 1782 estableció las llamadas INTENDENCIAS, al frente de las que se encontraba un funcionario llamado INTENDENTE a quien se le asignaron las altas funciones gubernativas en los ramos de Hacienda, Justicia, Policía y Guerra. Esa misma ordenanza creó la Intendencia de Rio de la Plata, cinco años después se aplicó la misma ordenanza en Lima y poco después se hizo extensiva a Nueva España y en general al resto de América. Con la implantación de este nuevo régimen, los antiguos gobernadores fueron substituidos por los Intendentes-gobernadores, sometidos en parte a la autoridad del Virrey y en parte a la autoridad de la Intendencia General.

Para comprender el trasplante de la institución notarial de España a América, también es necesario reseñar aunque sea esquemáticamente los órganos de gobierno radicados en la metrópoli y relacionados con la administración de las Indias.

3) ADMINISTRACION DE LAS INDIAS DESDE ESPAÑA.

Después del descubrimiento de América, para la regula-

ción del comercio con las tierras descubiertas se creó el 25 de Mayo de 1493 la Aduana de Cádiz. Sin embargo, por razones geográficas, económicas y políticas se eligió la ciudad de Sevilla como sede del comercio ultramarino. El 20 de Febrero de 1503 se creó la llamada Casa de Contratación de Sevilla, esta institución fue el organismo rector del comercio con las Indias y además un organismo con atribuciones políticas en el orden fiscal y jurisdiccional. La Casa de Contratación de Sevilla estuvo directamente supeditada al poder real primero y después al Real y Supremo Consejo de Indias. En manos de este Real Consejo estuvo después todo el gobierno político y administrativo de los territorios de las Indias, la jurisdicción civil, criminal, la última instancia y el nombramiento de funcionarios, pero las reformas a la administración de las Indias que se produjeron en el siglo XVIII cercenaron las funciones del Real y Supremo Consejo de Indias, al crear Felipe V, el 20 de Enero de 1717 la llamada Secretaría del Despacho Universal de Indias. De esta manera el monarca asumió directamente el gobierno de aquellos territorios, por intermedio del Secretario de Estado. De hecho, el Real y Supremo Consejo de Indias quedó reducido a un organismo de consulta, sin otra misión que la de facilitar al monarca las informaciones que éste pidiese.

4) NOTARIADO COLONIAL

El bosquejo precedente, nos facilita la comprensión del trasplante de la institución notarial de España a América. Decíamos que la legislación española y con ella la institución notarial fue volcada íntegramente de España a América; también decíamos que la llamada Recopilación de las Leyes de Indias fue la ley que regulaba todo lo relativo a la administración de las Indias. La designación del notario en la legislación española, en tiempos del descubrimiento de las Indias, era el Rey. La ley pasó a América, pero aquí en su concreción material, la facultad se le concedió a los Virreyes y además, a los Gobernadores y aún Alcaldes y justicias, obviamente, con la misma corruptela del régimen español y, como dijimos antes, agravado por la distancia y el ambiente colonial.

La recopilación de las leyes de las Indias regulaba el orden de aplicación de las leyes españolas en las Indias y, al respecto, ordenaba que todas las provisiones, instrucciones y cartas que se han despachado, se juntasen y redujesen al Cuerpo y que sean guardadas, cumplidas y ejecutadas conforme a la Recopilación de las Leyes de Indias o conforme a la ley 11 de dicha recopilación que, a su vez, ordenaba que en todos aquellos casos en que no estuviere declarado lo

que se debe proveer por las leyes de la recopilación de las Leyes de Indias o por Cédulas, provisiones u ordenanzas dadas para las Indias, debía guardarse las leyes de Castilla, conforme a las Leyes del Toro. Y éstas, a su vez, prefijaban que lo que se pudiese determinar por los ordenamientos o pragmáticas se siguieran y guardaran conforme al propio contenido de éllas, en lo que por esos Ordenamientos y Pragmáticas no se pudiese determinar, debían guardarse las leyes de los Fueros Municipales de cada ciudad, Villa o lugar, siempre que no fueren contrarios a los ordenamientos o pragmáticas y en cuanto a lo que en éstos no pudiese determinarse, debía recurrirse a las leyes de las Siete Partidas. De esta manera quedaron incorporados los oficios notariales y el régimen de la institución notarial en América.

La razón de que hayan sido las leyes de Castilla las que se aplicaran en subsidio de las contenidas en la Recopilación de las Leyes de Indias y de las Cédulas, Provisiones u Ordenanzas especiales, obedece al hecho de que "al tiempo de producirse los descubrimientos colombinos existía en España, desde el punto de vista político, una unidad dinástica, pero no una unidad nacional" (1). Isabel de Castilla --

(1) J.M. Ots. Capdequi. "El Estado Español en las Indias". Fondo de Cultura Económica. México. 2a. Edición. 1946. Pag. 11

contrajo nupcias con Fernando de Aragón, pero sus reinos se guían manteniendo cada uno su propia personalidad política y administrativa, esta circunstancia unida al hecho de que fue Isabel quien patrocinó los proyectos de Cristóbal Colón explican el porqué los territorios descubiertos quedaron incorporados a la Corona de Castilla y el porqué de nuestro derecho e idioma castellano.

El orden de aplicación de las leyes que expusimos, se mantuvo todo lo largo del régimen colonial e incluso después de la independencia, con la única variante de que las nuevas leyes dictadas en las colonias se iban incorporando a ese derecho, pero ocupando el primer lugar, es decir, el orden prioritario de aplicación. El conjunto de estas normas dictadas en las colonias constituyó el llamado Derecho Indiano que se caracterizó por su acentuado casuismo, su tendencia imitadora a los moldes peninsulares y su contenido profundamente religioso y espiritual.

En punto a notariado, según Rufino Larrauk (1) los principales oficios notariales del derecho indiano fueron:

A) CON FUNCIONES EN LA METROPOLI: Escribanía Mayor de Arma-

(1) Rufino Larraud. Esquema del Notariado Uruguayo. Historia. Estado actual y aspiraciones. Revista Internacional del Notariado Latino No.54. Pag. 270. Citado por - Pondé. Obs. cit. Pag. 342.

da, de Cámara del Real Consejo de Indias, de Cámara de la Casa de Contratación de Sevilla. B) CON FUNCIONES EN LAS INDIAS: Escribanías de Naos, de Visitas, Residencia, Raciones, Gobernaciones de Cámara de la Audiencia, de bienes de difuntos, de la Real Hacienda, Minas y Registros, Casas de la moneda, Pesquerías de Perlas, Juntas de Temporalidades, Registros de Puertos, Cabildos o Capitulaciones y Públicos Numerarios o del Número de la Ciudad. Además existieron las notarías eclesiásticas y del Santo Oficio.

Resumiendo podemos concluir que el derecho notarial colonial e indiano respondió al mismo régimen notarial español de aquella época y que el derecho de Castilla sólo tuvo en estos territorios un carácter supletario. A partir de la independencia de España, las Provincias Unidas de Centroamérica y después cada uno de los Estados Centroamericanos fueron creando su propio derecho.

TITULO SEGUNDO

DE LA FUNCION NOTARIAL DE LOS JUECES Y SUS FUENTES HISTORICAS

CAPITULO II

NOTARIADO DE LOS JUECES DESPUES DE LA INDEPENDENCIA.

1) El notariado a partir de la independencia.- 2) Desarrollo de la legislación notarial a partir de la independencia.- 3) Los Jueces en el marco histórico colonial.

1) EL NOTARIADO A PARTIR DE LA INDEPENDENCIA

Una de las características más marcadas y dañinas del régimen colonial fue el divorcio del derecho con el hecho. Capdequí, refiriéndose a la vida colonial expresa ""una - fue la doctrina declarada en la ley y otra la realidad de - la vida social""(1). Cuando surgen los Estados a su vida - independiente, se esfuerzan por borrar este divorcio que - fue una de las características que contribuyeron a agravar - más el injusto trato al nativo. El esfuerzo hecho por los nuevos Estados en este sentido se hace evidente al irse notando una tendencia por lograr un reajuste del derecho con la realidad de la vida social. Obviamente el derecho notarial no -

(1) Capdequí Ots. J.M. El Estado Español en las Indias. Fondo de Cultura Económica, México. 1946. Pags. 17-18.

escapó a esta corriente y poco a poco se comienza a regular para adaptarlo al nuevo régimen de derecho.

Otra característica importante en la ordenación institucional de los nuevos Estados fue el apego de sus instituciones jurídicas a los modelos españoles, obviamente con alguna adaptación a las realidades económicas, políticas y sociales, pero lo importante es que la base de toda reforma - producida fue siempre el modelo español. Cada reforma producida en España se producía también en sus antiguas colonias convertidas en nuevos Estados, aunque con un retraso de -- años debido a la distancia, a las dificultades de intercambio de correspondencia y sobre todo debido a que los procesos de desarrollo de los países no desarrollados tienen como característica un letargo y atraso en general que está - en íntima relación con su mismo subdesarrollo, pues éste lo es en los aspectos económicos, político, social y jurídico. Sin embargo, si bien es cierto que los trasplantes de las - instituciones jurídicas que se producían de la madre patria a los nuevos Estados eran imitaciones, también es cierto - que algunas instituciones sufrieron en el proceso de tras-- plante significativos cambios al ser adaptadas a las espe-- ciales condiciones sociales de los nuevos Estados. Tal ocurrió con la institución notarial que siguió mucho al patron español, pero también se apartó en lo atinente a la organi-

zación de la competencia de la función notarial, que, como lo veremos en el Título III, ha seguido el criterio personalista al contrario de España que sigue el criterio territorialista para determinar la competencia en el ejercicio de la función de los notarios.

A partir de la independencia, el notariado de los nuevos Estados va siendo impulsado por el desarrollo económico cuyo sistema va determinado y configurando definitivamente el sistema notarial de los nuevos Estados. En efecto, El Salvador como el resto de las naciones centroamericanas, ha tenido un desarrollo económico siguiendo paso a paso los lineamientos impuestos por el capitalismo imperialista que ha condicionado no solo las instituciones económicas, políticas, sociales y jurídicas, sino hasta el pensamiento de todo un pueblo al que se le ha forzado a vivir bajo un sistema económico injusto que ha determinado a la vez una injusticia social. Este sistema económico que marca la infraestructura de todo el sistema, ha creado para su beneficio y desarrollo un notariado que contribuye a impulsar más ese desarrollo económico del que se aprovechan unos pocos a costa de la gran mayoría.

Concluyendo podemos decir que a los lineamientos definidos y determinados por el modelo de desarrollo económico que se implantó en los nuevos Estados a partir de su vida independiente, obedece el desarrollo del derecho notarial no solo en la república de El Salvador, sino en el resto de las repúblicas centroamericanas.

2)- DESARROLLO DE LA LEGISLACION NOTARIAL A PARTIR DE LA INDEPENDENCIA.

Para completar la relación de la evolución histórica del notariado, hemos de referir necesariamente el proceso legislativo, en punto a notariado, a partir de la independencia española hasta nuestros días. Para conocer más ampliamente y concretamente la evolución del derecho notarial en tal período transcribiremos los decretos relacionados con la institución notarial, los que por sí solos nos dicen mucho al respecto.

Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de 9 de Agosto de 1823 ""La Asamblea Nacional Constituyente de las Provincias Unidas del Centro de América, CONSIDERANDO: Que la aptitud y virtudes sociales son las únicas cualidades que deben buscarse para el desempeño de los oficios y destinos públicos, deseando alejar del gobierno aún las apariencias de venalidad; ha tenido a bien decretar y decreta: Art. 1º. Al despachar el Supremo Poder Ejecutivo títulos de Escribanos, no exigirá servicio alguno pecuniario. Art. 2º. En estos títulos se expresará quedar sujetos los interesados a las reformas que haga la ley orgánica de Tribunales"".

El Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de 20 de Enero de 1825 ""Art. 1º. El nombramiento de Escriba-

nos Nacionales, y el de los Escribanos públicos, cuyo oficio corresponda a Tribunales, Juzgados, Oficinas y demás establecimientos que tengan el carácter de generales, se hará por el Gobierno de la República. Art. 2º. El nombramiento de Escribanos públicos de los Tribunales, Juzgados y demás establecimientos propios de los Estados corresponde a sus gobiernos particulares. Art. 3º. Así el Gobierno Federal como los de los Estados, para la clasificación de las personas que hayan de ejercer tan delicado oficio, se arreglarán a lo dispuesto por las leyes. Los exámenes de los Escribanos cuyo nombramiento sea del Gobierno Federal se verificarán por la Corte Suprema de Justicia y mientras no estuviere instalada, por la Corte Suprema del Estado a que pertenezca el pretendiente, o por aquella a la cual lo someta el Gobierno Supremo. Los exámenes de los Escribanos Públicos de los Estados se verificarán por las Cortes Supremas de Justicia respectivas. Art. 4º. Tanto el Gobierno Federal como los de los Estados se comunicarán recíprocamente la noticia de los nombramientos de Escribanos, de su firma y del signo que les dieron en sus Títulos, y las noticias de esta clase que el Gobierno Supremo reciba del de algún Estado, las comunicará a los otros para que en todos haya el debido conocimiento y esté así mejor asegurada la fé pública. Art. 5º. Sólo los Escribanos nacionales podrán comprobar los instrumentos pú-

blicos que hayan de salir del territorio de la Nación"".

El Decreto Legislativo del 15 de Abril de 1835, dice:
""Art. 1º. Todo Escribano público, al trasladarse a otro -
Estado, deberá entregar los protocolos, y cualquiera otra
actuación que ante él haya pasado, en el archivo de la Corte
Suprema de Justicia sin que por eso pierda la propie--
dad de ellos siempre que quiera regresar a ejercer su ofi-
cio en el Estado. Lo propio se practicará con aquellos que
lo pierdan o se retiren de él. Art. 2º. Toda autoridad es
obligada, bajo su más estrecha responsabilidad: a exigir -
los protocolos y demás actuaciones de aquellos Escribanos
que pretendan trasladarse a otro Estado perpetuamente o -
por un tiempo que pase de un año, dando el correspondiente
recibo de ellos y remitiéndolos inmediatamente a la Corte
Suprema y su Escribano de Cámara será obligado a comuni--
car los testimonios y certificaciones que legalmente le pi-
dan. Art. 3º. Solo se comprende en esta disposición aque--
llos registros y calculaciones respectivas al Estado y al
presentarse reclamándolos el Escribano propietario con de-
signio de continuar ejerciendo su oficio en éste, se le de-
volverán. Art. 4º. Al fallecimiento de un Escribano Públi--
co, el Juez más inmediato exigirá de sus albaceas o herederos
todos los protocolos que tuviere, practicará de ellos el res-
pectivo inventario y los trasladará sin pérdida de tiempo a

la Secretaría de Cámara"".

El decreto Legislativo de 7 de Marzo del año de 1837, dice: ""Art. 1º. Quedan abolidos los Escribanos en el Estado y los Alcaldes, Jueces de Primera Instancia y Tribunales actuarán con testigos. Art. 2º. Es peculiar de los Jueces de la Instancia la cartulación y los Alcaldes, por ningún pretexto, se abrogarán esta facultad. Art. 3º. Los poderes que ante los Jueces de Primera Instancia se otorguen, para que o bren fuera del Estado o de la República, ocurrirán con ellos los otorgantes al Ministerio General para que el Ministro -- los autorice con el sello del Gobierno y certifique que la autoridad ante quien se otorgó es legal y competente teniéndose esto por bastante comprobación. Art. 4º. La Corte Suprema de Justicia recogerá los protocolos de los actuales Escribanos, en cuyo archivo deben existir; y su Secretario se hará cargo de la Notaría de Hipotecas. Art. 5º. Cuando se necesitase de alguna certificación o testimonio de cualquiera de las Escrituras, Poderes y otras diligencias que contienen los protocolos, la dará el mismo Secretario, previo mandamiento de la Cámara de Segunda Instancia, ante quien deberá pedirse"".

El Decreto Legislativo de 4 de Febrero de 1841, dice: ""Art. 1º. Se restablece el oficio de Escribanos, en los -

términos que lo disponían las leyes anteriores. Art. 2º. -- Los individuos que antes lo profesaban podrán volver a su ejercicio, sin necesidad de nuevo examen. Art. 3º. En adelante, a más de los requisitos establecidos por derecho, no podrá ser admitido a examen el que no pruebe plenamente su buena conducta pública y oyendo informe sobre lo mismo de las autoridades locales de su vecindad. Además la Corte Suprema de Justicia, de oficio, podrá mandar instruir justificaciones públicas o secretas con tal objeto. Lo propio se observará, para que los que antes profesaban este oficio vuelvan a ejercerlo, facultándose al Magistrado que practique anualmente la visita, para que la haga extensiva a los registros de los Escribanos, con quienes procederá como con respecto a los jueces de Primera Instancia, por las faltas o excesos en el ejercicio de sus funciones".

En el año de 1843, mediante Decreto de Las Cámaras Legislativas se comisionó al presbítero y doctor Isidro Menéndez para que redactara un proyecto de Código de Procedimientos Judiciales. Por decreto de las mismas Cámaras de 8 de Marzo de 1846 se ordenó la divulgación del proyecto elaborado por el padre Menéndez, a efecto de que se le hicieran las observaciones pertinentes y por Decreto de 26 de Febrero de 1857 las Cámaras facultaron al gobierno para hacer rever tal proyecto por parte de una comisión formada por tres abo

gados, uno de los cuales debía ser el autor del proyecto. - Revisado el proyecto, el gobierno estimó imprescindible la redacción de un formulario general para uniformar la práctica judicial, trabajo que encomendó al mismo padre Menéndez y que este elaboró en tres meses. Tales proyectos fueron - declarados leyes de la República por Decreto Ejecutivo de fecha 20 de Noviembre de 1857, publicado en la "Gaceta del Salvador" el día siguiente. Surge así el Primer Código sistemizado de procedimientos denominado "Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas" que se compone de tres - partes: La primera se refiere a los procedimientos civiles en todas las instancias y recursos extraordinarios. La segunda a las causas criminales en todas las instancias y la tercera se refiere a la cartulación y a las fórmulas. La - tercera parte es el Código de Fórmulas que en su Tercera - parte regula el notariado. Se les denomina Escribanos como aún en España. Esta tercera parte del Código de Fórmulas - estaba completamente separada e independiente del de Procedimientos. Ninguna Ley ha derogado expresamente el Código de Fórmulas, por lo que opinan que aún está vigente. La posición más aceptada es que el Código de Fórmulas fue derogado cuando se promulgó el Código de Procedimientos Civiles de - 1863 en el que incluyó un capítulo referente al notariado.

Después de la promulgación del primer Código Civil y

del Penal, se evidenciaron unas desarmonías entre éstos y el Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas, lo que movió al Ejecutivo para que elaboraran un proyecto de reformas a este último. Por Decreto de fecha 10 de Febrero de 1862 - las Cámaras Legislativas autorizaron al gobierno para nombrar una comisión de abogados que revisara el proyecto de Reformas elaborado y por decreto de 21 de Febrero de 1862 lo facultaron no sólo para revisar el proyecto, sino para aprobarlo reformando o desechando las modificaciones que se propusieran y para publicarlo como ley. Lo que comenzó como un proyecto de reformas terminó presentándose como un nuevo Código de - un sólo volumen pero en dos cuerpos legales. El Código de - Procedimientos Civiles y el Código de Instrucción Criminal. El 12 de Enero de 1863 el Poder Ejecutivo lo declaró ley de la República y lo dió por promulgado mediante Decreto del - 15 del mismo mes y año, publicado en la "Gaceta Oficial" - del mismo día 15. Así nació nuestro primer Código de Procedimientos Civiles en el que se incluyeron las normas relativas al notariado que contenía el Código de Procedimientos - Judiciales y de Fórmulas.

El siguiente Código de Procedimientos Civiles se promulgó en el año de 1881, actualmente en vigencia y contiene, como el de 1863 un título de disposiciones relativas al Notariado.

El 5 de Septiembre de 1930 se dictó una nueva reglamentación del notariado en El Salvador, por medio de la denominada "Ley de Notariado" la que disponía en uno de sus últimos artículos que ""La presente ley sustituye el Título III del Libro III del Código de Procedimientos Civiles, en el cual deberá ser incorporado al hacerse una nueva edición de él"". Esta disposición se cumplió hasta en el año de -- 1947 en que tuvo lugar una nueva edición de los Códigos.

Finalmente como producto de los esfuerzos dirigidos a darle al Derecho notarial su verdadera naturaleza administrativa, nació la actual ley de Notariado en vigencia promulgada en el año de 1962 que derogó el Título III parte segunda del Libro Tercero del Código de Procedimientos Civiles.

3) LOS JUECES EN EL MARCO HISTORICO NOTARIAL

Hasta antes de la independencia, el derecho notarial indiano venía conformándose a pasos lentos, sin perder el molde español. A partir de la independencia, su desarrollo se hace más acelerado, se comienza a dictar normas relativas al notariado por medio de los decretos que dejamos -- transcritos, de los cuales el del 9 de Agosto de 1823 pretendió despojar al notariado de los vicios heredados del -- régimen español, al estatuir que"" al despachar el Supremo

Poder Ejecutivo títulos de Escribanos, no exigirá servicio alguno pecuniario". El decreto de 20 de Enero de 1825 clasifica los Escribanos en federales y estatales. El Decreto del 6 de Marzo de 1837 obscurece la institución notarial al abolir los escribanos en el Estado, dejando el ejercicio pleno de la función notarial a los Alcaldes y Jueces de Primera Instancia, quienes actuarían con testigos. Más, la fuerza de la naturaleza propia de la función notarial disolvió el nublaron que obscureció el notariado en la historia de la legislación salvadoreña y antes de cuatro años, el 4 de Febrero de 1841 se restablece el oficio de escribanos. A partir de esta fecha, el notariado ha venido caminando por senderos mas ajustados a los principios científicos y ocupando el puesto que le corresponde.

El Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas de 1857 también contenía algunas regulaciones sobre los escribanos, por ejemplo el Art. 115 que señalaba que los Escribanos se reciben e incorporan de la manera prevenida en los Estatutos de la Universidad. El Art. 116 que pone fin a la clasificación entre escribanos federales y del estado, estableciendo que no habrá diferencia entre ellos y estatuyendo que todos lo serán del Estado. El Art. 118 se refiere a la función notarial judicial al estatuir". Además de los Escribanos podrán cartular también los Jueces de Primera Instancia. Los Jueces

de Paz podrán hacerlo en cantidad que no exceda de cien pesos, menos en la cabecera de distrito o partido judicial. - Pero los testamentos cerrados, de cualesquiera cantidad que sean, requieren indispensablemente para su validación* la - presencia y signo del Escribano"".

Sinceramente ignoramos cómo reguló lo relativo a los Escribanos el Código de Procedimientos Civiles de 1863 por no haber podido obtener tal documento, pero en el Código de Procedimientos Civiles promulgado el 31 de diciembre de 1881 se estatuyó al respecto en el Art. 1178. "La ley autoriza para cartular: 1º. A los Abogados. 2º. A los Escribanos Públicos. 3º. A los Jueces de Primera Instancia. 4º A los Jueces de Paz hasta en cantidad de doscientos pesos, - cuando en el lugar no haya otro cartulario.""

Esta misma regulación, en lo relativo a la función notarial concedida a los Jueces de Primera Instancia, podemos decir que pasa a la Ley de Notariado de 1930 y que fue incorporada al Título III del Libro Tercero del Código de procedimientos Civiles en la edición de la Constitución y Códigos de la República de El Salvador del año de 1947, que en su Art. 1209 estatuyó: "Solo podrán ejercer las funciones de Notario: 1º. Los Abogados que hubieren obtenido su título en El Salvador. 2º. Los Salvadoreños por nacimiento que hubieren obtenido el título de Abogado en otro país y -

hayan sido incorporados en El Salvador. 3º. Los Salvadoreños por naturalización y los centroamericanos que tuvieran título de abogado concedido en otro país previa incorporación en El Salvador y residencia en la República durante dos años consecutivos e inmediatos anteriores a la autorización para cartular, justificando su buena conducta pública y privada en ese tiempo; y, 4º. Los jueces de Primera Instancia en materia civil y los de Paz, en los casos permitidos por el Código Civil. Las personas mencionadas en los tres primeros números deberán además, haber sido autorizadas para el ejercicio de la función por la Corte Suprema de Justicia, en conformidad a esta ley. En los casos y formas que establecen las leyes respectivas podrán ejercer la función también, los Agentes Diplomáticos y Consulares, pero sólo en los países extranjeros en que estuvieren acreditados."""

Un detalle característico en toda la legislación notarial anterior a la Ley de Notariado de 1962 es que se conceda función notarial ilimitada a los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en el ramo civil y, a los Jueces de Paz limitada únicamente por razón de la cuantía.

La Ley de Notariado de 1962 viene a revolucionar el derecho notarial en este sentido al limitar la función notarial de los Jueces de Primera Instancia en el ramo civil -

unicamente a los casos de testamentos solemnes que ya dejamos expuesto y a excluir definitivamente de la función notarial a los Jueces de Paz. En efecto, el Art. 5º Inc. 2º de la actual Ley de Notariado expresa: "Los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo civil, podrán ejercer el notariado tratándose de testamentos, según se prescribe en esta ley"., y el Art. 40 de la misma ley establece: "Los testamentos solemnes se otorgarán de conformidad con las disposiciones del Código Civil, con las modificaciones siguientes: 1ª solo podrá otorgarse ante notario o en su defecto ante Juez de Primera Instancia y, en su caso, ante Agente Diplomático o Consular salvadoreño".

Al reparar en la evolución histórica de la legislación notarial respecto de testamentos, notamos que lo que antes fue una exclusividad para los notarios, hoy por hoy no es exclusividad de ellos, porque se puede testar ante Juez de Primera Instancia con jurisdicción en el ramo civil a falta de notario. En efecto, el Art. 118 del Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas que hemos transcrito en su parte final establecía: "Pero los testamentos cerrados, de cualquier cantidad que sean requieren indispensablemente para su validación la presencia y signo del Escribano.". Hoy, sin embargo, los testamentos, incluyendo obviamente los cerrados, pueden ser autorizados por un notario y subsidiaria

mente por un Juez de Primera Instancia con jurisdicción en lo Civil.

Este hecho nos demuestra que el giro que ha tenido la formalización de testamentos en lo que se refiere a los funcionarios que los pueden autorizar en El Salvador, ha sido retrógrado en aras de conceder facilidades a la libre testamentifacción. No hay duda que, en este aspecto, el Art. 118 del Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas de 1857 era más técnico que el actual, pues se encausaba por la integridad de la función notarial. Por tal razón soy de opinión que debe desaparecer completamente la función notarial concedida a los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo civil o, por lo menos, adoptar el sistema costarricense que, como lo veremos oportunamente, da facilidades a la libre testamentifacción sin soltar el nudo que lo ata a la función notarial ejercida por los Notarios que es por naturaleza donde corresponde.

TITULO SEGUNDO

DE LA FUNCION NOTARIAL DE LOS JUECES Y SUS FUENTES HISTORICAS

CAPITULO III

NOTARIADO DE LOS JUECES EN LA DOCTRINA Y EN LA LEGISLACION

1) Competencia judicial y extrajudicial.- 2) Jurisdicción voluntaria y función notarial.- 3) La jurisdicción y la fe pública. 4) Reintegración de la función notarial. 5) Actos notariales de los jueces en el derecho positivo salvadoreño. 6) Protocolo de los Jueces de Primera Instancia.- 7) La función notarial de los jueces en el derecho comparado centroamericano.

1) COMPETENCIA JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL

El análisis de la función notarial de los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo civil, es uno de los objetivos principales del presente ensayo. Lo iniciaremos tratando de dilucidar las diferencias existentes entre la competencia judicial y la extrajudicial, porque el resultado de este análisis es prerequisite para ingresar al estudio de la competencia notarial de los jueces.

En primer lugar debemos establecer qué debemos entender por competencia judicial y por competencia extrajudicial.

En este sentido nos encontramos con dos acepciones igualmente válidas, pero una deducida de la interpretación del derecho y otra de la doctrina. De acuerdo a la primera interpretación, la competencia judicial es el conjunto de atribuciones que la ley concede al conocimiento de los jueces; competencia extrajudicial es en esta acepción todas aquellas situaciones en que la aplicación del derecho está fuera del ámbito judicial. Esta es una acepción simplista y concreta a la vez del significado de los términos competencia judicial y extrajudicial.

De acuerdo a la acepción doctrinaria, ambas clases de competencia tienen líneas divisorias marcadas por sus propias y distintas naturalezas. La competencia judicial tiene por objeto establecer los derechos lesionados de las personas cuando en los conflictos surgidos hay oposición de intereses que no pueden ser solucionados por la sola voluntad de las partes. En cambio, la competencia extrajudicial tiene por finalidad garantizar la prevención de lesiones futuras mediante la protección de los derechos de las personas a través de la creación, formalización, autorización, ejercicio y liquidación de aquellas relaciones jurídicas en las que no existe oposición de partes. La competencia judicial se caracteriza por la existencia de relaciones inter-invidios, se identifica con la llamada jurisdicción contenciosa y

la competencia extrajudicial que se caracteriza por sus relaciones jurídicas de carácter inter-volentes se identifica con la llamada jurisdicción voluntaria.

LA JURISDICCION VOLUNTARIA Y LA FUNCION NOTARIAL

Desde el punto de vista procesal se considera como jurisdicción (1) "la actividad que ejercen los jueces en nombre del Estado, cuyo objetivo es dar realidad concreta a las amenazas de coacción formuladas en la norma haciendo efectiva la garantía de la ley mediante un acto de voluntad del Juez". También procesalmente es tradicional la clasificación de la jurisdicción en contenciosa y voluntaria. A la contenciosa corresponde aquella misión del Juez que tiene por esencia decidir el derecho controvertido o dudoso juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. A la voluntaria, en cambio, corresponden aquellas situaciones en las que también conoce el juez, pero que no existe discusión ni norma jurídica que interpretar, ni verdadero fallo, ni ejecución de éste.

Si el objetivo de la jurisdicción contenciosa es garantizar y restablecer los derechos perjudicados y el obje-

(1) González Palamino José. Instituciones de Derecho Notarial. T.I. Instituto Editorial REUS. Madrid. 1948. Pag. 69.

to de la jurisdicción voluntaria es el establecimiento de garantías contra lesiones futuras, se deduce, con claridad, el porqué solo los actos de jurisdicción contenciosa deben corresponder a las atribuciones judiciales y los actos de jurisdicción voluntaria deben estar excluidos de las atribuciones del Juez.

Ahora bien, la naturaleza de los actos encomendados al notario y los actos propios de la llamada jurisdicción voluntaria, tienen un carácter antilitigioso común, de aquí que la jurisdicción voluntaria y la función notarial sean términos equivalentes (1) como equivalentes también son los términos función judicial y jurisdicción contenciosa. De donde inferimos que la jurisdicción voluntaria debe estar excluida de las atribuciones judiciales e incluidas obviamente en la función notarial.

Es ya añeja la pretensión de sustraer del conocimiento de los jueces todos los actos considerados de jurisdicción voluntaria. A principios de siglo MANRESA (2) sostenía "no es de necesidad ni esencial el que ambas, la jurisdicción contenciosa y voluntaria, sean ejercidas por unos mis-

-
- (1) Así lo consideran Lavandera-Bellver Cano-Dona y otros. Citado por Giménez Arnau Enrique. Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 1976. Pag. 63.
- (2) MANRESA "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2a. Edición. Madrid. 1905. Tomo V. Pag. 261. Citado por Giménez Arnau. Obs. Cit. Pag. 80.

mos funcionarios"" . Sin embargo, aún comprendiendo que la - jurisdicción voluntaria debe ser exclusiva de la función no notarial, aún existe una mínima oposición, pero domina mayoritariamente la tesis a favor. En este sentido opinan Mengual Vázquez Campo, Morales Díaz, Velasco, Navarro Azpeitia, García Martínez, Osorio Gallardo, Albornoz, Castan y Arnau (1), apoyándose todos en los siguientes argumentos: A) La jurisdicción voluntaria declara hechos y situaciones jurídicas, pero no declara hechos de manera directa. B) Las resoluciones de los actos de jurisdicción voluntaria no tienen la - santidad de la cosa juzgada. C) No habiendo declaración de hechos controvertidos ni posibilidad de que haya oposición en esta clase de expedientes, no tiene porqué intervenir - el Juez. D) Tratándose, en consecuencia, de actos extrajudiciales por su esencia y naturaleza, la intervención de - los mismos debe corresponder a los notarios.

Efectivamente ambas jurisdicciones voluntaria y notarial pertenecen al plano de la normal y voluntaria realización del derecho y ambas igualmente integran la esfera de - administración pública del derecho privado.

En este aspecto, es oportuno hacer una pequeña disgre

(1) Citados por Giménez Arnau Enrique, Obs. cit. Pag. 83.

gación, para hacer referencia a la cita de Arnau (1) en el sentido de que el tratadista González Palomino discrepa de la tesis de la identificación de la jurisdicción voluntaria con la función notarial. Realmente González Palomino no discrepa de tal tesis, lo que ocurre es que en la exposición de su obra "Instituciones de Derecho Privado" hace un análisis del derecho positivo exponiendo los criterios científicos sobre el significado de la jurisdicción voluntaria en el ámbito de la función judicial y la notarial, pero no dice expresamente que personalmente discrepe de tal tesis; es más se une a los que la apoyan cuando dice expresamente " en la discusión uno mi voz y mi voto a los que defienden la plenitud de la función notarial, en esencia, presencia y potencia. Pero en la discusión no entra la realidad del derecho positivo actualmente vigente y aquí tratamos de derecho y no de política" (2).

La identificación de la función notarial con la jurisdicción voluntaria ha planteado, sin embargo, algunas dificultades. Se afirma, con razón, de que la expresión jurisdicción voluntaria encierra en sí una inexistencia jurídica,

(1) Giménez Arnau Enrique. Obs. cit. Pag. 83.

(2) González Palomino José. Instituciones de Derecho Notarial. T. I. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1948. Pag. 142.

pués ni es jurisdicción ni es voluntaria. (1). El mismo -- González Palomino expresa al respecto: ""De entre las diver^{sas} doctrinas sobre la llamada jurisdicción voluntaria lo único que aparece indiscutida es que no se trata de ninguna función jurisdiccional. Que la jurisdicción voluntaria no es jurisdicción, casi todo lo demás es dudoso y discutido"". (2). Para salvar este escollo Navarro Azpeitia (3) - propone la substitución de la expresión jurisdicción volun^{taria} por la expresión "potestad Iusadicional" que, según el mismo autor, "consiste en la actividad sancionadora que imprime legalidad, fehacencia y autenticidad, es autorizante e impone fé pública". Esta denominación propuesta ciertamente salva el escollo planteado por la crítica, pero - nos plantea otro: Cómo llamarle entonces a la jurisdicción contenciosa? Para adaptarse a terminología propuesta por Azpeitia debemos encontrar también la terminología apropiada a su contrario, de no ser así, la llamada potestad iusadicional sería la misma mica con diferente vestido. No es -

(1) Nota. En este sentido se pronuncian José Federico Marquez, Brasileño y Calamandrei. Citado por Benjamín Ramírez Pérez en su tesis Limitaciones al Ejercicio de la Función Notaria. Pag. 123.

(2) González Palomino José Obs. cit. Pag. 77.

(3) Navarro Azpeitia, Citado por Giménez Arnau Enrique. Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra. S.A. Pamplona. 1976. Pag. 64.

nuestro propósito actual adentrarnos en esta problemática, por lo que nos limitamos a dejar la interrogante planteada y para los fines de este ensayo continuaremos con la terminología tradicional de jurisdicción voluntaria.

Parece ser que el menos desacertado en criterios de diferenciación voluntaria y contenciosa, es el que sustenta Calamandrei cuando dice "La jurisdicción voluntaria no es jurisdicción, sino administración pública del derecho privado ejercido por órganos jurisdiccionales, no con la finalidad de la observancia del derecho, sino de su mejor satisfacción; forma parte de la actividad social no de la jurídica, se puede configurar como un caso de control previo de la legalidad con la diferencia de que sus efectos no son de valor pleno por no ser como en la jurisdicción propia, consecuencia y complemento de una comprobación jurisdiccional previa".

De conformidad al análisis planteado pareciera ser que todos los actos propios de jurisdicción voluntaria debieran regresar a la función notarial, sin embargo, no compartimos tal absolutismo. Del total de relaciones esencialmente de jurisdicción voluntaria, existe una parte que por política legislativa y no por otra cosa, no deben ser competencia del notario, tales serían las relacionadas con los intereses de los menores e incapaces, que deben estar direc

tamente tutelados por el Estado y que, por cierto, de acuerdo a las nuevas tendencias doctrinarias, no necesariamente bajo la protección del poder judicial, sino por una adecuada organización tutelar en la que se permita confiar plenamente.

En este sentido podemos finalmente concluir que toda la actividad esencialmente de jurisdicción voluntaria debe pasar a la función notarial, excepto aquellas situaciones en las que esté de pormedio intereses de los menores e incapaces.

Si hemos de hacer una enumeración de los principales aspectos de jurisdicción voluntaria que deben pasar a engrasar las filas de la función notarial, señalaremos las siguientes: diligencias de aceptación de herencia, de apertura de testamento cerrado, segundas nupcias, declaración de ausencia, rectificación de partida de nacimiento, deslinde voluntario y nombramiento de tutor o curador, salvo cuando se trate de menores e incapaces.

Todos estos procedimientos deben ser regulados en el derecho positivo mediante una legislación amplia, clara y prudente de cada procedimiento, a fin de garantizar la eficacia y confiabilidad de sus resultados. Las limitaciones de este ensayo no nos permiten proponer una regulación específica de cada procedimiento con la seriedad que ello re

quiere, intentarlo sería hoy por hoy, un mal parto.

3) LA JURISDICCION Y LA FE PUBLICA

Otro aspecto interesante es la relación existente entre la fé pública con la jurisdicción. Doctrinariamente la jurisdicción contenciosa o judicial debe estar avalada obviamente por la fé pública y, por su parte, la jurisdicción voluntaria, extrajudicial o notarial, debe estar avalada por la fé pública extrajudicial; sin embargo, en el esquema que se observa en el derecho positivo, las cosas no suceden así. Los jueces en su total de atribuciones conocen tanto de aspectos de jurisdicción contenciosa como de jurisdicción voluntaria y tan solo con la fé pública judicial de que están investidos avalan ambas clases de jurisdicciones, fenómeno que produce una arritmia entre el derecho positivo y su sustentación doctrinaria en el sentido de que los jueces están avalando con fé pública judicial aspectos que, por su naturaleza, solo pueden ser avalados por la fé pública extrajudicial o notarial.

En este aspecto, todos los esfuerzos encaminados a extraer del poder judicial aquellos aspectos de naturaleza extrajudicial, conllevan el acercamiento a la pureza del derecho notarial y por lo tanto a la armonización del derecho positivo y la dogmática jurídica.

4) REINTEGRACION DE LA FUNCION NOTARIAL

Finalmente, para comprender con más claridad el significado de la identificación de la función notarial con la jurisdicción voluntaria y su relación con la función judicial, hemos de regresar a los senderos históricos recorridos por la institución notarial. Desde sus orígenes los organismos judiciales gozan de las características de autoridad y respetabilidad. Es natural y explicable por lo tanto que antiguamente los Jueces y Magistrados resolvieran tanto los problemas surgidos entre las personas cuando había litigio, como aquellos problemas en los cuales no existía oposición directa o litigio, pero que se amparaban a la autoridad y respetabilidad del Juez o Magistrado por una parte y por otra investían tales resoluciones con la fé pública necesaria para su validez y eficacia. Fue el cúmulo de situaciones y la diferencia de naturaleza existente entre ambas clases de resoluciones las que propiciaron el surgimiento en el derecho germano de los denominados Colaboradores del Juez ó Juez-Notario que, en la legislación de los francos, se concibieron como Iudicci Chartularii y quienes tomaron para sí todas las situaciones jurídicas en las que no existía oposición o litigio, vale decir, todos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria. De esta suerte, cuando el Juez-Notario terminó por convertirse en el personaje investido de fé pública necesaria para imprimirle certeza a sus actos,

también se convirtió en el personaje que conocía exclusivamente de los asuntos de jurisdicción voluntaria. De estos hechos observamos también con claridad cómo la fé pública notarial y por lo tanto la configuración plena del notario, tiene una descendencia ancestral en la función judicial.

Con el transcurso del tiempo y probablemente motivado por alguna degradación moral del notariado, como la que vivió España después de las Leyes de Las Siete Partidas en el año de 1265 hasta antes de la Ley Española de 1862, los actos de jurisdicción voluntaria fueron regresando paulatinamente a la órbita de la función judicial, precisamente, de donde habían salido. Ese regreso, sin embargo, no cambia la naturaleza extrajudicial o notarial de los actos de jurisdicción voluntaria.

En la actualidad, la llamada corriente integracionista del derecho notarial propugna por volver a despojar a los jueces de aquellas atribuciones en las que no existe contención de partes, para reintegrarlas a la función notarial que es, por su naturaleza y esencia el lugar que les corresponde.

El presente ensayo se adhiere obviamente a esa corriente integracionista del derecho notarial.

5) ACTOS NOTARIALES DE LOS JUECES

La función notarial concedida a los jueces de Primera Instancia en el ramo civil, ha quedado reducida a un solo caso: A los testamentos solemnes. En efecto, el Art. 5 Inc. 2º de la Ley de Notariado estatuye: "Los jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo civil, podrán ejercer el notariado tratándose de testamentos, según se prescribe en esta ley". Cuando esta disposición nos habla de testamentos, debemos entender que se refiere a los testamentos solemnes, porque los menos solemnes son los llamados privilegiados, o sean, el militar y marítimo que tiene su particular regulación en el Código Civil.

La función notarial de los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo civil se ha reducido aún más al darles o concedérseles tal función en subsidio del notario, es decir, que los jueces citados solo pueden ejercer tal función notarial en defecto de notario; en efecto, el Art. 40 Inc. 1º de la Ley de Notariado ordena: "Los testamentos solemnes se otorgarán de acuerdo con las disposiciones del Código Civil con las modificaciones siguientes: Nº 1º Solo podrá otorgarse ante Notario o en su defecto ante Juez de Primera Instancia y, en su caso, ante Agente Diplomático o Cónsul Salvadoreño".

Más aún, no todos los Jueces de Primera Instancia -

con jurisdicción en lo Civil pueden ejercer tal función notarial, sino solo los que determina el Art. 31 Inc. 1º L. de N. que dice "Los Jueces que deben conocer conforme a las disposiciones de esta Ley son los del ramo civil. Si en una misma localidad hubieren dos o más de esta clase, los que llevan el número primero; y si fueren mixtos, el único o el que lleva el número primero si hubiere más de uno".

En los testamentos privilegiados militar y marítimo que regulan los Arts. 1024 C. y siguientes, se conceden facultades a militares y particulares que algunos han considerado como notariales, lo que no es cierto. Los militares y particulares que en los testamentos privilegiados pueden concurrir, desempeñan simples labores de recepción de testamentos o declaraciones de voluntad que por las circunstancias especialísimas en que ocurren se hace necesario que se establezca alguna regulación para darle seguridad al acto de voluntad disponiendo de sus bienes. Nada más lógico que conceder tales facultades a los que desempeñan cargos de dirección como el Capitán de Nave, su Segundo, el Piloto en el caso de una nave mercante; el Comandante o su Segundo, en buque de guerra o el oficial de grado superior a capitán e inclusive el Capellán o el médico en caso de guerra. Pero debemos entender que la función concedida a tales personas no es notarial, porque no tienen la fé pública necesaria para que lo sea y no lo ordena ninguna disposición

en forma expresa.

El Art. 1038 C. dice ""Si el que puede otorgar testamento marítimo, prefiere hacerlo cerrado, se observarán las solemnidades prescritas en los Arts. 1017 y 1032 Inc. 3º, actuando como Ministro de Fé el Comandante de la nave o segundo"". Como podemos observar nos habla de ministros de fé, pero esta fé no es pública, sino privada a la que la ley da validez precisamente por las circunstancias especiales en que ocurre el acto. Debiendo concurrir testigos que también dan fé (revisar, además el tiempo de validez de tal declaración para confirmar tal posición).

6) PROTOCOLO DE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA EN EL RAMO CIVIL

Los protocolos de los Jueces deben llenar las formalidades relativas a formación, legalización, apertura, vigencia, cierre, índice y encuadernación. Es muy difícil que tenga lugar el legajo de anexos y la reposición del protocolo, por la limitación con que ejercen la función notarial.

FORMACION, LEGALIZACION, APERTURA Y VIGENCIA DE LOS PROTOCOLOS DE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA EN EL RAMO CIVIL.

Una de las características particulares del ejercicio de la Función Notarial que ejercen los Jueces de Primera Instancia, es que sus protocolos son Formados, Legalizados y Abiertos por el mismo Juez y no por otra persona o

autoridad. En efecto, el libro de protocolo lo forma el mismo Juez con hojas de papel común sin señalársele un mínimo ni un máximo de hojas. La legalización también la realiza el mismo Juez al estampar el sello del Juzgado en la parte superior de los frentes de cada hoja. Después de la formación y legalización el mismo juez procede a poner la razón de apertura en la primera hoja, razón que debe llevar los mismos datos señalados para los protocolos de los notarios. El libro en este estado se encuentra en plena vigencia que es de un año calendario, es decir, que comienza el primero de Enero y vence el treinta y uno de Diciembre de cada año.

Los protocolos serán remitidos dentro de los quince días siguientes al vencimiento, a la Sección de Notariado de la Corte Suprema de Justicia. Todo lo anterior, según lo estatuye el Art. 31. L. de N.

REVISION, CIERRE, REPOSICION, INDICE Y ANEXOS DE LOS PROTOCOLOS DE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA EN EL RAMO CIVIL.

En lo que a la facultad de inspección por parte de la Corte Suprema de Justicia y de revisión por el Jefe de la Sección de Notariado, como el exámen de particulares en los protocolos de los jueces, la ley de notariado guarda silencio, pero es obvio que están sujetos a las reglas, es decir, que si procede, con la salvedad de que el exámen del

protocolo por parte de los otorgantes es muy difícil que se de en la práctica si tomamos en cuenta que la competencia notarial esta limitada a los testamentos solemnes.

En lo que al cierre e índice se refiere los protocolos de los jueces están sujetos también a las formalidades de los protocolos de los notarios. El legajo de anexos y la reposición de los protocolos de los jueces es asimismo muy difícil que ocurra si tomamos en consideración la limitación de la competencia notarial señalada.

7) LA FUNCION NOTARIAL JUDICIAL EN EL DERECHO COMPARADO

CENTROAMERICANO

El derecho positivo de las cinco restantes repúblicas del istmo centroamericano también contienen una confusión entre la función judicial y la notarial. De todas, Panamá es la que más disgrega la función notarial por su sistema de competencia territorial restringida del notariado, atribuyendo funciones notariales inclusive a personeros del Consejo Municipal. En efecto, el Art. 1718 del Código Civil panameño estatuye: "En los lugares que no fueren cabecera de notaría ejercerá las funciones de notario el Secretario del Consejo Municipal, en la extensión de poderes de todas clases. substituciones de poderes, protestos y otros actos cuya demora sea perjudicial, que deban otorgar las personas que se encuentren en incapacidad física de trasladarse a la cabecera

ra del Distrito de Notaría y en el otorgamiento de escrituras sobre contratos cuyo valor principal no exceda de doscientas cincuenta balboas".

La legislación de Nicaragua, Honduras y Guatemala, son análogas, en este aspecto, a la de El Salvador, en el sentido de que conceden funciones notariales a los jueces en subsidio de los notarios, excepto la de Nicaragua que da competencia ordinaria a los jueces "en los actos y contratos en que haya habido necesidad de intervención judicial". El Art. 6º No. 2º de la Ley del Notariado de Nicaragua establece: "Tienen autorización para cartular: Nº 2º Los Jueces de Distrito de lo Civil y Locales del mismo ramo, pero solamente como jueces, en el protocolo del juzgado y en los actos y contratos en que haya habido necesidad de su intervención judicial para la verificación de los mismos".

El Art. 87 de la Ley del Notariado de Honduras, regula, al respecto: "Los Jueces de Letras y de Paz podrán ejercer el notariado unicamente en el término municipal donde residan, siempre que no haya notario hábil y en ejercicio de sus funciones residente o domiciliado en el lugar, debiendo dar fé de esta circunstancia en el instrumento".

El Art. 6º No. 1º del Código del Notariado de Guatemala, por su parte, regula: " Pueden también ejercer el notariado: Nº 1º Los Jueces de Primera Instancia en las Cabece-

ras de su jurisdicción en que no hubiere notario hábil, o que habiéndolo estuviere imposibilitado o se negare a prestar sus servicios. En tal caso, harán constar en la propia escritura el motivo de su actuación notarial".

De toda la legislación centroamericana en este aspecto, la que más se acerca a la pureza del derecho notarial es la costarricense, porque aún cuando concede funciones notariales al Juez de Primera Instancia Civil y en defecto de éste hasta a un Alcalde Civil de Cantón, también obliga a que las escrituras autorizadas por tales funcionarios sean protocolizadas por un notario dentro de los diez días siguientes a la fecha de su otorgamiento, con lo que se le está dando al notariado su propia naturaleza. En efecto, el Art. 2º de la Ley Orgánica del Notariado de Costa Rica, estatuye: "A falta de notario, ejercerá accidentalmente sus funciones en casos urgentes, el Juez de Primera Instancia Civil y, en su defecto, un Alcalde Civil de Cantón. Para que tal escritura surta sus efectos, deberá ser protocolizada por notario dentro de los diez días hábiles inmediatos a la fecha de su otorgamiento. El notario conservará agregado al legajo de referencias el documento original, el cual podrá ser extendido en papel común". (1)

(1) Salas Oscar A.- Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá. Editorial Costa Rica. 1973. Pag. 423 y Sig.

En conclusión, haremos nuestras las palabras de Giménez Arnau (1) quien dice: ""Es indudable que cada día van pesando más los argumentos en pro de la unificación de la función notarial y de la atribución al notariado de la jurisdicción voluntaria. Es indudable que se encamina hacia esa meta, pero CON LENTITUD Y CON VACILACIONES"".

(1) Giménez Arnau Enrique, Derecho Notarial, Edición Universidad de Navarra, S. A. Pamplona. 1976. Pag. 85.

TITULO TERCERO

DE LA FUNCION NOTARIAL DE CONSULES Y DIPLOMATICOS

CAPITULO I

MISIONES DIPLOMATICAS Y SEDES CONSULARES

1) Diplomacia moderna.- 2) Misiones Diplomáticas.- 3) Consulados.-

1) DIPLOMACIA MODERNA

La gradual formación de las relaciones capitalistas - se produjo en las postrimerías de la edad media, como ya lo dejamos referido. Los descubrimientos geográficos y las conquistas coloniales de los siglos XV y XVI imprimieron un - vigoroso impulso al proceso de desarrollo capitalista. Los vínculos mercantiles mundiales se ensancharon y se robustecieron las operaciones monetario-mercantiles. La creciente burguesía interesada en la conquista de nuevos mercados, en la adquisición de colonias y en asegurar el predominio de - la política comercial, ejercieron una influencia cada vez - más asentuada sobre la política exterior.

A fines del siglo XVI se esboza claramente el fortalecimiento del poderío comercial, surgiendo Inglaterra como potencia económica en el plano internacional. Justamente - el acelerado desarrollo de las relaciones capitalistas en Inglaterra conduce a mediados del siglo XVII al triunfo de

la revolución burguesa que se caracteriza por la dominación inglesa en los mares. La diplomacia moderna se va adaptando y poniendo al servicio de los intereses económicos del régimen capitalista. Lo fundamental de las relaciones diplomáticas en los siglos XVII y XVIII en toda Europa es la lucha por la hegemonía comercial y política.

La revolución francesa es otro hecho sumamente importante que asestó un golpe fuerte a la diplomacia de las monarquías absolutas del siglo XVIII que se apoyaban en la nobleza y en los grandes intereses dinásticos. En su lucha contra el feudalismo, la revolución francesa proclamó la igualdad, libertad y fraternidad de los pueblos, pero el triunfo de tal revolución significó la dominación burguesa que subordinó a sus propios intereses la dirección de la política exterior. En los años siguientes la historia de la diplomacia no es más que una adaptación a todas las circunstancias y vicisitudes de los sistemas políticos imperantes. De este hecho y de los que hemos dejado bosquejados podemos concluir que la diplomacia siempre ha servido de instrumento para alcanzar los fines políticos exteriores acordes con los intereses particulares de cada régimen político.

2) MISIONES DIPLOMATICAS

Dos acepciones igualmente valaderas se reconocen en

la expresión misión diplomática. Una como el conjunto de actos y gestiones que se realizan en el ejercicio de la representación; otra como el tiempo que transcurre entre la presentación de credenciales y el retiro del Jefe de élla. Los momentos a deslindarse en el ejercicio de una misión diplomática son la iniciación, su realización y su cesación. Se inicia la misión con el reconocimiento que hace el Jefe de Estado ante el cual se acredita el Agente, de la persona que ejerce la representación, así como de su jerarquía. La realización es el tiempo que transcurre entre su inicio y su cesación, período durante el cual la misión diplomática se vale para su gestión de técnicas tradicionales que se identifican con el arte de la reserva, del disimulo y del fingimiento. La cesación de la misión diplomática puede ocurrir por razones diversas, Fallecimiento del Agente, inhabilidad o retiro por el gobierno que lo acredita, expulsión por el gobierno ante el cual está acreditado, ruptura de relaciones diplomáticas, descontinuidad por alteración de la forma de gobierno, etc.

3) LOS CONSULADOS

Las clases y categorías de los funcionarios consulares son reguladas por el derecho interno de los respectivos Estados, Los Congresos de Viena de 1815 y de Aquisgrán de -

1818 que clasificaron a los Agentes Diplomáticos, no se ocuparon de los funcionarios consulares, dejando libre el criterio de cada Estado para su clasificación, siempre que sea compatible con la legislación del país en que ejerzan sus funciones. Sin embargo, los usos van uniformando la clasificación y estableciéndose varias jerarquías, así, de acuerdo a su organización pueden ser: Cónsules Generales, Cónsules, Cónsules Auxiliares, Vice-Cónsules, Agentes Consulares y Agentes Comerciales. Otros los clasifican en Cónsules Rentados y Honorarios. También se clasifican en Cónsules Missi, de Carrera o de Profesión y en Cónsules Electi, de Elección o Comerciantes Honorarios, reconociéndoseles mayores prerrogativas a los primeros que a los segundos. Esta última clasificación fue recogida ya por la Convención Panamericana de La Habana en el año de 1928, sin emplear los títulos de Missi o Electi, solo haciendo un distinguo entre los Cónsules que son nacionales del Estado que los ha nombrado y que no se dedican a negocios con fines de lucro y los demás funcionarios consulares.

Los Cónsules Missi, de Carrera o Profesionales son los funcionarios subditos del Estado que los delega y remunera y que no desempeñan otra función que las pertinentes a su cargo, siéndoles especialmente prohibido dedicarse al comercio. Los Cónsules Electi, de "elección", "comerciantes" o

"Ad-honoren" son comerciantes generalmente subditos del Estado en el que tienen su residencia y que desempeñan funciones de Cónsules del país que los nombra como tal, pero con carácter honorífico, sin ninguna remuneración presupuestaria.

Una de las diferencias también fundamentales entre los Cónsules y Diplomáticos es que para su designación de Jefes de Oficinas Consulares no se requiere consulta previa de "persona grata" que se acostumbra para los segundos. Efectuado el nombramiento se entregan al Cónsul las "letras patentes" o "patente consular" que es un diploma o documento en el que consta el nombre y apellidos del funcionario, su jerarquía y distinción; salvo para los Jefes de oficinas consulares para quienes se solicita el "Exequatur" término que proviene del latín "Exsequatur" y significa ejecútese o "cúmplase". Este hecho probablemente date de la época en que los Consules poseían atribuciones judiciales y solicitaban el Cúmplase de la autoridad local y por é ello, obviamente debe ser eliminado.

TITULO III

DE LA FUNCION NOTARIAL DE CONSULES Y DIPLOMATICOS

CAPITULO II

FUNCION NOTARIAL DE CONSULES Y DIPLOMATICOS EN LA DOCTRINA
Y EN LA LEGISLACION...

1) Competencia por razón del territorio.- 2) La extra-territorialidad y la función notarial de Cónsules y Diplomáticos. 3) Alternativas en el ejercicio de la función notarial en el extranjero. 4) Evolución de la legislación diplomática en la edad moderna.- 5) Limitación de la función notarial de Cónsules y Diplomáticos en el derecho positivo salvadoreño.- 6) Protocolo de Cónsules y Diplomáticos.- 7) Los actos notariales de Cónsules y Diplomáticos y sus requisitos de fondo y forma.

1) COMPETENCIA POR RAZON DEL TERRITORIO

La competencia notarial por razón del territorio ejercida por los notarios, está determinada por tres criterios fundamentales:

1º.- El criterio personalista consistente en atribuir a todos los notarios jurisdicción en todo el territorio nacional.

2º.- El criterio territorialista consistente en dividir el territorio nacional en varias partes, con

cediendo a uno o más notarios competencia territorial en cada una de esas partes.

3º.- El criterio mixto consistente en dividir el territorio nacional en varias partes, concediendo competencia notarial a uno o varios notarios en cada parte y, además, concediendo a otra determinada clase de notarios competencia en todo el territorio nacional.

De estos tres criterios, el último, o sea el mixto, ya desapareció y sólo ha quedado su recuerdo histórico en la legislación española antigua en donde existieron los - Escribanos de Número con demarcación fija y a la par los - llamados Escribanos del Reino que podían ejercer función - notarial en cualquier lugar del territorio del reino, en - defecto de Escribanos de Número o con el consentimiento de éste.- La Ley Española de 1862 borró este sistema mixto y adoptó sin vacilación alguna el segundo criterio que hemos señalado, es decir, el territorialista, dividiendo el territorio nacional en Distritos Notariales y adscribiendo a cada Distrito a uno o dos notarios.

De todos los países del istmo centroamericano, el único que ha adoptado el criterio territorialista en su legislación notarial es Panamá que ha dividido su territorio nacional en Circuitos de Notaría.

El criterio más aceptado de competencia territorial - por razón del territorio, es el primero que dejamos expuesto, es decir, el personalista que consiste en conceder competencia notarial a todos los notarios en todo el territorio nacional.

Ahora bien, este criterio personalista de competencia notarial por razón del territorio, puede ser limitado al territorio nacional o extensivo al territorio de otros países. - El criterio personalista limitado al territorio nacional. - concede competencia al notario única y exclusivamente dentro del territorio nacional y, el criterio personalista de competencia notarial extensivo al territorio de otros países es el que concede competencia al notario aún en el extranjero, es decir, fuera del territorio nacional.

La legislación salvadoreña desde sus inicios de la post-independencia adoptó el criterio personalista limitado al territorio nacional hasta el año de 1978 en que, por Decreto Legislativo Número 48 publicado en el D.O. No.181 de fecha 29 de septiembre de dicho año de 1978, se adoptó el criterio personalista extensivo a territorios de países extranjeros, al reformarse la actual Ley de Notariado substituyéndose el Art. 3º dicha ley por el siguiente: "La función notarial se podrá ejercer en toda la República y en cualquier día y hora. Asimismo, se podrá ejercer esa función

en cualquier día y hora, en países extranjeros, para autorizar actos, contratos o declaraciones que sólo deban surtir efectos en El Salvador"".-

Este criterio personalista de competencia notarial - extensivo a otros países no es ninguna novedad, muy por el - contrario, es un criterio muy antiguo discutido y aprobado - doctrinariamente y que, en el istmo centroamericano ha sido adoptado ya por la Ley de Notariado de Nicaragua, anexa al - Código de Procedimientos Civiles, promulgada, junto con este, por Decreto de fecha 7 de Noviembre de 1905, ley que en su - Art. 3º establece: ""La fé pública concedida a los notarios no se limita por la importancia del acto o contrato, ni por las personas ni por el lugar. Podrán cartular en toda clase de actos o contratos, fuera de su oficina y aún fuera de su domicilio en cualquier punto de la República. También podrán cartular en país extranjero, si el contrato debe producir - sus efectos en Nicaragua y es celebrado por nicaraguenses"".

En este punto hemos de comentar la reforma hecha a la Ley de Notariado de El Salvador concediendo a los notarios - competencia notarial aún fuera del territorio nacional. La - doctrina obviamente permite esta clase de competencia y la - fundamenta como tendremos oportunidad de analizar en el apar - tado siguiente, pero en El Salvador, no han sido la fuerza de los

fundamentos doctrinarios los que motivaron tal reforma, sino que fueron esencialmente razones de carácter económico y de fenomenología política las que decidieron tal reforma. - En efecto, una fuga de capital hacia otro país motivada por errores en la estructura política-económica y social de El Salvador y la necesidad que surgió de dirigir el capital salvadoreño desde el extranjero, obligó al legislador a reformar la Ley de Notariado concediendo al notario competencia notarial aún fuera del territorio nacional en los actos, contratos o declaraciones que solo deban surtir efectos en El Salvador.

Este fenómeno nos confirma la aseveración que formulamos al principio del presente ensayo, cuando señalamos - que el notariado como institución está al servicio del sistema económico de los pueblos y directamente al servicio de los intereses económicos que lo dirigen de acuerdo al vaiven de esos mismos intereses.

2) LA EXTRATERRITORIALIDAD Y LA FUNCION NOTARIAL DE CONSULES Y DIPLOMATICOS

Las personas vivimos inevitablemente en sociedad. Los Estados, como tales existen entre otros Estados. Una sociedad de Estados. En este orden de cosas la actividad humana trasciende los límites territoriales de un Estado y cae en

el campo de un derecho más integrado, de mayor jerarquía, - cual es el Derecho Internacional. La relación entre Estados o naciones y las personas que se movilizan entre ellos han creado, entre otros, dos organismos importantes: Las Legaciones Diplomáticas y las Oficinas Consulares. Las primeras tienen como objetivo principal las relaciones internacionales de carácter eminentemente político; las segundas, tienen como finalidad principal las relaciones internacionales de carácter comercial. Ambas instituciones son el objeto principal de este ensayo.

La necesidad de muchos nacionales residentes en otros países de contratar entre sí o de producir actos o declaraciones de voluntad que deban de surtir efectos en su propio país, ha movido a que se les concedan funciones notariales a los Consules de Carrera y a los Jefe de Misiones Diplomáticas Permanentes. Estas oficinas del Servicio Exterior están amparadas por la ficción legal de la extraterritorialidad en virtud de la cual la sede del Consulado y de la Misión Diplomática se equipara al territorio nacional de dicha sede. Esta ficción de la extraterritorialidad refuerza el fundamento de la función notarial concedida a los Cónsules de Carrera y a los Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes. Ante la imposibilidad de mandar notarios-cónsules, resultó mucho más práctico convertir Cónsules-Notarios, a

fin de no dejar desasistidos y sin protección jurídica a los nacionales residentes en el extranjero.

En el proceso evolutivo de los criterios relacionados con el ejercicio de la función notarial en el extranjero a través de los Cónsules y Diplomáticos, se consideró originariamente que este principio era exclusivo de las oficinas consulares y diplomáticas y no de ningún otro organismo. Hoy por hoy las cosas han variado substancialmente, se considera que no solo a las Oficinas del Servicio Exterior se les puede dar valor extraterritorial, sino también a otros funcionarios. Giménez Arnau es de opinión que se puede dar a la intervención de otros funcionarios en el extranjero - valor extraterritorial y propone en este aspecto, la organización Consular-Notarial. (1)

Para otros el principio de la extraterritorialidad se ha hecho extensivo al notario mismo y sería el fundamento de los países que aplican el criterio personalista extensivo de competencia territorial, como los casos de Nicaragua y El Salvador en la legislación centroamericana.

La aplicación del principio en la extraterritorialidad a los notarios estaría obviamente de acuerdo al sistema

(1) Giménez Arnau Enrique. Derecho Notarial. Edición Universidad de Navarra, S. A. Pamplona. 1976. Pag. 390.

notarial que practique el país que lo disponga. Los países que contienen en sus legislaciones el criterio territorialista de competencia notarial, como España y Panamá lo más que podrían hacer sería el establecimiento de una Notaría adscrita al Servicio Exterior, como la organización Consular notarial que propone Gimenez Arnau. Por su parte, los países que practican el criterio personalista de competencia notarial como El Salvador y el resto de Centroamérica, excepto Panamá, pueden perfectamente extender la competencia del notario a otros países sin limitación alguna.

Sobre la incidencia de la doctrina de la extraterritorialidad en el ejercicio de la función notarial en el extranjero aplicada a Los Notarios, nos atrevemos a decir que, en lo que respecta a los notarios, es sencillamente intrascendente. La extraterritorialidad tiene su razón de ser en el Derecho Político y específicamente en lo concerniente a las inmunidades diplomáticas, pero en el campo del derecho privado y específicamente en el del Derecho Notarial nada tiene que ver el principio de la extraterritorialidad. Con este principio o sin él, los instrumentos celebrados por un notario en el extranjero tienen valor legal suficiente, porque este valor no le proviene del principio de la extraterritorialidad, sino de las facultades fedantes de que está investido el notario y de la ley misma.

Si el principio de la extraterritorialidad es intras-

condente para que el notario ejerza su función notarial en país extranjero y para ser consecuentes debemos concluir - también conque es igualmente intrascendente dicho principio para los Cónsules y Diplomáticos en cuanto a la función notarial que a éstos se les concede.

3) ALTERNATIVAS EN EL EJERCICIO DE LA FUNCION NOTARIAL EN EL EXTRANJERO

La necesidad de proteger a los extranjeros es tan antigua como los pueblos mismos. Esa necesidad se fue acrecentando a medida que los pueblos se desarrollaban económicamente. La expansión comercial de los pueblos hacia otros mercados exigió de organismos que protegieran a los nacionales de otros Estados en sus intereses económicos, así fue como surgieron en los pueblos antiguos la Proxenia griega - y el Jus Hospitii en Roma, que no son sino los antecedentes remotos de las relaciones diplomáticas entre los pueblos.

En los tiempos antiguos hasta antes del Siglo XII de la era cristiana, las Legaciones Diplomáticas era los únicos organismos que servían de relación entre los Estados - tanto en sus intereses políticos como en los de índole comercial. Aún no existían organismos diferenciados y específicos que se encargaran exclusivamente de las relaciones comerciales entre los pueblos como lo son ahora los consulados. Las legaciones diplomáticas que tenían el carácter

de transitorias desempeñaban en aquellos tiempos funciones políticas y comerciales y en general, era el único organismo por medio del cual se resolvían todas las diferencias y relaciones entre los Estados de cualquier naturaleza que fueran.

Después del siglo XI, con el auge comercial desarrollado por Venecia, el comercio se extiende en considerables proporciones en las Costas del Levante y motiva el surgimiento de los famosos Consulados Venecianos que tenían como principal función proteger los intereses económicos de los comerciantes y además, desempeñaban variadas funciones de índole político y jurisdiccional, convirtiéndose los llamados Consulados en los organismos de moda que manejaban las relaciones internacionales en aquellos tiempos. Antes del establecimiento de los Consulados en El Levante, fueron las Legaciones Diplomáticas las que se encargaban de resolver toda clase de relaciones entre los Estados, principalmente las relaciones de carácter político y además los aspectos comerciales; a partir del aparecimiento de los Consulados venecianos en el Levante, éstos substituyeron temporalmente a las Legaciones Diplomáticas pues desempeñaban funciones comerciales principalmente, pero, además, desempeñaban funciones diplomáticas y hasta jurisdiccionales. Posteriormente, como ya analizamos anteriormente,

se despojó a los Consulados de las funciones políticas que pasaron a ser desempeñados por las legaciones Diplomáticas y las funciones judiciales pasaron a los organismos jurisdiccionales pertinentes, quedando los Consulados solo con las funciones comerciales.

Un resabio de este proceso evolutivo de los Consulados lo encontramos en los actuales Consulados que aún desempeñan funciones jurisdiccionales y hasta pueden desempeñar funciones diplomáticas. En efecto, el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de fecha 24 de abril de 1963, convertido en Ley de la República de El Salvador con fecha 31 de octubre de 1972, en su Art. 5 literal j) establece : "Las funciones consulares consistirán en: j) Comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor." El Art. 17 N° 1º del mismo Convenio, refiriéndose a las funciones diplomáticas que podrían desempeñar los Cónsules establece: " En un Estado en que el Estado que envía no tenga misión diplomática y en el que no este representado por la de un tercer Estado, se podrá autorizar a un funcionario consular, con el consentimiento del Estado receptor y sin que ello afecte a su status Consular, a -

que realice actos diplomáticos, la ejecución de esos actos por un funcionario consular no le concederá derecho a privilegios e inmunidades diplomáticas."".

Pero no nos apartemos del tema que nos ocupa, decíamos que cuando surgieron los Consulados venecianos, el comercio internacional era decididamente mayor que el comercio de los tiempos que le precedieron. El notariado por su parte en esos tiempos ya se había consolidado como institución cuyos representantes estaban ungidos de la fe pública. Poco a poco la expansión comercial hacia otros pueblos necesitó también del auxilio de la función notarial. En este proceso de evolución histórica de la función notarial con el desarrollo económico de los pueblos, no existía ningún otro organismo más adecuado que los Consulados para que se encargaran del desempeño de la función notarial en el extranjero. Ante la imposibilidad de enviar a notarios como Cónsules surge así la primera alternativa en el ejercicio de las funciones notariales en el extranjero convirtiendo a los Cónsules en notarios y asignándoles a ellos funciones notariales. Obviamente, en los lugares donde no hubiese Cónsul tuvo que concederse funciones notariales a los Diplomáticos, por la misma razón, es decir, porque no existía ningún otro organismo más adecuado. Esta solución si bien es cierto es práctica, conlleva la desnaturalización de la --

función notarial al conceder tal función a personas inidóneas.

Con el desenvolvimiento del Derecho Internacional y del Derecho Notarial, se argumentó que las funciones notariales en el extranjero debían ser desempeñadas por las personas investidas por naturaleza de tal función, como lo son únicamente los notarios, pero el mismo valladar antiguo se presenta en esta ocasión, es evidente la necesidad del desempeño de funciones notariales en el extranjero y es imposible mandar notarios a todos los lugares fuera del país donde se necesitan. Ante esta necesidad e imposibilidad a la vez, surge una segunda alternativa más depurada que la primera, consistente en el establecimiento de Agregaduría Jurídica con funciones notariales a cargo de un notario en los Consulados o Sedes Diplomáticas. Esta segunda alternativa es tan práctica como la primera y tiene la ventaja de mantener el notariado sin menoscabar la naturaleza en el ejercicio de tal función, Giménez Arnau, al sugerir esta segunda alternativa expresa: ""La presencia de un notario, si no en todos los actuales consulados- muchos de los cuales apenas tienen protocolo, sí al menos en aquellos en que hay una colonia española numerosa, tendría una doble utilidad, facilitaría la autorización de documentos protegidos por la extraterritorialidad y serviría de asesoramiento para

los Cónsules""(1).

Esta segunda alternativa adolece, sin embargo, de la imposibilidad material de llenar con notarios, todas las agregadurías jurídicas con funciones notariales como se necesitan en el exterior; además de la carga fiscal que le representaría al Estado el mantenimiento y pago de salarios a todos estos funcionarios.

El Derecho Internacional y el Notarial continúan perfeccionando sus concepciones científicas y se concluye con que no existe ninguna razón que imposibilite al notario de un país ejercer funciones notariales en otros países si su sistema notarial y las leyes de su propio país se lo permiten, de tal suerte que un notario pueda actuar como tal en cualquier parte del globo terrestre y aún en cualquier otro mundo extraterrestre. Surge así la tercera alternativa en el ejercicio de la función notarial en el extranjero consistente en dar competencia a los notarios para que actúen fuera del territorio nacional y no sabemos si en un futuro -- próximo se tenga que ampliar esta competencia a otros mundos extraterrestres.

(1) Gimenez Arnau, Enrique. Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona.- 1976 Pag. - 390.

De estas tres alternativas que dejamos expuestas en su desenvolvimiento histórico, surge una cuarta alternativa de carácter mixto, es decir, la combinación de la tercera con cualquiera de las dos primeras, de tal suerte que un país puede optar por conceder funciones notariales a los Cónsules y Diplomáticos y además extender la competencia de sus propios notarios a otros países. Este sistema mixto es el que han adoptado los Estados de Nicaragua y El Salvador en el istmo centroamericano. También puede optar cualquier país por establecer las Agregadurías Jurídicas con funciones notariales a cargo de un Notario en los Consulados o Sedes Diplomáticas y, además, dar competencia a sus propios notarios para que puedan ejercer en cualquier país extranjero -

4) EVOLUCION DE LA LEGISLACION DIPLOMATICA EN LA EDAD MODERNA

Como hemos podido observar del análisis histórico precedente los Agentes Diplomáticos han tenido diversas denominaciones en el transcurso de toda la historia de su evolución.

Existieron denominaciones de todas clases, casi siempre calificadas de extraordinarias, aún cuando fueran los mismos titulares acreditados de modo permanente. Existió,

pués, en cuanto a títulos, jerarquía y orden de precedencia entre los Estados, una marcada confusión que no se resolvió sino hasta la aprobación del Congreso de Viena en el año de 1815, en el que participaron Austria, Francia, Gran Bretaña, Portugal, Prusia, Rusia y Suecia. El acta general tiene fecha siete de junio de 1815 y contiene un Reglamento concerniente al Rango Diplomático y en el anexo 17 en su Art. 1º se dice "Los representantes diplomáticos se dividen en tres clases: 1) Embajadores, Legados y Nuncios. 2) Enviados, Ministros y otros acreditados ante los soberanos. 3) Encargados de Negocios acreditados cerca de los Ministros de Relaciones Exteriores". Los primeros, o sean, los Embajadores, es la clasificación que más ha sido adoptada. El término - proviene del frances antiguo "Ambascia" que significa misión, encargo. Desde tiempos de Carlomagno (año 800) figuran en escritos oficiales las palabras "ambascia" "ambaxia" "Ambaxiator" ésta última en la acepción de servidor. Ya en el siglo III de nuestra era el gramático Festius decía -- "Ambactus Lingua Gallica Servus Dicitur" (1).

Los legados y Nuncios son los representantes del Sumo Pontífice y su misión es puramente de carácter eclesiástico. El Nuncio es el Embajador ordinario y permanente del papa -

(1) Citado por Lion Depetre, José. Derecho Diplomático. Librería de Manuel Perrua, S.A. 2a. Edición, México. 1974. Pag. 33.

cerca del gobierno extranjero y que no tiene la categoría de Cardenal. Los Legados se llaman también "Legados A Letere" porque salen del Consejo del Papa, es decir "al lado" (ad Latus) suyo. Son nombrados en circunstancias extraordinarias y pertenecen a la categoría de Cardenal. Los Enviados o Ministros Extraordinarios y Plenipotenciarios no tienen la importancia ni el boato que los Embajadores se establecen por los Estados cuando desean tener una representación de gran categoría, sin que llegue esta a la consideración especial y alta amistad que supone el establecimiento de una Embajada. Esta clasificación fue ampliada por el Protocolo de Aix Le Chapelle el 21 de noviembre de 1818 por el que se incluyó una categoría intermedia entre la segunda y tercera, denominada "Ministros Residentes".

Con el desarrollo de los Estados, del derecho internacional en general y del diplomático en particular, la clasificación modificada por el protocolo francés fue relegada y se volvió anacrónica. Uno de los intentos por adaptar los nuevos principios del derecho internacional a la práctica correspondió al salvadoreño doctor José Gustavo Guerrero quien juntamente con M. Mastny en el año de 1924 en su calidad de miembros del Comité de Expertos para la Codificación del Derecho Internacional, nombrado por la

desaparecida Sociedad de Naciones y a nombre de dicho Comité, emitieron la siguiente pregunta para que fuera contestada - por todos los diferentes países que componían la Sociedad de Naciones: ¿Es conveniente la revisión de la clasificación de los Agentes Diplomáticos establecida por los Congresos de - Viena y Aquistrán?. En caso afirmativo, en qué medida las actuales clases de Agentes Diplomáticos han de ser unificadas. De los 27 Estados que componían la Sociedad de Naciones, - ocho contestaron afirmativamente, abogando por una revisión, ellos fueron: Estados Unidos, Austria, Estonia, Letonia, - Holanda, Portugal, El Salvador, Suecia y Suiza. Las restantes naciones objetaron en diversas formas la pregunta.

La reforma propuesta por el mencionado Comité de Expertos para la Codificación del Derecho Internacional consistía en unificar las tres primeras categorías, de las - cuatro que existían con la agregada por el Congreso de -- Aquistrán, bajo la común denominación de Embajadores y, respecto de la cuarta categoría (Encargados de Negocios) se le excluía, porque sus integrantes eran acreditados de Minis--tro a Ministro de Relaciones Exteriores y proponían la substitución de la denominación "Encargados de Negocios" por la de "Enviados".

Posteriormente, el 20 de febrero de 1928, a raíz precisamente del movimiento despertado con el propósito de re-

formar la caduca clasificación jerárquica de los diplomáticos para adaptarla a las nuevas concepciones del Derecho Internacional, y en ocasión de celebrarse en la ciudad de La Habana la convención Panamericana, en el Art. 2 del documento hacía relación a la clasificación de los diplomáticos diciendo: "Los Agentes Diplomáticos se dividen en Agentes Ordinarios y Agentes Extraordinarios. Son Agentes Ordinarios aquellos que representan el gobierno de un Estado cerca de otro Estado de un modo permanente. Los Agentes extraordinarios son aquellos que tienen por encargo una misión especial o que están acreditados para representar a un gobierno en conferencias, Congresos u otros organismos internacionales".

Finalmente una conferencia internacional auspiciada por la Organización de las Naciones Unidas celebrada en Viena en el año de 1961 y a la que asistieron representantes de 81 países aprobó un proyecto de Convención sobre relaciones, privilegios e inmunidades diplomáticas que regula en forma general la institución. Sin embargo, esta convención siempre respeta las categorías tradicionales de la Vieja Convención celebrada en la misma Viena en el año de 1815, suprimiendo únicamente la de los Ministros Residentes que fue el agregado en el Congreso de Aquisgran.

En realidad, ningún país ha adoptado oficialmente esta clasificación para sus propios Agentes, a excepción de -

la de los Embajadores, pero casi todos se ajustan a las tres categorías siguientes: (1). 1) Embajadores. 2) Enviados Extraordinarios y Ministros Plenipotenciarios. 3) Encargados de Negocios.

Como un resumen general podemos señalar que la historia de la diplomacia ha atravesado por dos períodos bien diferenciados: El Antiguo o de las misiones temporales o accidentales que comprende toda la antigüedad y parte de la edad media; y, el período moderno o de las misiones permanentes que comienza en el siglo XV hasta nuestros días. Otros como Vicioso (2) agregan un tercer período denominado DIPLOMACIA CONTEMPORANEA que se inicia a partir de la primera guerra mundial en el año de 1914 hasta nuestros días.

5) LIMITACION DE LA FUNCION NOTARIAL DE CONSULES Y DIPLOMATICOS.

El derecho positivo salvadoreño en el Art. 5 Inc. 1º de la Ley de Notariado concede funciones notariales a los Cónsules y Diplomáticos al expresar: "Los Jefes de misiones diplomáticas permanentes y los cónsules de carrera de

(1) Lion Depetre, José. Derechos Diplomático. Librería de Manuel Porrúa, S.A. 2a. Edición México 1974. Pag. 35.

(2) Vicioso Soto Horacio. Diplomacia, Ciencia y Arte. 2a. Edición. Impresora Arte y Cine C. por A. Santo Domingo 1970.

la república podrán ejercer las funciones de notario en los países en que estén acreditados, en los casos y en la forma que establece la ley""". Pero siendo los Cónsules de Carrera quienes protegen los intereses de los nacionales en el extranjero y los Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes los que llevan a cabo las relaciones de tipo político entre los Estados, es obvio que sea a los Cónsules de Carrera a quienes se les conceda la función notarial con carácter principal y a los Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes con carácter de supletoria. En efecto, el Art. 68 de la Ley de Notariado de El Salvador, dice: ""La función notarial concedida a los Jefes de Misión Diplomática Permanente y a los Cónsules de Carrera, es indelegable, y en cuanto a los primeros, solo podrá ser ejercida en el lugar en que la misión tuviere su asiento, pero unicamente a falta de Cónsules de Carrera o cuando éstos estuvieren imposibilitados o impedidos."" A la redacción de éste último artículo transcrito le podemos formular dos críticas importantes: Primera: - Al mencionar primero a los Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes y después a los Cónsules de Carrera, da la impresión que los primeros son los que ejercen función notarial con carácter principal y los segundos en forma supletoria, cuando es todo lo contrario. La Ley debió haberse referido primero a los Cónsules de Carrera y después a los Jefes de

Misiones Diplomáticas Permanentes, para guardar armonía en su contenido. Segunda: - Cuando el artículo dice"" y en cuanto a los primeros, solo podrán ser ejercida en el lugar en que la misión tuviere su asiento"". Podríamos entender, por exclusión, que los Cónsules de Carrera pueden ejercer la función notarial en cualquier lugar del país donde estén acreditados, lo que tampoco es cierto. También los Cónsules de Carrera tienen restringida su competencia territorial al lugar donde tienen su asiento, de tal suerte que el Cónsul de Nueva Orleans no puede actuar en Detroit.

Los únicos funcionarios que por razón del cargo pueden desempeñar funciones notariales fuera del país, son los Cónsules de Carrera y los Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes, cualquier otro funcionario del Servicio Exterior que no sean los señalados no pueden ejercer la función notarial aunque tengan funciones afines. Así los Cónsules Ad-honoren y los Jefes de Misiones Diplomáticas no Permanentes, no pueden ejercer funciones notariales en los países donde se acreditan.

Se plantea la interrogante si los funcionarios del Servicio Exterior que desempeñan funciones notariales pueden ejercerla tan plenamente como los notarios o con alguna restricción. Podemos contestar tal interrogante diciendo que la función notarial concedida a los Cónsules y a los Jefes

de Misiones Diplomáticas Permanentes, sí se ejerce con restricciones, pero únicamente en lo referente a que los actos que autoricen serán los que deban surtir efectos en El Salvador o que debiendo surtir efectos en otro país sea en base a tratados internacionales. En efecto, el Art. 69 de la Ley de Notariado de El Salvador dice "" Los actos y contratos y declaraciones que puedan ser autorizados por los funcionarios que menciona el Artículo anterior, serán únicamente aquellos que deban surtir efectos en El Salvador, o que debiéndolo surtir en el extranjero, tengan validez en razón de tratados o convenciones internacionales, o por las prácticas del país en que deba surtir sus efectos. Estos instrumentos cuando deban hacerse valer en El Salvador producirán los mismos efectos que los otorgados ante Notario en el interior de la República.""

La limitación se contrae únicamente atendiendo al lugar donde deba surtir efectos el acto autorizado, no existiendo restricciones algunas en cuanto a la clase de acto o autorización y en este aspecto tienen tanta facultad como los notarios.

6) PROTOCOLO DE CONSULES Y DIPLOMATICOS

Los Protocolos de los Cónsules de Carrera y Jefes de Misiones Diplomáticas, también están sujetos a las formalidades

dades propias de los notarios en cuanto a formación, legalización, apertura, vigencia, revisión, cierre, índice, anexos, encuadernación y reposición, con las modificaciones siguientes:

A diferencia de los Notarios que pueden formar su libro de protocolo ya sea a priori o a posteriori, Los Cónsules y Jefes de Misión no forman sus propios libros de protocolo, sino que se les entregan ya formados. Esta operación corresponde a la Secretaría de Relaciones Exteriores. Otra diferencia es que en tanto los notarios pueden formar sus libros de protocolo de no menos de veinticinco hojas de papel sellado del valor de cuarenta centavos, sin establecerse máximo en el número de hojas, los libros de protocolos de Cónsules y Jefes de Misiones Permanentes deben ser necesariamente de doscientas hojas y de papel común.

Los libros formados de doscientas hojas de papel común se remiten a la Sección de Notariado de la Corte Suprema de Justicia para su legalización, en lo que se sigue el procedimiento establecido para los protocolos de los Notarios, es decir, sellan el frente superior de las doscientas hojas, menos la primera, en la que se anotará la razón de apertura firmada y sellada por el Jefe de la Sección de Notariado y en la que se expresará el nombre del Consulado o Misión Diplomática Permanente a que se destina, el número del libro

y el lugar y fecha en que se legaliza. Con tal razón de apertura se devolverá a la Secretaría de Relaciones Exteriores - para que lo haga llegar a su destino. Tal forma de proceder la establece el Art. 71 de la Ley de Notariado de El Salvador.

Después de formado, legalizado y puéstole la razón de apertura al libro, se devolverá como ya dijimos a la Secretaría de Relaciones Exteriores, pero dejándose razón tanto de la entrega por parte de la Sección de Notariado como del recibo de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en un libro especial de registro de recibo y entrega que al efecto llevará el Jefe de la Sección de Notariado. A diferencia de los protocolos de los Notarios que tienen una vigencia de - un año a partir de su fecha de entrega, los de los Cónsules de Carrera y Jefes de Misión, no tienen una vigencia determinada, sino que están vigentes hasta que se agoten, pero - los rodea de una serie de regulaciones especiales tendientes a obtener un control de tales libros por lo menos cada año calendario. En efecto, el Art. 72 Inc. 1º de la Ley de Notariado de El Salvador establece la obligación consistente en que el treinta y uno de diciembre de cada año, los - funcionarios que los lleven pondrán al pie del último instrumento autorizado una razón que indique el número de hojas - que se hubieren utilizado durante el año que finaliza, con -

expresión del folio que empieza y en que termina y el de los instrumentos que se hubieren otorgado en el mismo período, firmándola y sellándola. Esta no es exactamente una razón de cierre, porque ésta solo procede cuando el libro se agota. Cuando se deba usar el protocolo no agotado después de puesta la razón que hemos señalado, se abrirá de nuevo el libro en la fecha que se otorgue el primer instrumento después del treinta y uno de diciembre, o sea, el primer día del nuevo año en que se deba ocupar nuevamente el protocolo. Esta apertura se practicará por el mismo funcionario que lleva el protocolo y se realizará por medio de una razón firmada y sellada, a continuación de la que se extiende el primer instrumento del nuevo año. Art. 72 Inc. 1º y 2º de la Ley de Notariado de El Salvador.

La verdadera razón de cierre procede cuando el libro se encuentra agotado y en tal razón se debe hacer constar el tiempo en que dicho libro ha estado en servicio, el número de instrumentos autorizados cada año y el lugar y fecha en que se cierra.

El índice igualmente sólo procede cuando se agota el libro de protocolo, se formulará a continuación de la razón de cierre, pero en hoja aparte, debe ser general, por orden de fecha anotando los instrumentos que contiene el libro, con expresión de los nombres de los otorgantes, la clase de

acto o contrato y los folios en que aparecen Art. 74 Ley de Notariado de El Salvador.

Ahora bien, la ley de Notariado de El Salvador establece una obligación más a los Cónsules y Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes consistente en que de cada razón de apertura que deba hacerse antes de autorizarse el primer instrumento de un nuevo año y de cada razón de cierre que según hemos visto procede cuando se agota el libro de protocolo, los funcionarios que los lleven deben extender dos certificaciones de cada una, que se remitirán dentro de los quince días siguientes a sus respectivas fechas a la Secretaría de Relaciones Exteriores la que se quedará con una certificación y la otra la remitirá a su vez a la Sección de Notariado de la Corte Suprema de Justicia. Cuando la certificación fuere de la razón de cierre deberá acompañarse de un índice firmado y sellado que sea copia del índice general que debe formularse después de la razón de cierre, Art. 72 Inc. Último de la Ley de Notariado de El Salvador.

Todo libro agotado debe ser remitido por el Cónsul o Jefe de Misión Diplomática a la Secretaría de Relaciones Exteriores dentro de los quince días siguientes al año de su agotamiento, la que a su vez lo remitirá a la Sección de Notariado y ésta a la Corte Suprema de Justicia.

Sobre la revisión, legajo de anexos del protocolo y -

reposición del mismo, la ley de notariado no lo regula expresamente, por lo que podría creerse que no existe en lo que se refiere a los protocolos de los Cónsules y Jefes de Misión, pero pasemos a analizarlo detenidamente: En cuanto a la revisión sabemos que en los protocolos de los notarios existe inspección oficial y particular; la primera, puede ser de mera supervisión en cuyo caso corresponde a la Corte Suprema de Justicia o puede ser de revisión forsoza que le compete al Jefe de la Sección de Notariado. La revisión particular solo compete a los otorgantes en los instrumentos que les conciernen. Analicemos primero la inspección oficial en los protocolos de los Agentes Diplomáticos y los Consulares con función notarial. No existe una disposición expresa que diga que la Corte Suprema de Justicia puede inspeccionar los protocolos de los Cónsules de Carrera y Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes, pero como el trabajo de supervisión corresponde a dicho alto tribunal con carácter general y exclusivo, sí puede inspeccionar todos los protocolos incluyendo los de los Agentes Consulares y Diplomáticos, con base a la regla general que se deja dicha y que se encuentra contenida en el Art. 28 Inc. 2º de la Ley de Notariado de El Salvador.

En cuanto a la revisión de los protocolos por parte del Jefe de la Sección de Notariado, tampoco existe una disposición expresa que lo ordene, pero tal obligación queda taci-

tamente incluida en el Art. 74 Inc. de la Ley de Notariado de El Salvador al ordenar que "El Jefe de la Sección de Notariado debe remitir los libros de protocolo de los Cónsules y Diplomáticos a la Corte Suprema de Justicia, dando cuenta a este Tribunal y a la Secretaría de Relaciones Exteriores de las irregularidades que notare".

Solo nos queda por dilucidar si existe la revisión particular de los protocolos de los Agentes Consulares y Diplomáticos. Como en los casos anteriores tampoco existe disposición que expresamente lo diga, pero realmente no existe razón alguna por lo que los otorgantes no puedan examinar, como en el caso de los notarios, los instrumentos que les conciernen otorgados en los protocolos de los Cónsules de Carrera y de los Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes; por otra parte, el Art. 28 Inc. 1º de la Ley de Notariado de El Salvador, estatuye: " Pero los otorgantes podrán examinar bajo la vigilancia del notario O DEL FUNCIONARIO RESPECTIVO EN SU CASO, los instrumentos que les conciernan." Cuando dice "o del funcionario respectivo, en su caso, "debemos entender incluidos a los Cónsules de Carrera y a los Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes y más aún, como la ley no distingue, no debe hacerlo el aplicador, por lo que debemos entender que los protocolos de los Agentes Diplomáticos que analizamos sí pueden ser examinados por los

otorgantes en los instrumentos que les conciernen bajo la -
vigilancia del funcionario que lleve el libro de protocolo.

Analicemos ahora lo relativo al legajo de anexos en -
los protocolos de los funcionarios del Servicio Exterior. -
Igual que en los anteriores, tampoco regula tal formalidad
la Ley de Notariado de El Salvador en el capítulo "De las -
actuaciones de los Agentes Diplomáticos y Consulares", ni -
en ninguna otra parte. El legajo de anexos es imprescindi--
ble en toda actuación notarial, razón por la que debemos en-
tender que cuando la ley que analizamos regula lo concer---
niente al legajo de anexos en el Art.24, lo hace con carác-
ter de general para toda clase de protocolos.

Solo nos queda por dilucidar cómo se reponen los pro-
tocolos de los Agentes Consulares y Jefes de Misiones Diplo-
máticas Permanentes. La destrucción, extravío o inutilización
parcial o total de tales protocolos sin responsabilidad ni -
negligencia del Agente Consular o Diplomático, debe necesaria-
mente probarse judicialmente, el problema surge ante qué --
Juez se instruirá la información que señala la Ley de Nota--
riado (Art. 58). La Ley no lo dice, pero como tal información
puede ser instruída tanto a solicitud de parte como de ofi--
cio, la solución más práctica que encontramos es que se haga
saber oficialmente la destrucción, pérdida o inutilización a
la Corte Suprema de Justicia para que ésta mande instruir -

la información al Juez que designe.

7) ACTOS NOTARIALES DE CONSULES Y DIPLOMATICOS Y SUS
REQUISITOS DE FONDO Y FORMA.-

Los contratos y actos jurídicos realizados en el extranjero y que deban surtir efecto en El Salvador, deberán ser analizados en su fondo y forma para determinar su validez. El fondo se refiere al contenido del Derecho, la forma a la manera o solemnidades que deben concurrir.

El Código Civil regula en sus Arts. 15, 16 y 17 la ley aplicable en lo relativo al estado y capacidad de las personas, a las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia y a los bienes situados en El Salvador.

En cuanto al fondo o contenido de derecho que encierra un acto que deba surtir efectos en El Salvador, el Art. 16 Inc. 3º del Código Civil dice "pero los efectos de los contratos otorgados en país extranjero, para cumplirse en El Salvador, se arreglarán a las leyes Salvadoreñas".

En cuanto a la forma, el Art. 17 del mismo Código Civil señala: "La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimientos Civiles. La forma se refiere a

las solemnidades externas; y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese."""

El Artículo transcrito contiene el principio que en doctrina se conoce como *locus regit actum* (el lugar rige el acto). ó más claramente *lex loci celebrationes regit instrumentum ejus*. (la ley del lugar de su celebración rige a su propio instrumento). La misma disposición se encarga de señalar a cuáles formas se refiere y así dice: "la forma se refiere a las solemnidades externas" porque el contenido de fondo debe regirse de acuerdo con la ley salvadoreña.

Ahora podemos formularnos una pregunta interesante: - Pueden los Cónsules de Carrera y los Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes sujetarse en cuanto a las formalidades a la ley del país donde estén acreditados? ó, en otras palabras, pueden hacer uso del principio *locus regit actum*?

Podemos contestar que no. Los Cónsules de Carrera y los Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes no pueden hacer uso de la fórmula *locus regit actum*. Están obligados a sujetarse en cuanto al fondo y forma de los actos que autoricen a la ley salvadoreña, porque son funcionarios salvadoreños que actúan bajo la ficción de la extraterritorialidad, entendiéndose que el lugar donde actúan forma parte del territorio del Estado de El Salvador. Por otra parte, el de-

recho a tales funcionarios les nace de la Ley de Notariado a la que deben sujetarse. Las regulaciones del Código Civil se refieren a los documentos formalizados en el extranjero, con excepción de los autorizados por los Cónsules de Carrera y los Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes, lo que corrobora el Art. 70 de la Ley de Notariado de El Salvador al señalar ""Los Jefes de Misión y Cónsules mencionados en lo que se refiere a la autorización de los instrumentos públicos y demás actos notariales y a la expedición de testimonios, se sujetarán a las reglas que ésta ley establece para los notarios y tendrán las mismas responsabilidades que éstos, con las modificaciones que se señalan en los artículos siguientes."".

Todo documento proveniente de un país extranjero no hará fe mientras no este debidamente autenticado. El Art.17 Inc. 3º C. establece la regla general siguiente: ""La forma se refiere a las solemnidades externas; y la autenticidad al hecho de haber sido otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese.""

El Cónsul de Carrera y el Jefe de la Misión Diplomática Permanente al ejercer funciones notariales, esta ipso-facto, dando autenticidad de que los comparecientes son los que realmente han otorgado el acto. Solo debe autenticarse el acto autorizado por el Cónsul o Jefe de Misión Diplomática

ca Permanente en lo relativo al autorizante, es decir, debe autenticarse unicamente la firma del Cónsul o Jefe de Misión en la forma que señala el Art. 261 Inc. 1º Pr. C. que textualmente dice: ""Para que haga fe el instrumento público o auténtico, emanado de país extranjero, la firma que lo autoriza debe estar autenticada por el Jefe de la Misión Diplomática, Cónsul, Vicecónsul o Encargado de los asuntos consulares de la República, en su defecto por los funcionarios correspondientes del Ministerio de Relaciones Exteriores de donde proceden tales documentos y la firma que autoriza tal legalización habrá de ser autenticada también por el Ministro o Sub-Secretario de Relaciones Exteriores de El Salvador, o por el funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores que, por medio de acuerdo ejecutivo en el mismo ramo, haya sido autorizado de modo general para ello.""

La Ley de Notariado de El Salvador no contiene ninguna disposición que expresamente exija que las firmas de los Cónsules y Jefes de Misión, en los actos notariales que autoricen, deban ser autenticadas; sin embargo, se deduce tal necesidad de las reglas generales y de la referencia que hace la misma Ley de Notariado citada en su artículo 75 Inc. 2º cuando dice: "" Cuando el funcionario no dispusiere de timbres del Servicio Exterior, puede omitir su cobro expresando dicha circunstancia, debiendo pagarse los derechos correspondientes en la Secretaría de Relaciones Exteriores al tiempo de efectuarse la autenticación de firmas, pero.""

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

- 1.- Ahrens Enrique. Historia del Derecho.- Editorial Albatros. Argentina. 1945.-
- 2.- Antokoletz Daniel.- Tratado Teórico de Derecho Diplomático y Consular. T. II.- Editorial Ideas. Buenos Aires. 1948.-
- 3.- Avdakov Polianski y otros. Historia Económica de los Países Capitalistas.- Editorial Grijalbo, S. A. 1ª Edición en español México. D. F. 1965.-
- 4.- Avila Alvarez Pedro. Estudios de Derecho Notarial. 4ª edición.- Editorial Montecarvo, S. A. 1973.
- 5.- Eaton John. Economía Política. 4ª edición.- Editores Amorrortu. Buenos Aires. 1971.-
- 6.- Gimenez Arnau Enrique. Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona. 1976.
- 7.- Engels Federico. El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. Ediciones Tecolut. 1972.
- 8.- Girón Zirión J. Eduardo. El Notariado Práctico o Tratado de Notaría.- 4ª edición. Guatemala C. A. 1932.
- 9.- Gonzalez Palomino Jose. Instituciones de Derecho Notarial. T. I. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1948.

- 10.- Lion Depetre José. Derecho Diplomático. Librería de Manuel Porrúa, S. A. 2ª edición México. 1974.
- 11.- Mengual y Mengual José María. Elementos de Derecho Notarial. T.- I-II Librería Bosh. Barcelona. 1934.
- 12.- Moreno Quintana Lucio M. Tratado de Derecho Internacional. Editorial Suramericana. Buenos Aires. 1963.
- 13.- Mustapich José María. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. V. II. Ediar. Editores. Buenos Aires. 1955.
- 14.- Neri Argentino I. Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial.- V. I-II. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1969.
- 15.- Olmedo Mauro. Sociedades Pre-capitalistas. T.I. 1a. edición Editora Juan Grijalbo. México. 1954.
- 16.- Ots Capdequi José María. Manual de Historia del Derecho Español en las Indias. Editorial Losada. S. A. Buenos Aires.
- 17.- Ots Capdequi José María. El Estado Español en las Indias. Fondo de Cultura Económica. 2a. edición. México. 1946.
- 18.- Potemkin V. P. y otros. Historia de la Diplomacia, Editorial Grijalbo, S.A. México D.F. 1966.
- 19.- Pondé Eduardo. Origen e Historia del Notariado. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1967.