

347.016

L 8642

1967

F. J. YCS

Ej: 2

13377

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

“LOS INSTRUMENTOS NOTARIALES”

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

JUAN ANTONIO LOPEZ IBARRA

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

JUNIO DE 1967



SAN SALVADOR

EL SALVADOR

CENTRO AMERICA

U.S.F.O.
18642
1967

52-13377

UES BIBLIOTECA CENTRAL

INVENTARIO: 10122710

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

R E C T O R :

Doctor Angel Góchez Marín.

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

Doctor Gustavo Adolfo Noyola.

F A C U L T A D D E J U R I S P R U D E N C I A Y C I E N C I A S S O C I A L E S .

D E C A N O :

Doctor René Fortín Magaña.

S E C R E T A R I O :

Doctor Fabio Hércules Pineda.

JURADOS QUE PRACTICARON LOS EXAMENES GENERALES PRIVADOS.

I- EXAMEN GENERAL PRIVADO DE MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES.

Presidente : Dr. Rafael Ignacio Funes.
Primer Vocal : Dr. Rodrigo Raymundo Pineda.
Segundo Vocal : Dr. Manuel Antonio Ramírez.

II- EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y -- LEYES ADMINISTRATIVAS.

Presidente : Dr. Francisco Arrieta Gallegos
Primer Vocal : Dr. Julio Díaz Sol.
Segundo Vocal : Dr. Jorge Alberto Hernández.

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

Presidente : Dr. Carlos Rodríguez.
Primer Vocal : Dr. Guillermo Chacón Castillo.
Segundo Vocal : Dr. Pablo Mauricio Alvergue.

ASESOR DE TESIS : Dr. Francisco Bertrand Galindo.

D E D I C A T O R I A:

*A la memoria de mi inolvidable padre, -
Prof. Héctor Gustavo López.*

*A mi madre, Emilia Ibarra v. de López ,
con gratitud y afecto.*

*Con especial cariño, a mis hermanos: -
Héctor Rafael, María Adela, Julia Cris-
tina, Alcyra Isidra, Marcela Eulalia, -
Judas Ottomaro y Emilia Anastasia del -
Socorro.*

*A mis demás parientes y amigos, en espe-
cial a mi abuelita Isidra Medrano v. de
Ibarra y a la familia Landaverde López.*

LOS INSTRUMENTOS NOTARIALES.

CAPITULO I

CONCEPTO DE INSTRUMENTO.

Antes de entrar en materia y considerar propiamente el tema de los instrumentos notariales, haré un ligero comentario sobre el concepto de instrumento en general, sus distintas acepciones y su clasificación.

Según el diccionario de la lengua española, INSTRUMENTO, -- "Es el conjunto de diversas piezas combinadas adecuadamente para que sirva con determinado objeto en el ejercicio de las artes y oficios"; es decir, que en esta acepción la palabra instrumento significa cualquiera de las herramientas, utensilios y máquinas de que se sirven los hombres para trabajar en los oficios, artes, fábricas o en cualquier especie de industria a que se dedican.

También bajo la palabra Instrumento se entiende "Los objetos o aparatos que sirven para producir sonidos musicales", ya sean estos de cuerda, de percusión o de viento".

En estas dos acepciones ha empleado el legislador la palabra instrumento en el Art. 1488 C. No. 3 y 4 al considerar inembargables:

3) "Los instrumentos y muebles destinados a la profesión del deudor que sean indispensables para el ejercicio de ella".

4) "Las máquinas o Instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de una ciencia o arte".

Desde el punto de vista jurídico hay otra acepción de la palabra instrumento. En sentido amplio se dice, que instrumento, es todo lo que sirve para instruir una causa, todo lo que nos conduce a la averiguación de la verdad, todo lo que nos da luz sobre la existencia de un hecho o convenio.

En este sentido la palabra instrumento concuerda con su significado etimológico, por que deriva del verbo latino "INSTRUE--

RE", que quiere decir instruir.

En sentido riguroso, que es como lo emplearemos en el desarrollo de este trabajo, no se entiende por instrumento, sino el escrito en que se perpetúa la memoria de un hecho, el papel o documento con que se justifica o prueba alguna cosa, la descripción memoria o nota de lo que uno ha dispuesto o ejecutado o de lo -- que ha sido convenido entre dos o más personas. (1)

Así entendido la palabra instrumento suele confundírsele -- con, (a) documento, (b) escritura pública y (c) con título, no obstante ser conceptos diferentes.

VEAMOS ESTOS CONCEPTOS:

(a) DOCUMENTO.

La palabra Documento es un término más genérico, se deriva de la voz latina "DOCUMENTUM" tiene su origen en el verbo -- "DOCERE" y significa todo escrito que se redacta, es toda -- representación objetiva de un pensamiento. (2)

Chiovenda, en sentido amplio, lo define: "como toda representación material destinada é idónea para reproducir una -- cierta manifestación del pensamiento como una voz gravada -- eternamente". (3)

El Documento no está sujeto en su forma y constitución a -- condiciones legales pre-establecidas y no es necesario para que sea tal la presencia del notario. Una poesía, un pensamiento, una carta, un periódico, etc., son documentos; pero cuando el escrito ha sido redactado para suministrar la prueba de lo que ha sido consentido o convenido, con el propósito de comprobar en cualquier momento posterior, el hecho -- que relata, adquiere el nombre de Instrumento.

(b) ESCRITURA PUBLICA.

Cuando el Instrumento es otorgado con las formalidades legales, ante Notario, Juez Cartulario, Agente Diplomático o -- Consular Salvadoreño, é incorporado en un protocolo o registro público, se le denomina "ESCRITURA PUBLICA" Art. 1570 -- Inc. 2o. C. y 257 Pr. en relación con el Art. 5 de la Ley -- de Notariado. Podríamos decir, que todo instrumento, es un

documento; pero no, que todo documento sea un instrumento.-
Así mismo, que toda escritura pública, es un instrumento; -
pero nó, que todo instrumento, sea una escritura pública.

(c) TITULO.

Por título se entiende la causa remota de la adquisición de un derecho; la causa inmediata de la adquisición de un derecho la constituyen los modos de adquirir, que según nuestra legislación son: la ocupación, la accesión, la tradición, - la prescripción y la ley. Estos, es decir, los modos de adquirir, han sido definidos por Alessandri, como "ciertos hechos materiales a los cuales la Ley les da la virtud de hacer nacer, (originarios) o traspasar (derivados) el dominio"

(4)

Si el verdadero significado de la palabra título es considerarlo como causa remota de adquisición de un derecho, no debemos confundirlo con el concepto de instrumento, que como ya se dijo, es el escrito en que se perpetúa la memoria de un hecho, la prueba con que acreditamos el derecho adquirido; es por así decirlo, el papel en que consta la causa remota de la adquisición del derecho y el modo de adquirir. - Para aclarar mejor lo expuesto, veamos un ejemplo. En la compra-venta, el contrato en sí, o sea el acuerdo o convenio sobre un determinado objeto y su precio, constituye el título, por el cual el vendedor se obliga a efectuar la tradición de la cosa, objeto del contrato, a favor del comprador; y éste, por su parte, se obliga a pagar el precio; lo anterior es así ya que los contratos no transfieren dominio y sólo engendran obligaciones entre las partes; por ello, - decimos, que título, es la causa remota de la adquisición del derecho, porque en este caso de la compra-venta, es la tradición la causa inmediata, próxima, por la cual se adquiere el dominio de la cosa comprada; si este contrato, se redacta en un papel y se firma por las partes, este papel constituye el instrumento, es la prueba material del acto o contrato.

En el Art. 1605 C. encontramos que, con excepción de las servidumbres, sucesiones hereditarias é inmuebles, en que se --

exige ad-solemnitatem la escritura, pública o privada, tomando en cuenta la cuantía, puede existir título, sin que exista instrumento; y, es el caso en que el contrato de compra-venta se celebre verbalmente; por el contrario, puede existir instrumento, sin que exista título y es el caso de que el comprador, de mala fe, celebre el contrato de venta por escrito, relativo a un objeto, de que el vendedor no puede disponer.

La definición de título que dejamos expuesta, corresponde a título traslativo de dominio, por que se hace a perpetuidad, -- transfiere la propiedad de la cosa, mediante la entrega o tradición hecha por el dueño, que tenga facultad de enajenar sus bienes. No se transfiere el dominio sin la entrega del objeto; si el que lo hace, no es dueño, tampoco puede hacer adquirir el dominio en el que lo recibe 663 C.; por que nadie puede dar lo que no tiene. La entrega material da la posesión y puede el que recibe, ganar el dominio de la cosa por prescripción. La compra-venta, permuta, donación, etc.. Son ejemplos de estos títulos.- Art. 656 C..

Título no traslativo de dominio, es el que no se hace a -- perpetuidad. La entrega no transfiere la propiedad de la cosa -- en la persona del poseedor; ejemplo, la prenda, el comodato, el depósito, el arrendamiento. Art. 665, No. 5 C..

Con lo anterior, se ha dado una idea general del significado de la palabra Instrumento, sus distintas acepciones y el sentido que le daremos a la palabra en el desarrollo de este trabajo. Pasemos ahora a ver su clasificación.

CAPITULO II

CLASIFICACION DE LOS INSTRUMENTOS

Existen dos grandes clasificaciones de los Instrumentos, la una es bipartita y la otra tripartita. Nuestro Código Civil, en el Art. 1569 los divide en públicos y privados y el Código de -- Procedimientos en el Art. 254, en públicos, auténticos y privados; esta diferencia obedece a que el Código Civil se inspiró en el Código Chileno y el de Procedimientos en las leyes Españolas,

que hacen una clasificación bipartita y tripartita respectivamente. La clasificación tripartita, según algunos autores, carece de exactitud y precisión, pues todo instrumento auténtico es también público, ya que no hay verdadera autenticidad, que no dimane de autoridad pública y todo Instrumento público es igualmente auténtico, por razón de la fe o crédito que merece.

Los instrumentos Públicos o Notariales, como también se les llama, son: a) Escritura Matriz; b) Escritura Pública y c) Actas Notariales.

Los instrumentos Auténticos son:

- 1o.) Los expedidos por los funcionarios que ejercen un cargo -- por autoridad pública, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.
- 2o.) Las copias de los documentos, libros de actas, catastros y registros que se hallen en los archivos públicos, expedidas por los funcionarios respectivos en la forma legal.
- 3o.) Las Certificaciones sobre nacimientos, adopciones, matrimonios, divorcios y defunciones, dadas con arreglo a los libros por los que los tengan a su cargo. Arts. 322 C., 8 - Ley de Adopción y 57 Ley del Ramo Municipal.
- 4o.) Las Certificaciones de las actuaciones judiciales de toda especie, las ejecutorias y los despachos librados conforme a la ley.

Los Instrumentos privados son de tres clases:

- a) Simplemente Privados.
- b) Privados reconocidos, y
- c) Los registrados en las Alcaldías.

Los Instrumentos Públicos y los Instrumentos Auténticos -- desde el punto de vista de la prueba, no tienen ninguna diferencia, pues ambos salvo prueba en contrario de igual o mayor fuerza, hacen plena fe; es decir, instruyen lo suficiente al Juez, en caso de litigio, para pronunciar sentencia; llevan en sí la presunción y garantía de veracidad o autenticidad, dan certeza de que los hechos a que se refieren, son o han sucedido tal como en ellos se expresa o sea que han sido realmente otorgados y au-

torizados por las personas y de la manera que en los mismos instrumentos se expresa.

Se diferencian, en la calidad de la persona que los autorizan; los públicos son autorizados por Notarios, personas que detentan la fe pública del estado por concesión legal y los auténticos, por funcionarios públicos, en los negocios que son de su competencia.

El Instrumento privado por el contrario, para que haga fe, para que lleve en sí, el sello de verdad o autenticidad, con ciertas limitaciones como explicaremos más adelante, es necesario que sea reconocido por la parte a quien se opone, que se haya verificado la firma que lo calza, o que se dé por reconocido conforme La Ley, o se registre en una Alcaldía.

CUADRO SINOPTICO DE LOS INSTRUMENTOS.

a) PUBLICOS o NOTARIALES

- 1- Escritura Matriz
- 2- Escritura Pública
- 3- Actas Notariales.

b) AUTENTICOS

- 1- Los expedidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.
- 2- Las copias de los documentos, libros de actas, catastros y registros que se hallen en los archivos públicos, expedidos por los funcionarios respectivos en la forma legal.
- 3- Las certificaciones sobre nacimientos, adopciones, matrimonios, divorcios y defunciones, dados con arreglo a los libros por los que los tengan a su cargo; y
- 4- Las certificaciones de las actuaciones judiciales de toda especie, las ejecutorias y los despachos librados conforme a la Ley.

c) PRIVADOS

- 1- Instrumento privado simple.
- 2- Instrumento privado reconocido o que se tiene por reconocido, conforme se estipula en el Art. 265 Pr., y
- 3- Los Registrados en las Alcaldías conforme a la Ley del 19 de febrero de 1881.

CAPITULO III

LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS O NOTARIALES

El estudio de los Instrumentos notariales o públicos está estrechamente vinculado con el estudio de la institución notarial en general; de ahí que, antes de entrar en el desarrollo de este capítulo, haré un ligero comentario, sobre esta institución.

SU ORIGEN. A medida que los pueblos se civilizan, las relaciones humanas se tornan de sencillas a complejas y es precisamente por ello, que se impone la necesidad de escribir los compromisos adquiridos, de dar corporalidad, realidad objetiva, a los derechos nacidos de relaciones jurídicas de manera que perduren en el tiempo, pues según Montesquieu, "El instrumento es un testigo que difícilmente se corrompe" (5). Esta necesidad surgió efectivamente, cuando los hombres faltaron a su palabra, -- cuando los testigos fueron sobornados; si todos cumplieran con sus obligaciones, con la palabra empeñada, no habría necesidad de materializar los convenios o contratos, para justificar los derechos que surgen o nacen de ellos.

Sin embargo, la malicia humana no tiene límites y se daban casos en que los instrumentos se simulaban o el deudor se apoderaba del instrumento para hacer ilusorio el derecho del acreedor; por ello se impuso la necesidad de que los actos y contratos, -- que hicieran nacer, modificar o extinguir derechos, se otorgaran ante un hombre probo, respetable, honrado, conocedor de las leyes que lo presenciara y lo conservara en su poder para evitar su alteración o pérdida; al mismo tiempo, para que certificara a los interesados el acto celebrado para la comprobación de sus respectivos derechos.

Otro de los motivos o causas que dieron origen a la institución notarial, fue la necesidad de establecer un sistema de contratación conocido, de revestir los convenios particulares de ritualidad graves y solemnes, para darles mayor eficacia y valor legal.

Así surgió la institución notarial y con ella el Notario, -- que es el delegado del Estado para interponer de conformidad con

la Ley, y a instancia de parte, la fe pública de que está revestido, en todos los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y en las actuaciones en que personalmente interviene, imprimiéndolos por ese hecho el sello de verdad y de certeza.

Es este sello de autenticidad que el notario imprime a los actos que autoriza su función más importante. Sobre este punto, Navarro Azpeitia, escribe "Entre las funciones encomendadas al Notario, la de más trascendencia pública, la que determina su existencia y es causa u origen de todas las demás, es aquella que consiste en investir todos los actos en que interviene de una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse por sí mismos en la relaciones jurídicas y para ser impuestos, por su propia virtualidad, por el poder coactivo del estado".(6)

Antiguamente los Notarios, que también se les conocían como escribanos o Tabeliones, no gozaban de este poder autenticador y su función consistía únicamente en escribir el acuerdo de las partes, entregándoles lo escrito una vez concluido el acto; su ejercicio no se encontraba reglamentado y era una función para la cual no se necesitaba más conocimiento que el de saber leer y escribir.

Con el transcurso del tiempo y por la importancia que los actos auténticos desempeñan en la seguridad de tráfico jurídico, la profesión de Notario se dignifica, se reglamenta su ejercicio y se exigen determinados requisitos para su autorización, cuales son: conocimiento de las Leyes y sobre todo, honradez y probidad.

Así el Notario deja de ser simple escribiente; cuando las partes solicitan sus servicios, él escucha sus declaraciones de voluntad, las interpreta y como concedor del derecho, las amolda al negocio jurídico que tratan de celebrar. Para el Notario no existen clientes, sino sólo otorgantes, él no debe inclinarse en favor o en contra de ninguno, como lo hace el abogado, que defiende los intereses de una parte; el Notario debe orientar a los otorgantes y aconsejarlos por igual. Por eso dice Carlos Emérito González, que el Notario "En la construcción del Instrumento debe emplear su ciencia, su conciencia y su sentido de lo

justo y lo moral". (7)

El Notario, una vez ha sido autorizado con las formalidades legales por la Corte Suprema de Justicia, queda revestido de fe publica para interponerla en todos los actos que autorice; y es precisamente, en la confección de Instrumentos, en donde se manifiesta esta calidad.

QUE ES INSTRUMENTO PUBLICO.

Veamos algunas definiciones:

Para Fernández Casado, Instrumento Público, es "el documento notarial, autorizado a instancia de parte, en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho". (8)

Gonzalo de las Casas, lo define diciendo: "Que es el escrito auténtico en que se consigna y perpetúa un título o un hecho" (9)

Torres Aguilar dice: "Son los documentos autorizados por Notario en que constan las relaciones jurídicas de los partícipes, para que sirvan de ley entre los mismos o se refieren a los hechos relacionados con el derecho. (10)

Ruiz Gómez: "Es el válidamente autorizado por Notario en el ejercicio de su profesión". (11)

De todas las definiciones anteriores, resaltan dos cualidades esenciales: a) que el Instrumento debe ser autorizado por Notario competente; y b) de acuerdo con ciertas formalidades legales. Permítaseme intentar una definición, tratando de ajustarla a nuestras disposiciones legales, así diré que Instrumento Público "Es el autorizado con las formalidades legales a instancia de parte, incorporado o no en un protocolo, por quien tiene conforme a la ley, facultad de cartular".

Uso la expresión Instrumento Público en el sentido que lo expliqué antes. Es decir, excluyendo los llamados auténticos.

AUTORIZADO. El Notario o quien haga sus veces, es el que autoriza con su firma el Instrumento, imprimiéndole autenticidad. El Notario no otorga, los otorgantes son las partes contratantes.

Con las formalidades legales. El Notario al redactar el --

Instrumento debe cumplir con los requisitos legales.

A instancia de parte. La intervención del Notario debe siempre ser solicitada por las personas que quieran garantizar sus convenios con la certeza que tal autorización les imprime. El Notario actúa por sí en los casos que contempla el Art. 9 de la Ley de Notariado, y sólo por excepción por mandato legal o resolución del tribunal competente.

Incorporado o no en un protocolo. "Incorporado o no", porque de conformidad al Art. 2 de la Ley de Notariado, las actas notariales son Instrumentos Públicos y no se asientan en el protocolo.

Por quien tiene conforme a la Ley, facultad de cartular. Se dice así, pues no sólo el Notario tiene tal facultad, ejercen también las funciones notariales, los Jefes de Misión Diplomática permanente y los Cónsules de carrera de El Salvador en los países en que están acreditados, los jueces de Primera Instancia, con jurisdicción en lo Civil, cuando se trata de testamentos y las personas que se mencionan en los Arts. 1027 y 1033 C..

FINALIDAD DEL INSTRUMENTO PÚBLICO. La finalidad del Instrumento Público, dependerá de la clase de contrato o declaración de voluntad que contenga; sin embargo, se sostiene, con cierta generalidad, que la finalidad del Instrumento es de servir de prueba preconstituida. A esta teoría se le llama clásica, porque con ella nació el Instrumento Público; pero tal teoría se objeta porque la proporción de Instrumentos que llegan a juicio es muy pequeña en relación a la totalidad de Instrumentos que se celebran; en consecuencia, no podemos decir que esta función o finalidad sea fundamental.

Fernández Casado, dice: "que dos son los fines principales que lleva el Instrumento Público. El primero, perpetuar los hechos y manifestaciones de voluntad y el segundo, servir de prueba en juicio y fuera de él. (12)

Se ha sostenido por otros autores, que la principal o verdadera finalidad del Instrumento Público, es crear una relación de Derecho, modificarla o extinguirla, es en suma, formalizar un acto jurídico. (13)

No se niega sin embargo, que el Instrumento sea un medio de prueba pero esa es una consecuencia del Instrumento mismo, más no su razón de ser o su eficacia.

Entre las finalidades secundarias, que se le atribuyen al Instrumento Público, podríamos enunciar las siguientes:

- a) Presunción de verdad o autenticidad;
- b) Dar eficacia legal al acto; y
- c) Dar fuerza ejecutoria a la obligación que se contraiga por medio del Instrumento.

FORMA Y PRUEBA. El estudio del Instrumento Público, se vincula con la fe pública, con la forma y la prueba. La fe pública notarial, como ya dijimos antes, es el poder que compete al Notario, es el poder de que está revestido por concesión del Estado, para imprimir el sello de autenticidad a los actos que autoriza. Hablaré de la forma y de la prueba. FORMA. Es la estructura requerida para la formación del acto. Es el conjunto de prescripciones de la Ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico. De acuerdo con estas definiciones diremos que actos no formales, son aquellos en que la ley deja a la prudencia de las personas la elección de la forma que deseen, es decir, que no establece normas a seguir para su otorgamiento o celebración; por el contrario, actos formales, son aquellos en los que la ley exige una forma de terminada para su celebración u otorgamiento. Esta exigencia de la forma puede ser a título de solemnidad, "ad-solemnitatem", en este caso, la solemnidad debe de observarse so pena de inexistencia del acto, la existencia del acto depende en estos casos, de la observancia o inobservancia de las formas, se dice entonces "que la forma da el ser a la cosa". Puede ser también a título de prueba "ad-Probationem", la forma se exige entonces, no como requisito de validez, sino como medio de prueba, de manera que si falta la forma requerida por la Ley, el acto siempre existe y si se prueba por otros medios su existencia, las partes quedan vinculadas por el negocio jurídico que han celebrado.

La finalidad de la forma, es garantizar a las partes de la irreflexión o inexperiencia, otros dicen que las formas son pa-

ra beneficio del tráfico jurídico o medio de seguridad colectiva y beneficio de terceros.

El Derecho Romano fué esencialmente formalista; pero desde la fecha de aprobación del Código Civil francés, de tipo liberal, se generalizó el principio de libertad en la forma; no obstante, en vista de los inconvenientes prácticos que tal sistema acarrea, actualmente existe una corriente bien marcada que trata de darle renacimiento o supervivencia al formalismo. El principio "Solo - consensus obligat", fue casi inmediatamente eliminado; lo cumplido de las relaciones sociales ha exigido un indiscutible renacimiento de la forma y se ha llegado a concluir que la coexistencia de los actos consensuales y los formales, responden mejor a las necesidades actuales que el imperio exclusivo de un solo sistema.

LA PRUEBA. En general puede definirse como el medio con -- que se muestra y hace patente la verdad o falsedad de una cosa.-- Procesalmente, por prueba, se entiende el medio determinado por la Ley para establecer la verdad de un hecho controvertido; AL-SINA, la define diciendo: "Que prueba es la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido, del cual dependen el derecho que se pretende". (14)

Generalmente, suele confundirse la forma con la prueba, no obstante ser cosas distintas, la forma (ad-Solemnitaten) tal como lo dejamos expuesto, es elemento esencial para la existencia del instrumento o acto, es parte integrante de la obligación, nace en el momento mismo de la celebración del negocio jurídico, es requisito esencial de éste; en cambio la prueba, no es otra cosa que el medio de justificar la existencia del acto jurídico y puede tener su nacimiento en el momento mismo de celebrarse el acto o contrato o después de su celebración. Sin embargo, desde el punto de vista práctico, Forma y Prueba tienen la misma importancia, ya que la falta de una u otra producen por vías distintas, el mismo resultado y es el de despojar a la obligación de su eficacia jurídica. La falta de forma, porque priva al acto o negocio jurídico de un requisito esencial y éste no nace, no llega a existir; la falta de prueba, porque hace incierta la ---

existencia del acto o negocio jurídico u obligación de que se -- trate. Pero no obstante, ser cosas distintas, inde endientes la forma y la prueba, en los negocios solemnes, la prueba está siem pre subordinada a la forma, porque sin ésta no hay nada que pro- bar, es por eso que muchos creen que la forma y la prueba se con funden en la realidad, pues en cierto modo coinciden, por ser el documento en relación al acto, expresión de forma y a la vez -- Instrumento de prueba, se absorven en sus efectos en una misma - figura. (15)

Con la forma, el negocio existe, y con la prueba, el nego-- cio persiste.

Sirva o no para probar, la verdad es que la forma es la que hace que el acto exista, y forma y prueba están en todo caso en íntima relación.

CLASIFICACION DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS.

Según el Artículo 2 de la Ley de Notariado, los Instrumen-- tos Públicos o Notariales son tres: Escritura Matriz, que es la que se asienta en el Protocolo; Escritura Pública o Testimonio, - que es aquella en que se reproduce la escritura Matriz, y Actas Notariales, que son las que no se asientan en el Protocolo. Ha- blaremos de cada uno de ellos.

Escritura Matriz. Ha sido definida como el original del ac to o contrato debidamente otorgado, que Notario competente auto- riza y consigna en el Protocolo. Al decir Notario competente, - debemos comprender a las demás personas que conforme al Art. 6o. de la Ley de Notariado y Arts. 1027 y 1033 C. ejercen las mismas funciones que el Notario.

Partes de que consta. No ha existido uniformidad entre - los autores, al clasificar las partes de la escritura. Para Fer nández Casado, por ejemplo, son cinco: 1o.) Comparecencia; 2o.) Exposición; 3o.) Estipulación o disposición; 4o.) Otorgamiento; y 5o.) Sanción Pública o autorización. Otros la dividen en cua tro partes, entre éstos tenemos a Morcillo y León, para quien -- las partes de la escritura son: 1o.) Comparecencia; 2o.) Expo- sición; 3o.) Estipulación; y 4o.) Otorgamiento. (16)

En algunos Códigos como en el de Guatemala, se encuentra -- una clasificación tripartita y la dividen así: 1o.) Introducc-- ción; 2o.) Cuerpo del Acto; y 3o.) Conclusión. (17)

Adoptaré una clasificación más amplia que se adapta mejor a nuestra práctica notarial, y que consta de siete partes, que son las siguientes:

I.- CABEZA.- Este nombre que le asigno a la primera parte de la escritura matriz, no es desconocido en nuestra legislación, pues en el Art. 670 C., cuando habla de la tradición de un legado de cosa inmueble, dice: que debe efectuarse en escritura pública, en que el tradente exprese entregarlo y el legatario re cibirlo, escritura en la cual debe insertarse la cabeza, cláusula y pie del testamento en que conste el legado. Lo mismo hace la Ley de Notariado en el Inciso 2o. del Art. 44 que dice: "En los casos de partición Judicial o Extra-Judicial, bastará que el Notario inserte en el testimonio que extienda a cada uno de los interesados, la cabeza, la descripción de su respectiva hijuela o adjudicación y al pie del instrumento ...". Comprende esta parte el número de la escritura, la designación del lugar en que se celebra el acto, el día, hora, mes y año, nombre y generales del Notario o persona autorizante y el de los testigos instrumen-- tales si los hubiere.

II.- COMPARECENCIA.- Es la parte de la escritura en donde se designan los nombres, generales y fe de conocimiento o i-- dentificación de los otorgantes.

III.- EXPOSICION O ENUNCIACION. (Art.1577 C.) Es la parte de la escritura en donde se describen los motivos del negocio ju-- rídico, el bien objeto del acto o contrato y otras circunstan-- cias afines cojo gravámenes que existieren, títulos, inscripcio-- nes, etc.. A la exposición de los motivos del acto, los Nota-- rios no le dan mayor importancia, no obstante que ayuda en caso de controversia para dar una mejor interpretación a las declara-- ciones de los otorgantes consignadas en el instrumento.

Es José María Porcioles, quien ha tratado más exhaustivamen-- te esta parte de la escritura. El sistematiza los elementos que deben figurar en esta parte a tres aspectos que deja subordina-- dos al arte de la notaría y son los siguientes:

a) Descripción o referencia de los elementos del contrato con existencia anterior al documento notarial.

b) El estado de hecho preliminar a la convención, y, por tanto los presupuestos necesarios para su constitución o que puedan influir en la determinación de sus efectos.

c) Relación del negocio con los contratos preliminares o convenciones anteriores. (18)

Esta parte no figura necesariamente en todos los tipos de escritura; por ejemplo, no aparece en las escrituras de poder, cesión de derechos hereditarios, cancelaciones hipotecarias, etc.

IV.- ESTIPULACION O DISPOSICION. Es ésta la parte más importante del instrumento; es en donde se expone el negocio jurídico en todo su contenido; es el convenio por medio del cual se crean, modifican, transfieren o extinguen derechos u obligaciones. Sin esta parte no existe escritura; por ello se dice, que la estipulación o disposición, es la parte esencial, es el alma, la razón de ser del Instrumento.

V.- ADVERTENCIAS. En esta parte es en donde se consignan las explicaciones y recomendaciones que el Notario está obligado a hacer a los otorgantes.

VI.- OTORGAMIENTO. Es la parte de la escritura en donde los otorgantes manifiestan su conformidad con lo escrito por el Notario en el Protocolo y como manifestación objetiva de tal consentimiento, estampan sus firmas al final del escrito, junto con la de los testigos instrumentales, si los hubiere.

En esta parte queda comprendida la unidad del acto, que el Notario está obligado a hacer constar en el texto del instrumento, por mandato expreso de la Ley de Notariado. Art. 32 No. 11.

La unidad del acto, a mi juicio, comienza no desde que las partes comparecen ante el Notario y expresan sus propósitos, discuten el contrato y el Notario los ilustra, les señala los efectos, el pro y el contra del negocio, etc., sino desde que las partes están de acuerdo en todos esos extremos y le piden su escrituración; desde ese momento, considero, debe entenderse que nace el acto y desde ahí debe existir la unidad en el tiempo y lugar.

Según Fernández Casado, requiere cinco requisitos, a saber:

1o.- Presencia del Notario;

2o.7 Presencia de los otorgantes;

3o.- Presencia de los testigos, si lo hubiere;

4o.) Lectura ininterrumpida del instrumento; y

5o.) Expresión libre de la voluntad de los contratantes.(19)

Me permitiré agregar un requisito más a esta enumeración de Fernández Casado y es el de la firma de los otorgantes, intérpretes y testigos, si los hubiere, sean éstos instrumentales o de conocimiento.

No obstante lo anterior, no se interrumpirá la unidad del acto si el Notario redacta con anterioridad el instrumento a solicitud de los otorgantes, si partes y testigos e intérpretes se presentan al momento de su lectura. Esta opinión tiene asidero legal en el Art. 1012 C. que dice: ”El testamento abierto podrá haberse escrito previamente. Pero sea que se haya escrito, o que se escriba en uno o más actos, será todo él leído en alta voz por el cartulario. Mientras el testamento se lee, estará el testador a la vista, y las personas, cuya presencia es necesaria, oirán todo el tenor de sus disposiciones”.

En esta misma forma entiende la unidad del acto Carlos Emérito González, que al respecto se expresa de la manera siguiente: ”Para nosotros, en cambio, la unidad del acto significa cierta-simultaneidad de circunstancias al instante de la lectura y firma de una escritura pública, derivada de la voluntad de las personas intervinientes, de celebrar un acto jurídico válido” y -- agrega: ”que esas circunstancias pueden ser de tiempo, de lugar y de acción”. (20)

VII.- AUTORIZACION. Es la parte final de la escritura y se verifica cuando el Notario pone su firma al final de lo escrito, imprimiéndole así autenticidad al instrumento. La firma del Notario garantiza la certeza del Instrumento y también da seguridad, confianza y tranquilidad en las negociaciones jurídicas.

REQUISITOS QUE DEBE REUNIR CONFORME

A LA LEY LA ESCRITURA MATRIZ.

Es en el Art. 32 de la Ley de Notariado donde se enumeran estos requisitos. Haré un ligero comentario sobre cada uno de ellos.

PRIMER REQUISITO. Art. 32 No. 1o..

”Que se otorgue ante persona autorizada para ejercer el notariado”.

Quiénes son las personas autorizadas para ejercer el notariado? Las únicas personas autorizadas para ejercer el notariado conforme nuestra legislación, son las siguientes:

- a) Los Notarios. Art. 4 de la Ley de Notariado.
- b) Los Jefes de Misión Diplomática permanente y los Cónsules de carrera de El Salvador, en los países en donde están acreditados. Art. 5 de la Ley de Notariado.
- c) Los Jueces de la Instancia con jurisdicción en lo Civil, tratándose de testamentos. Art. 5 de la Ley de Notariado.
- d) Los capitanes u oficiales de grado superior, intendentes de ejército, comisario o auditor de guerra, capellanes, médicos o cirujanos, cuando se trate de testamentos militares. Art. 1027 C.; y
- e) Los comandantes o sus segundos, en los buques de guerra los capitanes o sus segundos y los pilotos, en los buques mercantes salvadoreños, cuando se trate de testamentos marítimos. Art. 1033 C..

(a) NOTARIOS. Es la Corte Suprema de Justicia el Tribunal que autoriza el ejercicio del notariado en la República:

a) A los Salvadoreños, por nacimiento o por naturalización que esten autorizados para el ejercicio de la Abogacía en el país;

b) A los Salvadoreños por nacimiento o por naturalización que hubieren obtenido su título universitario en el exterior un

vez incorporados y previa aprobación de un exámen de suficiencia;

c) A los Centro Americanos que reúnan los requisitos siguientes:

- 1o.) Que estén autorizados para el ejercicio de la Abogacía aquí en El Salvador;
- 2o.) Que tengan, por lo menos, dos años de residencia;
- 3o.) Que no estén inhabilitados para ejercer el notariado en su país; y
- 4o.) Siempre que en su país puedan ejercer las funciones de Notario los Salvadoreños, sin más requisitos que los antes enumerados.

Podemos decir, que el ejercicio del Notariado en El Salvador, es un privilegio de los Salvadoreños y Centro Americanos.

La función notarial que ejercen los Notarios es plena y con excepción de los instrumentos que les resulte o pueda resultarles algún provecho directo para ellos mismos o para sus parientes, dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, o segundo de afinidad o a su cónyuge, la pueden ejercer en toda la República y en cualquier día y hora.

(b) JEFES DE MISION DIPLOMATICA.

Para los Jefes de Misión Diplomática y Cónsules de Carrera, el ejercicio de la Función Notarial, está circunscrita con las mismas limitaciones que para los Notarios, a aquellos actos, contratos y declaraciones de voluntad que deben surtir efecto dentro del territorio nacional, requiriéndose para que produzca efectos en el exterior, la existencia de Tratados o Acuerdos específicos que le den validez o que así lo reconozca la práctica del país en que deba surtir sus efectos el negocio jurídico celebrado ante sus oficios; por otra parte, el ejercicio de la función notarial para los Cónsules de Carrera, está limitada al país en donde ejercen sus funciones, y la de los Jefes Diplomáticos, al lugar en que la misión tiene su asiento y sólo a falta de Cónsules de Carrera o cuando éstos estuvieren imposibilitados o impedidos.

(c) JUECES DE PRIMERA INSTANCIA.

Más limitado es el ejercicio notarial, para los Jueces de Primera Instancia de lo Civil, pues sólo pueden ejercitar dicha función dentro de su respectiva jurisdicción y sólo en el caso de otorgamiento de testamentos solemnes.

No obstante lo anterior, todos los Instrumentos que autorizan los funcionarios antes mencionados, dentro del marco de sus respectivas facultades, tienen igual valor probatorio y producen los mismos efectos que los otorgados ante Notario, ya que, por otra parte, están obligados a cumplir con las mismas reglas que la Ley impone a éstos, en cuanto a autorización de los Instrumentos Públicos y demás actos notariales, así como en la expedición de testimonios, con las modificaciones que señalan los Arts. 71 y sig. de la Ley de Notariado.

(d) CAPITANES U OFICIALES DE GRADO SUPERIOR, INTENDENTE LE EJERCITO, ETC..

Para testar militarmente, dice el Art. 1029 C.: "será preciso hallarse en una expedición de guerra, que esté actualmente en marcha o campaña contra el enemigo, o en la guarnición de una plaza actualmente sitiada". En tales circunstancias, la vida de las personas que forman o componen la expedición, se encuentran en inminente peligro y ante la imposibilidad práctica de encontrar o solicitar los oficios de un notario, la ley ha permitido que los capitanes u otros oficiales de grado superior, los intendentes de ejército, los comisarios o auditores de guerra, los capellanes, médicos o cirujanos, que se encuentren entre la tropa, gocen de fe pública, para interponerla exclusivamente en el caso de testamentos e imprimir en esa forma autenticidad a las declaraciones de última voluntad formuladas por los otorgantes.

(e) COMANDANTES DE BUQUES, CAPITANES O PILOTOS.

La Ley también permite, a las personas que viajen en alta mar, en buque de guerra o mercante salvadoreño, otorgar testamento privilegiado, y en tales casos, concede fe Pública exclusivamente para ese fin, si se tratare de buque de guerra, al comandante o su segundo y si fuere mercante, al capitán de la nave, su segundo o al piloto.

Las formalidades requeridas para el otorgamiento de los testamentos privilegiados (militar y marítimo) se encuentran establecidos en el Cap. IV, Título III, del Libro Tercero del Código Civil y su validez no sólo dependerá de la observancia de ellas, sino que también del fallecimiento del otorgante dentro del plazo de 90 días que señalan los Arts. 1030 y 1037 C., por lo que podríamos decir, que la fe pública de las personas que los autorizan es especial, producirá todos sus efectos, si la muerte del otorgante ocurre dentro del lapso de los noventa días y carecerá de valor autenticador, cuando el otorgante sobreviva a dicho plazo.

SEGUNDO REQUISITO. Art. 32, No. 2.

”Que se asiente en el protocolo, en idioma castellano indicándose su número de orden y con expresión del lugar, día y hora en que se otorguen. Cuando alguno de los otorgantes no hable el idioma castellano, se asistirá de un intérprete mayor de edad. Si fueren dos o más los otorgantes que estuvieren en ese caso, podrán nombrar un solo intérprete de común acuerdo, y el notario cumple consignando en el instrumento lo que expresen en castellano el intérprete o los intérpretes. En estos últimos casos el otorgante u otorgantes formularán en su propio idioma una minuta de lo que expresen al Notario, la traducirá el intérprete y la agregará aquél junto con la traducción al legajo de que trata el Art. 24 de esta Ley. La minuta y su traducción serán firmadas por el otorgante si supiere, u otro a su ruego y el intérprete”.

PROTOCOLO.- Esta palabra es híbrida, viene de la voz griega PROTOS, que significa PRIMERO en su línea y de la voz latina COLLIUM o CALLATIO, que significa comparación o cotejo; en consecuencia, el significado etimológico de la palabra es ”primera - comparación o cotejo.” Excriche define el protocolo diciendo:

”Que es el libro encuadernado de pliego de papel entero en que el escribano pone y guarda por su orden las escrituras o instrumentos que pasan ante él, para sacar y dar en cualquier tiempo las copias que necesiten los interesados, y --

confrontar o comprobar los que ya se hubieren dado en caso de dudarse de la verdad de su contenido". (21)

La Real Academia Española define el protocolo diciendo:

"Que es el libro en que el escribano pone y guarda por su orden los registros de las escrituras y otros instrumentos que han pasado ante él, para que en todo tiempo se hallen". (22)

El Dr. Santiago Ricardo Martínez, en su tesis Doctoral, define el protocolo como: "la colección hecha por riguroso orden de fecha, de las escrituras públicas otorgadas ante el mismo Notario, durante un período no mayor de un año. (23)

Sin hacer ningún comentario a las definiciones anteriores y tratándo de acoplar una definición a nuestro ordenamiento legal, diré que PROTOCOLO, "es el libro legalmente autorizado, en donde el Notario o persona que ejerce funciones notariales, asienta durante su vigencia, por riguroso orden cronológico, los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y del cual expide testimonios, conforme a la ley, a las personas interesadas".

El protocolo desempeña un papel importante en la vida jurídica, pues sirve para conservar a perpetuidad la prueba de actos, contratos o declaraciones de voluntad en él contenidos.

Con la existencia del protocolo, quedan seguros y garantizados los derechos que surgen de los instrumentos, pues difícilmente puede ser alterado su texto, por estar en manos de hombres -- probos, respetables y honrados, o depositados en el más alto tribunal de justicia, dispuestos en cualquier momento para confrontarse con los testimonios que de él se han extendido.

Los protocolos de los Notarios serán formados con veinticinco fojas, por lo menos, de papel sellado de numeración correlativa, del valor de \$0.40; deberán estar foliados con letras, en la esquina superior derecha de sus frentes; las fojas así foliadas o formando libros, se presentan por el Notario a la Sección del Notariado, si reside en la capital o al Juez de Primera Instancia competente de su domicilio, si reside fuera de ella.

El Juez competente será el de lo Civil, pero si en el domicilio del Notario hubiere dos o más Jueces de lo Civil, el protocolo se presentará al que lleve el número primero, y si los Juzgados fueren mixtos, al único o al que lleve el número primero, - si hubiere más de uno.

Una vez presentado el protocolo por el Notario, el Jefe de la Sección del Notariado o el Juez, en su caso, sellará con el sello de la oficina todas las fojas, en la parte superior de sus frentes, con excepción de la primera, en la que pondrá una razón que diga más o menos lo siguiente:

”Libro Primero de Protocolo, en que el Notario _____, incorporará los actos y contratos que se otorguen ante él; se compone de _____ fojas de papel sellado correspondiente, que llevan el sello de esta oficina y se entrega bajo la razón número _____, página _____, del Libro _____ de Entregas y Registros de Protocolos que lleva esta oficina.

Sección del Notariado de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a los _____ días, del mes de _____, del año de _____.”

Esta razón será firmada y sellada por el funcionario autorizante y el libro quedará a partir de esa fecha, que debe ser la misma de la entrega, vigente por un año.

Agotadas las fojas del protocolo, o terminado el año de su vigencia, el Notario lo cerrará poniendo la siguiente razón.

”En esta fecha cierro el libro _____ de mi protocolo, compuesto de _____ fojas (más _____ que se agregaron para la conclusión del último instrumento) habiendo incorporado _____ instrumentos legales y _____ suspendidos, los cuales se detallan en el índice respectivo.

San Salvador, a los _____ días del mes de _____ de mil novecientos sesenta y _____. (firma y sello del Notario).”

Al final del libro de protocolo, el Notario debe agregar un índice, en el cual expresará por orden de fechas los instrumentos autorizados, debiendo incluirse las escrituras cerradas o sin efecto, que se hubieren suspendido, los nombres de los otor-

gantes y los folios en que se encuentren. Después del índice, con los documentos anexos, (solvencias de renta y vialidad, municipales, alcabalas, minutas, poderes especiales con que hubieren actuado los otorgantes, que no tuvieren autorización para otros actos), que deben formar parte del protocolo, se formará un legajo por separado, siempre siguiendo el orden de los instrumentos a que correspondan. Cada uno de estos documentos será sellado al dorso, por el notario y expresará el número del Instrumento a que se refiere.

Para la autorización de un nuevo libro, el Notario debe exhibir debidamente encuadernados y empastados los libros agotados con sus respectivas razones de cierre.

Vencido el año de vigencia del protocolo, los Notarios, dentro de los quince días siguientes, deberán entregar definitivamente a la Sección del Notariado o al Juzgado de Primera Instancia respectivamente, los libros que hubieren llevado, estuvieren agotados o no.

Recibidos los libros, el funcionario que lo reciba, pondrá a continuación de la nota de cierre puesta por el Notario o en hoja separada, si no hubiere espacio suficiente, una razón firmada y sellada, que indicará si son o no conforme las circunstancias expresadas por el Notario en la nota de cierre. Los protocolos vencidos que reciban los Jueces de Primera Instancia, serán remitidos junto con el índice y legajo de anexos dentro de los quince días siguientes al de su recibo, a la Sección de Notariado, cuyo Jefe a su vez, remitirá al archivo de la Corte Suprema de Justicia, así como también los que reciba directamente de los Notarios, a más tardar, dentro de los noventa días siguientes al de su recibo, debiendo acompañar, además, una nota por cada protocolo, en la que hará constar las informalidades que observare.

Esta es la reglamentación que en términos generales, contempla nuestra ley, para los protocolos de los Notarios; para los protocolos de los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo civil, únicamente se dispone en el Inc. 3o. del Art. 31 de la Ley de Notariado, lo siguiente: "Los libros de protocolo que lleven los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en .

lo Civil, se formarán con hojas de papel común que llevarán en la parte superior, el sello del Juzgado y tendrán vigencia durante el lapso comprendido entre el primero de enero y el treinta y uno de diciembre de cada año. Dichos libros serán remitidos a la Sección del Notariado dentro de los quince días siguientes al año de su vigencia, llenándose las formalidades que en este capítulo se imponen a los Notarios en lo que fueren aplicables”.

En la enumeración que hace el Art. 37 de la Ley Orgánica -- del Poder Judicial, no dice quien debe autorizar el libro de protocolo de los Jueces de Primera Instancia; pero aplicando el mismo criterio que establece dicho Art., es el mismo Juez y el Secretario del Tribunal, quienes deben autorizarlo.

LIBRO DE PROTOCOLO DE LOS AGENTES
DIPLOMATICOS Y CONSULARES.

Los libros de protocolo de los Agentes Diplomáticos y Consulares, son suministrados por la Secretaría de Relaciones Exteriores y los legaliza el Jefe de la Sección del Notariado; deben -- constar de 200 fojas de papel común, debidamente foliadas en letras en la esquina superior derecha de sus frentes, deberán estar selladas, con el sello de la Sección del Notariado, en la -- parte superior, con excepción de la primera, en la que se pondrá una razón que expresará el nombre de la Misión o Consulado -- a que se destina; el número del libro y el lugar y fecha en que se legaliza. Esta razón debe firmarse y sellarse por el Jefe de la Sección del Notariado.

Estos libros estarán vigentes durante todo el tiempo que -- tengan fojas disponibles para otorgar instrumentos; pero cada -- treintiuno de diciembre, se pondrá al pie del último instrumento una razón firmada y sellada que indicará el número de fojas que se hubieren utilizado en el año que finaliza y el de los instrumentos autorizados, los folios en que se empiezan y finalizan -- los instrumentos. Después de esta razón, si el libro no estuviere agotado, se abrirá de nuevo en la fecha que se otorgue el primer instrumento, por medio de una razón firmada y sellada por el funcionario, que exprese tal circunstancia.

Al agotarse el libro, el funcionario pondrá a continuación del último instrumento o en hoja separada, la razón de cierre, --

que autorizará con su firma y sello que expresará: el tiempo durante el cual el libro ha estado en vigencia, número de instrumentos autorizados cada año y el lugar y fecha en que se cierra.

Al final del libro se acompañará el índice de los instrumentos extendidos.

”Los libros agotados durante el año, deberán ser remitidos a la Sección del Notariado, por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, dentro de los quince primeros días del año siguiente. Recibidos dichos libros, la Sección del Notariado pondrá, a continuación de la nota de cierre, una razón firmada y sellada en la que hará constar las circunstancias expresadas en la misma, y, verificado, remitirá los libros a la Corte Suprema de Justicia, dando cuenta a ese Tribunal y a la Secretaría de Relaciones Exteriores de las irregularidades que notare”.

IDIOMA. Es la lengua de una nación o comarca. El Art. 11 de la C. P. dice: ”El idioma oficial de la República, es el Castellano. El gobierno estará obligado a velar por su conservación y enseñanza”.

El empleo del idioma castellano en la redacción de los instrumentos públicos se impone como una lógica consecuencia, pues es de presumirse que el Notario autorizante, hablará necesariamente el idioma oficial de El Salvador, que es el Castellano o Español, como lo llama la Real Academia Española; además, en forma indirecta se cumple la Constitución, pues es un modo de conservar dicha lengua; sin embargo, la situación no es la misma para los otorgantes, éstos pueden desconocer el idioma oficial, y, en tal caso, el otorgante deberá comparecer con un intérprete, que sea mayor de veintiún años, pero si fueren dos o más los otorgantes que no hablaben el idioma Castellano, de común acuerdo pueden nombrar un solo intérprete y el Notario cumplirá consignando en el instrumento, lo que en Castellano le exprese él o los intérpretes.

La ley no contempla el caso en que el notario y los testigos instrumentales del acto, si los hubiere, conocieren el idioma de los otorgantes, para este caso la presencia de intérpretes que exige nuestra ley, resulta innecesaria, ya que para los otorgantes

gantes la minuta sería suficiente garantía.

En otras legislaciones se exige que el instrumento se redacte en el idioma oficial y en el idioma del otorgante, a doble --columna, para que simultáneamente pueda leerse y apreciarse am--bas redacciones, debiendo el Notario hacer en el contexto del --instrumento, declaración expresa de que él y los testigos, en---tienden suficientemente el idioma del otorgante.

Considero que sería conveniente agregar otro inciso a este numeral, que suprima la intervención de intérpretes en el caso --anterior y que, al mismo tiempo, imponga al Notario la obliga---ción de declarar en el instrumento, que los otorgantes no se hi--cieron asistir de intérprete, porque él conoce suficientemente --el idioma de éstos.

MINUTA. Es el extracto o borrador del instrumento, elaborado en el idioma del otorgante, que contiene sus cláusulas o partes e--senciales, firmado por él o los otorgantes si supieren u otro a su ruego y él o los intérpretes, para agregarse al legajo de docu--mentos anexos al protocolo.

José M. Mustapich dice: "Que minuta es el Instrumento pri--vado que resume la convención pactada y debe ser firmada por to--dos los otorgantes. (24)

Exige nuestra ley a los otorgantes que no hablen el caste--llano, que formulen en su propio idioma una minuta de lo que ex--presan por medio del intérprete al Notario; esta minuta así for--mulada, debe ser traducida por el intérprete y después de firma--da por éste y los otorgantes si supieren u otro a su ruego, debe--rá agregarse al legajo de anexos de que habla el Art. 24 de la --Ley de Notariado.

Aparentemente la ley exige que la minuta se escriba de puño y letra de los otorgantes, pues dice: "Los otorgantes formula--rán en su propio idioma ... etc." lo que da a entender que se--rán ellos los que redactarán la minuta; más tal interpretación no armoniza con la parte final del inciso que dice: "que si los otorgantes no pueden firmar, firmará otro a su ruego"; de donde lógicamente se desprende, que si no sabe firmar el o los otorgan--tes, mucho menos podrá escribir. En este caso y cuando el otor--

gante sólo sabe firmar, sin saber leer ni escribir, la exigencia de la minuta resulta innecesaria, pues ignorará el contenido de la misma.

Puede presentarse el caso en que exista contradicción entre lo manifestado por el intérprete al Notario y consignado en el instrumento, y lo que los otorgantes expresen en el extracto de la minuta.

Se preguntará si prevalecerá lo dicho en el instrumento o lo expresado en la minuta.

La minuta, cuando los otorgantes la han elaborado de su puño y letra o cuando elaborada por un tercero se han enterado de su texto, por haberla leído, manifiesta más claramente su intención y al estampar su firma en ella, atestiguan, sin lugar a dudas, que lo contenido en ella es el reflejo fiel de su voluntad; la firma atestigua de una manera objetiva que los otorgantes han convenido en celebrar el acto en la forma y bajo las cláusulas en ella contenidas; por el contrario, lo escrito en el instrumento es lo relatado al Notario por el intérprete, que puede haberse equivocado al traducir el convenio de los otorgantes, por ello soy de opinión que debe prevalecer entre los otorgantes, lo que han expresado en la minuta, pues conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella, más que a lo literal de las palabras. Art. 1431 C.

La Ley exige la formulación de la minuta a los extranjeros que no pueden hablar el castellano, pero no reglamenta el caso de los sordomudos que sepan darse a entender por escrito, por lo que sería conveniente legislar específicamente sobre ellos, para suplir este vacío legal, y comprender, además, el caso de los sordomudos que sólo saben darse a entender por escrito, en otro idioma distinto del oficial.

ORDEN CRONOLOGICO. Son razones de seguridad, garantía y de facilidad en la búsqueda de una escritura, las que determinan este requisito. Seguridad y garantía para los otorgantes, porque con la correlatividad de la enumeración, puede evitarse que con posterioridad al acto concluido, se asiente otra escritura que modifique situaciones jurídicas ya definidas.

La importancia de este orden cronológico se pone más de manifiesto en los testamentos, pues todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables y prevalece la última declaración de voluntad sobre las anteriores; sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas, solo por excepción, el reconocimiento de hijo ilegítimo efectuado en un testamento, no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se reconoció. Se desprende claramente la importancia de este requisito para conocer cuál ha sido la última voluntad del causante. Sin la fecha no se sabría si el testamento se otorgó antes o después del fallecimiento del causante.

Si no existiera este orden cronológico, la prueba de los hechos anteriores a su otorgamiento, se tornaría difícil, y la mala fé de algún otorgante podría destruir un derecho u obligación constituido con anterioridad; además, siendo los contratos legalmente celebrados, obligatorios entre los contratantes, debe conocerse exactamente el momento en que deban estimarse perfectos.

La consignación de la fecha en los instrumentos, sirve también para determinar si los otorgantes eran o no capaces al momento de su celebración.

Hay un aforismo que dice: "El primero en tiempo, es el primero en derecho". Esto se pone en evidencia en los Arts. 712 y 1621 C. que dicen:

Art. 712 C.- "De varias inscripciones relativas a un mismo inmueble, preferirá la primera, y si fueren de una misma fecha, se atenderá a la hora de la presentación del título respectivo en el Registro. Salvo que se refieran a un mismo inmueble que esté proindiviso y que así conste en las escrituras respectivas, en cuyo caso todas ellas tendrán la misma fuerza y no habrá preferencia alguna".

Art. 1621 C.- "Si alguien vende separadamente una cosa a dos personas, el comprador a quien se haya hecho la tradición será preferido al otro, si ha hecho la tradición a los dos, aquel a quien se haya hecho primero será preferido, y si a ninguno se ha hecho, el título más antiguo prevalecerá ...".

LUGAR: La designación del lugar adquiere mayor importancia en otras legislaciones en donde el ejercicio del notariado está limitado a determinada jurisdicción, siendo nulos los instrumentos que se autoricen fuera de ella. En nuestro país, para los Notarios, en donde el ejercicio del Notariado es libre y que se ejerce en todo el territorio nacional, tiene menos importancia; solo serviría para sancionar aquellos actos celebrados fuera de las fronteras patrias.

Se advierte la importancia de la designación del lugar en los instrumentos que autorizan los Jefes de Misión Diplomática permanentes y los Jueces de la Instancia con jurisdicción en lo Civil, pues para los primeros el ejercicio de la función notarial les está limitado al lugar en que la Misión tuviere su asiento, y solo en defecto de Cónsules de Carrera o cuando éstos estuvieren imposibilitados o impedidos y para los segundos, porque de conformidad al Art. 131 de la Ley Orgánica del P. Judicial, tienen demarcada su jurisdicción en donde deben ejercer las funciones inherentes a su cargo.

TERCER REQUISITO. Art. 32, No.3.

"Que concurren a su otorgamiento en su caso, dos testigos, instrumentales hábiles, conforme al Art. 34"; y el Art. 34 dice:

"No será necesaria la concurrencia de testigos de asistencia al otorgamiento de instrumentos públicos o de cualquier otro acto notarial excepto cuando se tratase de testamentos y de donaciones de cualquier clase. Sin embargo, el notario podrá hacerlos intervenir si lo creyere conveniente, y, en todo caso, cuando alguno de los otorgantes lo pida expresamente o cuando sea ciego, mudo o no supiere expresarse en el idioma castellano.

Los testigos instrumentales serán dos, de uno u otro sexo, mayores de dieciocho años, conocidos del Notario y domiciliados en la República, Este último requisito no será necesario cuando el instrumento se otorgue ante Agente Diplomático o Consular. En todo caso, los testigos deberán saber leer, escribir, hablar el idioma castellano y tener

profesión u oficio.

No podrán ser testigos los dementes, los ciegos, los mudos o los sordos; los condenados por delitos contra la propiedad o por falsarios; los que tengan interés conocido en el acto o contrato y el cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del Notario o de alguno de los otorgantes”.

TESTIGOS. Testigo, dice nuestro Código de Pr. en el Art. 293, “Es la persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad”. En términos generales podríamos decir que testigo, es la persona que da testimonio de una cosa o hecho que conoce o, como dice Mustapich, “Testigo en general, es una persona hábil que tiene conocimiento de un hecho o acto jurídico en el que no tiene interés personal” (25). Escriche, dice: “Testigo es la persona fidedigna de uno u otro sexo, que puede manifestar la verdad o FALSEDAD de los hechos controvertidos”. (26)

ORIGEN Y RAZON DE SU PRESENCIA. La intervención de los testigos en los instrumentos públicos es tan antigua como el origen mismo del notariado. Mucho se ha discutido sobre la utilidad de su intervención en los instrumentos, y se ha llegado a la conclusión de que no existe en la actualidad, ninguna razón filosófica o de conveniencia que justifique su presencia; antes bien, se ha sostenido que tal requisito es humillante y depresivo para la Institución Notarial, pues siendo la fe pública de que goza el Notario, inóvitable, tanto en su naturaleza como en los efectos que produce, no necesita la intervención de persona alguna para revestir de autenticidad y de certeza, los actos que autoriza.

Algunos sostienen que los testigos vienen a constituir un freno para aquellos notarios faltos de probidad y honradez, pero tal argumento carece de validez, principalmente en nuestro medio, en donde está tan corrompida la prueba testimonial; más, si esa fuera la razón de la presencia de los testigos instrumentales, debiera reglamentarse mejor su intervención y los requisitos que deben reunir las personas para atestiguar, pues conforme a nuestra ley, la elección de éstos queda a juicio del Notario y él, si lleva en mira un propósito doloso, seleccionará aquellos tes-

tigos que mejor se amolden a sus intenciones y hasta podría consignar nombres ficticios, ya que no está obligado a identificarlos como a los otorgantes. La verdad es que la presencia de testigos en los instrumentos, obedece, no a un medio de prueba, sino como una solemnidad, y su objeto principal es imprimir el sello de publicidad al acto.

La presencia de testigos acredita que el instrumento no se ha celebrado clandestinamente, sino en público. En resumen pues, el testigo interviene como solemnidad y como medio de publicidad del acto representando al pueblo como en tiempos de los romanos.

Otra de las razones, por la cual se mantiene la intervención de los testigos es la influencia del derecho histórico, como una reminiscencia de las primitivas formas instrumentales. -- Más de siete siglos se ha mantenido su presencia, lo que por sí solo demuestra lo arraigado de tal práctica legal, y lo difícil de su supresión sin la protesta de los juristas conservadores.

No obstante, en nuestra legislación se ha avanzado en esta materia, pues en la anterior Ley de Notariado, se exigía su presencia en todos los instrumentos y la excepción era la falta de testigos, ejemplo de ello lo teníamos en el inciso 3o. del Art. 1219 Pr. para el caso de que el Notario sustituía el poder por sí y ante sí. Otro caso de excepción en aquella época, eran los protestos de las letras de cambio y cheques, cuando los firmaba el librado o su representante. Art. 446 y 459 en relación con el Art. 462 del Código de Com..

Actualmente la regla general es que no es necesario la presencia de testigos y la excepción la constituyen los casos que se enumeran el Art. 34 y a los cuales me referiré más adelante. La inclinación de la mayoría de los autores, es hacia la supresión de los testigos en las escrituras, pues complican la instrumentación notarial y disminuyen la autoridad del Notario, considero que nuestra Ley debe seguir las corrientes modernistas y en una próxima reforma deberían suprimirse totalmente a los testigos de los actos notariales.

Participan de esta opinión entre otros autores, Sanahuja y Soler, José Eduardo Girón, Carlos Emérito González, Anselmi, Alberto de Velasco, Solimena, Fernández Casado, Bollini, Juan Bal-

dona, Antonio Suárez, Pedro Luis Boffi, Francisco Cordera, etc. (27). No se crea por todo lo expuesto, que la intervención de los testigos ha sido en todos los tiempos una práctica inútil, - su presencia se justificaba y se hacía necesaria, cuando el funcionario federatario, no estaba revestido de fe pública, era entonces su presencia a título de prueba y no ad-solemnitatem o como medio de publicidad como se le considera en la actualidad, en que el estado ha dado fe plena al dicho del Notario, la que no necesita ser reforzada en ningún caso por importante que éste sea. Los testigos sólo ven, oyen y firman y con ello termina su actuación, y en la mayoría de los casos, ya en la vida práctica, su intervención es posterior, es decir, que su presencia es una ficción. Si en nuestro medio el legislador tiene desconfianza en la conducta de los Notarios, lo que debiera hacerse es ser más cuidadoso en las autorizaciones y más riguroso en el control del ejercicio profesional, pero nunca permitir el reinado de ficciones.

CLASIFICACION. Los testigos en general pueden ser judiciales o instrumentales. Chiovenda define al testigo judicial diciendo: "que es la persona distinta de los sujetos procesales, llamada a exponer al Juez las propias observaciones de hechos acaecidos que tienen importancia para el pleito". (28) Y testigo instrumental, según Escribano: "La persona que asiste al otorgamiento de un instrumento o escritura". (29) Existen también los testigos de conocimiento, que son aquellos que atestiguan al Notario la identidad de los otorgantes, cuando éstos no son conocidos; a estos testigos también se les conoce con el nombre de FIDEFACIENTES, y a ellos se refiere nuestra Ley de Notariado en el Art. 32, No.5, cuando dice: "O por medio de dos testigos idóneos conocidos del Notario". Existen otros testigos de naturaleza sui-génere, como el testigo abonado, que es el que no tiene tacha legal; el testigo curricular o de oídos, que es el que depone sobre algún hecho por haberlo oído a otros, este testigo, según nuestra ley, Art. 318 Pr., no hace fe, excepto cuando depone sobre hechos cuyo conocimiento solo puede ser adquirido por este sentido o cuando no se puede recibir otra prueba por haber transcurrido más de ochenta años desde que ocurrió el suce

so de que se trata; en igual situación se encuentra el testigo - por creencia, cuando no da razón concluyente de ello. El testigo ocular o de vista, es el que depone sobre algún hecho que ocurrió estando él presente; testigo falso, es el que falta maliciosamente a la verdad en sus deposiciones, sea negándola, sea diciendo lo contrario a ello; y testigos singulares, son los que discordan de los otros en el hecho, persona, tiempo, lugar o circunstancias esenciales. La singularidad puede ser OBSTATIVA, ADMICULATIVA y DIVERSIFICATIVA. La primera, llamada también ADVERSATIVA, es la que contiene contrariedad en los dichos de los testigos que deponen sobre un mismo hecho. Ejemplo: uno dice: Pedro fué muerto en el campo y el otro dice que en la iglesia. La segunda, o ACUMULATIVA, se da cuando los testigos deponen sobre hechos que aunque diversos, se ayudan mutuamente para probar el hecho que se discute. Ejemplo: un testigo dice que vió a Pedro comprar un cuchillo, el otro dice que vió a Pedro herir con un cuchillo a Juan, y otro que vió a Pedro con un cuchillo ensangrentado, etc.. Y la tercera, o DIVERSIFICATIVA, cuando los testigos deponen sobre hechos diversos. Ejemplo: uno dice que vió a Pedro golpear a Juan y otro dice que vió a Pedro -- prestando dinero a Manuel. (30)

Las funciones que desempeñan los testigos judiciales y los instrumentales, son distintas, los primeros tienen como objeto -- narrar en el juicio respectivo, un hecho pasado, por él, percibido, generalmente, en forma accidental. Los segundos, tienen por mira percibir el acto del otorgamiento en el momento en que éste se celebra. Su intervención es voluntaria y no accidental, y -- fuera de juicio o litigio. De esta diversidad de funciones, surgen distintas exigencias legales, más rigurosas para los testigos instrumentales y menos para los judiciales, principalmente -- para los que deponen en materia penal.

INSTRUMENTOS QUE REQUIEREN LA PRESENCIA DE TESTIGOS. Como ya lo expuse, en nuestra ley, la regla general es que en los instrumentos notariales, no es necesaria la presencia de testigos; no obstante por excepción, se requiere su presencia en los casos siguientes: a) testamentos; b) donaciones de cualquier clase; c) cuando alguno de los otorgantes lo pida expresamente o fuere

ciego, mudo o no supiere expresarse en el idioma castellano y d) cuando el Notario lo creyere conveniente. El número de testigos de asistencia o instrumentales que deben intervenir en las escrituras, son dos, pero por excepción se exigen tres, en los testamentos abiertos y marítimos y cinco en los cerrados. Art. 40., - No.3 de la Ley de Notariado, y Art.1033 C..

REQUISITOS. Los requisitos que deben reunir los testigos de asistencia son: a) ser mayores de 18 años; b) ser conocidos del Notario; c) estar domiciliados en la República, este requisito no será necesario cuando el instrumento se otorgue ante Agente - Diplomático o Consular. El domicilio consiste en la residencia acompañada real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella, se divide en Político y Civil. Aquí la ley se refiere al domicilio político, o sea al que se tiene con relación al territorio del estado en general y no al domicilio civil, que es el relativo a una parte determinada del territorio del estado; d) - saber leer y escribir. Este requisito se exige con el objeto de que los testigos tengan cierto discernimiento y puedan imponerse de lo escrito por el Notario, de modo que no sea simple espectador, sino persona conciente, que comprende lo que ve, por si alguna vez en pleito futuro deba narrar los hechos observados; e) hablar el idioma castellano. Es lógico que se exija este requisito, pues el instrumento se redacta en castellano y si los testigos no lo hablaren, no se darían cuenta del acto; y f) tener profesión u oficio. Profesión u oficio, es la ocupación habitual del individuo que le proporciona los medios necesarios para su subsistencia. Con este requisito se descarta la posibilidad de que sirvan de **testigos** los mendigos, el tahir, el ebrio consuetudinario, porque son personas que si en un tiempo tuvieron profesión u oficio, lo han perdido por su depravación o indigencia.

IMPEDIMENTOS PARA SER TESTIGOS. Los impedimentos o inhabilidades para ser testigo, son de dos clases: naturales y legales. - Están impedidos por causas naturales: El demente, el ciego, el mudo, el sordo, el menor de 18 años; e impedidos por causas legales están: a) los que han sido condenados por delitos contra la propiedad (robo, hurto, usurpación, alzamiento, quiebra, es-

tafa, incendio, daños, etc.); b) los que han sido condenados - por falsarios (Art. 201 Pn. y siguientes hasta el 266.).

El Juez de lo Penal al pronunciar el fallo condenatorio, de conformidad al Art. 266 Pn., está obligado a declarar la inhabilidad del reo para servir de testigo en causas civiles y criminales y en actos de cartulación, por el tiempo que dure la condena; c) los que tengan interés conocido en el acto o contrato. Este interés entiendo que debe ser desde el punto de vista económico, y no un interés personal como el que pudieran tener los abogados o procuradores de los otorgantes; y d) el cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del notario o de alguno de los otorgantes. La razón de la prohibición para el cónyuge y parientes del Notario es por que el legislador quiere impedir que dos intereses distintos no se encuentren a un mismo tiempo en una sola persona, y pierda así el instrumento sus principales atributos; en cuanto al cónyuge y pariente de los otorgantes, la razón es distinta y con ella se quiere que el otorgante exprese su voluntad libremente, sin presión moral o afectiva de ninguna índole. Otra de las razones que se señalan para justificar la prohibición a todas estas personas, es la de que el testigo debe ser siempre imparcial y el parentesco, que es el más fuerte vínculo de unión entre las personas, vuelve a éstas parciales, si en determinado hecho se ven comprometidos sus intereses.

CUARTO REQUISITO. Art. 32, No. 4.

"Que se exprese en el instrumento el nombre, apellido, edad, profesión u oficio y domicilio de los otorgantes y de los testigos e intérpretes, en su caso. Si alguno de los otorgantes fuere extranjero, se expresará también su nacionalidad. Si alguno de los otorgantes fuere mujer casada o viuda, se expresará su apellido de soltera y el que conste en el antecedente si lo hubiere".

Todos estos requisitos que la ley exige que se consignen en el instrumento, es con el objeto de individualizar a los otorgantes, testigos e intérpretes. El medio individualizador por excelencia, es el nombre de la persona, pero para evitar confusión -

con los homónimos, se exige que se consigne la edad, profesión u oficio y domicilio. Para los otorgantes se exige también, si -- fueren extranjeros, su nacionalidad; si fuere mujer casada o viuda, su apellido de soltera, y el nombre que conste en el antecedente, si lo hubiere.

Por nombre en términos generales se entiende, la palabra que se apropia o se da a alguna cosa o persona para darla a conocer y distinguirla de las otras. Es pues el nombre, como ya se dijo, el mejor medio para distinguir una persona de otra, y en él debe consignarse a mi juicio, cuando se trate de personas legítimas o naturales, los apellidos paterno y materno.

La mención de la nacionalidad de los otorgantes tiene otra finalidad, además de la individualizadora, cuando por medio del instrumento se adquiere la propiedad de bienes raíces rústicos, -- que no serán destinados para el establecimiento de fábricas industriales y esta otra finalidad es la de determinar si dichos -- otorgantes tienen capacidad para adquirir dichos bienes, pues el Art. 141 C.P. dispone: "La propiedad de los bienes raíces rústicos no podrá ser adquirida por extranjeros en cuyos países de origen no tengan iguales derechos los salvadoreños, excepto cuando se trate de tierras para establecimientos industriales". Las compañías extranjeras y las salvadoreñas a que alude el inciso -- segundo del Art. 16 de esta constitución, estarán sujetas a esta regla.

Otras legislaciones más celosas sobre la individualización, exigen que en el instrumento se consigne la paternidad, estado -- civil y lugar de nacimiento de los otorgantes.

PARTES INTERVINIENTES.

Partes, en una escritura, son las personas en quienes se -- producen los efectos jurídicos del acto.

Son siempre dos, como mínimo, las partes en todo acto instrumentado, y en cada una de ellas pueden figurar dos o más personas.

El derecho no se concibe, sin dos sujetos, uno de pretensiones y otro de obligaciones, pues igual cosa sucede en los instrumentos que crean, modifican, transfieren o extinguen derecho u --

obligaciones y tal ocurre aún, en los actos unilaterales de voluntad, en los cuales siempre aparece tarde o temprano la otra parte, que es aquella a quien van dirigidos los efectos jurídicos del acto. Geralmente las partes intervinientes son los mismos otorgantes, cuando comparecen personalmente y por derecho propio a su celebración. Así entiende nuestra Ley de Notariado el concepto de parte, ejemplo de ello lo tenemos en el Art. 37 que dice: "No podrá procederse a extender un instrumento cuando las PARTES no tengan capacidad legal para otorgarlo o si no estuvieren presentes dichas PARTES, sus mandatarios o representantes legales en su caso, todo bajo pena de nulidad". Y en el Inc. 3o. del Art. 43 que dice: "Si la escritura es de aquellas que dan acción para pedir o cobrar una cosa o deuda cuantas veces se presente no debe extenderse más que un solo testimonio y para dar otro, es necesario decreto de Juez previa citación de la parte contraria, si ésta estuviere presente, y en el caso del Art. 141 Pr., con citación del respectivo curador".

OTORGANTES O COMPARECIENTES.

Son las personas que interviniendo en la celebración de un instrumento público, por derecho propio, en representación o con poder de otro, consignan hechos, crean, modifican, transfieren o extinguen derechos u obligaciones. La voz otorgantes, tiene su origen en el verbo otorgar, que significa admitir, consentir, -- dar. Julio Otero y Valentín, en su obra "Sistema de la función Notarial", califica a los otorgamientos en ACTIVOS cuando comprenden facultades dispositivas de conceder, prometer, proponer, ordenar, etc. y PASIVOS o concordantes como aceptar, ratificar, -- renunciar facultades o derechos, de manera deliberada cuando se disputan. (31) La Ley de Notariado emplea indistintamente la palabra otorgante o compareciente, ejemplo Art. 32, No. 5 y 6.

Cuando el otorgante o compareciente, no comparece por derecho propio, sino en representación de otra persona, está obligado a justificar ante el Notario la personería con que actúa y el Notario debe dar fe en el cuerpo mismo del instrumento, de ser -- legítima, basado en los documentos que se le hayan presentado para tal fin, debiendo expresar su fecha y el nombre del funcionario o persona que los autoriza. Art. 35 de la Ley de Notariado.

La regla general es de que todo acto puede ejecutarse por sí o por mandatario legalmente constituido, sin embargo, hay un caso de excepción, y es el contemplado en el Art. 1001 C., que dice: "La facultad de testar es indelegable. Así, no puede conferirse poder para testar". Por muy general o especial que sea el poder, nunca será suficiente para otorgar testamento en nombre del mandante.

CONCURRENTES.

Son las personas que figuran o participan en el otorgamiento, sin tener relación de derecho alguno, sólo asisten al acto por disposiciones legales, pero sin ser partes, otorgantes o comparecientes, ejemplo: los testigos instrumentales y de conocimiento, los intérpretes.

AUTORIZANTE.

Es el Notario o la persona que ejerce funciones de Notario. El Notario es el que autoriza; él no otorga, no concurre, ni comparece, al contrario, ante él concurren y comparecen los otorgantes y testigos e intérpretes para revestir de autenticidad al acto. Sin embargo, hay casos en que el Notario autorizante, es al mismo tiempo, la parte interviniente y otorgante, estos casos -- son los siguientes: 1o.) cuando otorga por sí y ante sí su testamento; 2o.) cuando otorga por sí y ante sí, poderes; 3o.) cuando otorga por sí y ante sí, sustitución de poderes que le -- han otorgado a su favor; 4o.) cuando otorga por sí y ante sí, -- cancelación de obligaciones constituídas a su favor y 5o.) --- cuando otorga por sí y ante sí, actos en que él solo se obliga.

Fuera de estos casos excepcionales, el Notario autoriza todos los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen, con la única limitación de aquellos instrumentos en -- que resulta o pueda resultar algún provecho directo para él mismo, su cónyuge o para sus parientes, dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. Art. 9..

Podría un Notario autorizar válidamente un instrumento que sea otorgado por un pariente suyo, de los enumerados anteriormente o su cónyuge, en calidad de apoderado de un extraño?

Entiendo que el provecho de que habla la ley debe interpre-

tarse que se trata de un provecho en sentido económico, patrimonial y que debe surgir directamente del acto o contrato que el Notario autoriza; por consiguiente, no veo ningún inconveniente, para su celebración; puede suceder que se haya pactado alguna remuneración entre el mandante y el mandatario, por los servicios de éste al comparecer a celebrar el contrato o instrumento, pero este beneficio no nace del instrumento mismo, sino de otro convenio y tal caso no lo prohíbe la ley.

Pero sería también válido el instrumento otorgado por el representante de una sociedad, de la cual es socio el cónyuge, el Notario o sus parientes?. En algunas legislaciones la ley expresamente le da validez al instrumento, cuando se trata de sociedades anónimas y deja vigente la prohibición para las sociedades colectivas. Nuestra ley no dice nada, pero es evidente que los socios de cualquier sociedad de que se trate, tienen un marcado interés en los negocios sociales y que según el éxito o fracaso de éstos, experimentarán o no, provecho económico en sus patrimonios; pero este provecho no es directo, pues según nuestro Código Civil en el Art. 1811, Inc. 2o., establece que: "La sociedad forma una persona colectiva distinta de los socios individualmente considerados". Y si las sociedades son personas jurídicas distintas de los socios, la utilidad o provecho que resulte del instrumento, será en beneficio directo de ellas, como personas jurídicas que son y sus socios, sólo indirectamente se aprovecharían de ese acto, al efectuarse una distribución de utilidades; de ahí que considero que de cualquier sociedad de que se trate, será válido el instrumento que otorgue el Notario, si él, su cónyuge o parientes son socios de la sociedad.

QUINTO REQUISITO. Art. 32, No. 5..

"Que el Notario de fe del conocimiento personal que tenga de los comparecientes; y en caso de que no los conozca, que haga constar en el instrumento que se cercioró de la identidad personal de aquellos por medio de su respectiva Cédula de Identidad Personal, pasaporte o tarjeta de residente, o cualquier otro documento de identidad, o por medio de dos testigos idóneos conocidos del Notario. En todo caso, se consignarán en el instrumento el número de la Cédula de I--

dentidad, Pasaporte, Tarjeta o documento y los nombres y generales de los testigos de conocimiento, según el caso”.

FE DE CONOCIMIENTO, IDENTIFICACION O FE NOTARIAL.

Esta obligación que la ley impone al Notario, es uno de los pilares en que se apoya la institución notarial, le imprime al instrumento la garantía de certeza contra todas las personas; -- sin esta exigencia, pronto vendría la duda sobre si la persona que compareció es la misma a que el instrumento se refiere, los fraudes, suplantaciones y usurpaciones serían frecuentes.

La ley no da ninguna regla para determinar cuando se conoce a una persona, tal apreciación la deja a la prudencia y buen criterio del Notario. Dar fe del conocimiento personal que se tiene de los comparecientes u otorgantes, es tanto como afirmar, -- que al Notario le consta que existe identidad entre la persona física que comparece y el nombre y demás generales que se atribuye; tanto como dar certeza de que las partes son realmente las que han asistido al otorgamiento del instrumento. De manera que no bastaría saber sólo el nombre de una persona, para afirmar -- que se le conoce, se debe también tener plena certeza de que la edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad y domicilio, que el otorgante se atribuye le corresponden en la realidad o -- porque así lo ostenta públicamente, en su vida social; es decir, porque tales hechos son notorios y así les constan a toda la gente. Si basado en estos principios, el Notario hace afirmación -- en el instrumento de que conoce al otorgante, esta afirmación estaría bien hecha y el Notario no incurriría en ninguna sanción, -- si el otorgante, cuyo conocimiento ha afirmado, con nombre falso ha suplantado a otra persona y ha efectuado el mismo engaño públicamente. El Notario para hacer afirmación de conocimiento, -- debe basarse en hechos notorios del otorgante, que como tal le constan a él y al público.

CLASES DE CONOCIMIENTOS.

Existen dos clases de conocimientos; uno que podríamos llamar PRE-EXISTENTE, y es aquel que adquirimos por el contacto directo que necesariamente tenemos con las personas que nos rodean o por la vinculación que existe entre ellas y nosotros, este conocimiento como su nombre lo indica existe con anterioridad a la

celebración del instrumento. El otro conocimiento, es el ADQUIRIDO, éste se adquiere después de cierto juicio o juzgamiento, - cuando en nuestra mente se tiene certeza que el otorgante es la persona que dice ser. Esta convicción se la puede formar el Notario por diversos medios, por el dicho de otras personas, por la presentación de documentos relativos a la identidad del otorgante, tales como Cédulas, Pasaportes, etc.. Esta clase de conocimiento puede fallar, porque existen muchas personas que por motivos diversos usan nombres supuestos, con el cual son conocidos socialmente; en tales circunstancias, es muy posible que el Notario, que da fe de conocimiento se equivoque, por ello Núñez Lagos dice: "Que el conocimiento es la calificación sobre la notoriedad del sujeto compareciente". (32)

Nuestro legislador, celoso de la importancia que en el tráfico jurídico tiene la fe de conocimiento, le exige al Notario - de manera expresa, que en todo caso, es decir, que ya sea que conozca o no al otorgante, siempre debe consignar en el instrumento el número de la Cédula de Identidad Personal, Pasaporte, etc. O CUALQUIER OTRO DOCUMENTO DE IDENTIDAD. El documento necesario y suficiente para establecer la identidad de las personas, es la Cédula de Identidad Personal y su presentación será necesaria en los actos de cartulación, así lo dice expresamente el Art. 7, No. 2, de la Ley de Cédula de Identidad Personal; en defecto de la Cédula, nuestra Ley de Notariado, admite expresamente el Pasaporte o la Tarjeta de Extranjero Residente, y deja al buen criterio del Notario, admitir cualquier otro documento para establecer la identidad del otorgante, estos documentos a mi juicio podrían -- ser, la licencia de manejar, la cual prácticamente sustituye en los Bancos a la Cédula de Identidad, la tarjeta del Seguro Social, los carnet, extendidos por funcionarios públicos, instituciones o compañías, etc.. Siempre que tales documentos contengan la foto del interesado.

TESTIGOS DE CONOCIMIENTO.

Como ya dijimos anteriormente, testigos de conocimiento son los que atestiguan al Notario sobre la identidad de alguno de -- los otorgantes, a ellos se refiere la Ley de Notariado cuando dice: "o por medio de dos testigos idóneos conocidos del Nota---

rio"». Art. 32, No.5. Pero no reglamenta las condiciones que deben reunir dichos testigos, no obstante, considero, que al decir la ley, que el Notario podrá comprobar la identidad del otorgante por medio de dos TESTIGOS IDONEOS, se está refiriendo a -- aquellas personas capaces de atestiguar conforme al Art. 34 de -- la misma Ley de Notariado, pues lógicamente los requisitos de -- los testigos instrumentales y de asistencia, deben ser los mismos, ambos tienen un tronco común: ambos son testigos. Corrobo -- ra esta interpretación, el hecho de que los mismos testigos instrumentales, pueden servir de testigos de conocimiento y si esto es así, necesariamente los requisitos que debe reunir el testigo de conocimiento deben ser los mismos que reglamenta el Art. 34 -- para los testigos instrumentales. Es en el Art. 40 No.4 de la Ley de Notariado, donde se permite para el caso de testamentos, -- que los testigos instrumentales sean los mismos testigos de conocimiento, dice este numeral: "Será indispensable que los testigos conozcan al testador, pero en los casos en que deban concurrir cinco, será suficiente que tres de ellos lo conozcan. Si el Notario no conociere al testador, lo identificará por medio de los mismos testigos, su Cédula de Identidad o por cualquier otro medio idóneo a juicio del Notario".

El hecho de referirse exclusivamente al caso de los testamentos, no es obstáculo para que en los demás instrumentos que requieren la presencia de testigos instrumentales, puedan éstos servir al mismo tiempo de testigos de conocimiento; pues la ley, no lo prohíbe expresamente y lo que la ley no prohíbe está permitido.

Debe consignarse en el instrumento el nombre y generales de los testigos de conocimiento.

En otras legislaciones, cuando el Notario no conoce al otorgante y no puede identificarlo por medio de documentos, ni por testigos de conocimiento, se le permite que autorice el acto o contrato, siempre que el otorgante, además de su firma e impresiones digitales, deje una fotografía agregada al protocolo o cuando una de las partes haga declaración expresa de que conoce al otro otorgante y que las generales que se atribuye son las que realmente le corresponden.

Entre nosotros la cosa es distinta, si el Notario no conoce al otorgante, ni lo puede identificar por medio de su Cédula, -- Pasaporte, Tarjeta de Residente u otro documento de identidad, o dos testigos de conocimiento, debe de abstenerse de autorizar el instrumento.

SEXTO REQUISITO. Art. 32 No.6.

”Que se haga relación exacta, clara y concisa de lo que digan los otorgantes y que pidan se consigne en el instrumento; por consiguiente, el Notario no podrá poner cosa alguna atribuida a los comparecientes en que éstos no hubieren con venido expresamente”.

REDACCION.

Redactar, según la Real Academia Española, es poner por escrito cosas sucedidas, acordadas o pensadas con anterioridad.

Efectivamente, el Notario redacta el instrumento, luego de haber sido planteado por las partes y si éstas están de acuerdo en su celebración; surge entonces, el instrumento, como una lógica consecuencia del negocio jurídico que las partes se han propuesto celebrar. Las partes, cuando acuden al Notario, le plantean el negocio jurídico generalmente en lenguaje no técnico, -- porque suelen desconocer el vocabulario jurídico, es decir, los términos legales propios del caso; por ello el Notario debe comenzar su función autenticadora, adecuando la voluntad de las partes a la ley, para tipificar el acto, convenio o declaración de voluntad, y con lenguaje jurídico debe consignar en el instrumento una relación exacta, clara y concisa de lo que le han manifestado los otorgantes.

Se ha discutido si en un instrumento debe prevalecer el lenguaje popular o el técnico; la verdad es que el empleo adecuado de una expresión técnica, ahorra el empleo de palabras, soluciona en muchos casos, un problema de interpretación; pero si se emplea incorrectamente, produce confusión y obscuridad en la interpretación del instrumento; por ello, soy de opinión que el lenguaje popular debe emplearse en la preparación del acto; pero -- una vez acordado éste, el Notario, como jurista que es, debe emplear el lenguaje técnico en la redacción del instrumento y ex--

plicar a los otorgantes el significado de las palabras técnicas, para que comprendan la naturaleza del negocio jurídico y se cercioren que corresponde al que acordaron celebrar.

Al redactar el instrumento, el Notario está obligado a consignar única y exclusivamente lo convenido por las partes; no debe poner cosa alguna atribuida a ninguno de ellos, sobre la que no hayan exteriorizado su consentimiento. Lo que quiere la ley es que el instrumento sea el reflejo fiel y exacto de la voluntad de los otorgantes, para garantía de sus respectivos derechos; sin embargo, el Notario no está inhibido, y, por el contrario, debe hacer ver a los comparecientes la utilidad de consignar -- otras cláusulas, para garantizar mejor los efectos del acto, y -- si las partes convienen, debe hacerlas figurar en el contexto -- del instrumento. Generalmente, las cláusulas de estilo, son las que a iniciativa del Notario se consignan en el instrumento, y tienen por objeto sustituir una norma de derecho positivo por -- una norma convencional, llenar una laguna de la ley o rectificar una interpretación de jurisprudencia. Gonzalo Palomino, define las cláusulas de estilo diciendo: "Que son los pactos y disposiciones que generalmente, por iniciativa del Notario, se aceptan por las partes y se incrustan en todos los instrumentos de un tipo determinado". (33)

DECLARACIONES.

En el instrumento no sólo figuran las declaraciones que él e los otorgantes formulan al Notario, sino que también se consignan declaraciones efectuadas por el mismo Notario. Veamos -- pues, cuáles son las declaraciones de los otorgantes, y cuáles las declaraciones del Notario y la fe que merecen unas y otras.

DECLARACIONES DE LOS OTORGANTES.

En este punto hay que distinguir: a) la formulación de -- las declaraciones de los otorgantes; y b) la verdad o sinceridad de esas declaraciones. En cuanto a las primeras, hacen plena fe ante todo el mundo, pues el Notario da fe de la manifestación de voluntad, es decir, que lo que consta en el instrumento es exactamente lo que dijeron los otorgantes, o sea que es la -- relación exacta, clara y concisa de lo que éstos pidieron se -- consignara en el instrumento y en el cual no aparece ninguna de

claración en la que no se hubiere convenido expresamente. En -- cuanto a las segundas, es decir, en cuanto a la certeza o sinceridad de lo que los otorgantes han declarado al Notario y éste -- ha consignado en el instrumento, por ser un hecho que el Notario no puede constatar o afirmar, no hace fe con relación a terceros, sino solo entre las partes contratantes y sus herederos. Por -- ello se dice, que el Notario da fé de la declaración de voluntad, pero no de la declaración misma.

DECLARACIONES DISPOSITIVAS Y ENUNCIATIVAS.

Los otorgantes en el instrumento hacen declaraciones dispositivas y enunciativas. Las declaraciones dispositivas constituyen el acto mismo, es el acuerdo de las voluntades de las partes, que versan sobre el objeto de las obligaciones, o sea sobre las cosas objeto de la negociación. El instrumento público no hace fe con relación a terceros, sobre la verdad o sinceridad de las declaraciones dispositivas, mas como ya se dijo, sí hace fe sobre el hecho de que fueron formuladas por los otorgantes y en la forma que en el instrumento se expresa. Pero aunque no hagan fe los instrumentos públicos con relación a terceros, en cuanto a -- la veracidad de estas declaraciones, de acuerdo con el principio "ONUS PROBANDI" que dice: "Lo normal se presume, lo anormal o excepcional debe probarse", se necesita probar por los terceros, la falsedad de estas declaraciones dispositivas para desvirtuar su contenido, ya que lo normal es que los otorgantes, cuando acuden al Notario a formalizar un contrato, hacen declaraciones serias, sinceras, veraces. Surge así, de este hecho, la presunción de veracidad y no de la fe pública notarial.

Las declaraciones enunciativas, son aquellos relatos accesorios formulados por alguno de los otorgantes, que versan sobre -- hechos o actos jurídicos anteriores al negocio que se celebra.

Estas declaraciones enunciativas, cuando tienen una relación directa con lo dispositivo del acto o contrato hacen fe entre las partes, así lo preceptúa el Art. 1577 C. que dice: "El instrumento público o privado hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato".

La razón por la cual se le concede valor probatorio a las -- declaraciones enunciativas en este caso, es por la vinculación --

estrecha que tienen con las declaraciones dispositivas, a las --
cuales le han prestado los otorgantes toda su atención; lo difi-
cil será determinar en qué casos existe la vinculación estrecha
o como dice la ley, la relación directa con lo dispositivo del -
acto o contrato. Será ésto una cuestión de hecho, que habrá de
apreciar en cada caso. En términos generales, podríamos decir,
que las declaraciones enunciativas tienen relación directa con -
lo dispositivo del acto o contrato, cuando contribuyen a preci-
sar el objeto del contrato o que en alguna forma modifican los -
derechos que nacen de éste.

También pueden ocurrir con las declaraciones enunciativas, -
que constituyan un principio de prueba por escrito o una confe-
sión extrajudicial escrita y en este último caso, haría fe con-
tra el que la ha formulado, de acuerdo al Art. 374 Pr. que dice:
"La confesión extrajudicial escrita hace plena prueba contra el
que la ha hecho, siendo sobre cosa cierta, mayor de edad el que
la hace y no interviniendo fuerza ni error".

DECLARACIONES DEL NOTARIO.

No todas las declaraciones que hace el funcionario autori-
zante en el instrumento hacen plena fe. Esta fe es plena, lo.)
en cuanto a los hechos que en las actuaciones notariales perso-
nalmente ejecuta. Por ejemplo, la declaración del Notario que -
dice que él en un solo acto ininterrumpido dió lectura al instru-
mento, etc.; 2o.) en cuanto a los hechos que percibe por sus --
propios sentidos. Por ejemplo: cuando el Notario afirma en el -
instrumento que el precio de la venta fue entregado en presencia
al vendedor y 3o.) en cuanto a los hechos que el Notario comprue-
be por los medios que la ley expresamente determina; por ejemplo:
cuando el Notario dice que se cercioró de la identidad del otor-
gante por medio de su Cédula de Identidad, Pasaporte, Tarjeta de
Residente, etc..

Fuera de los casos anteriores, las declaraciones que el fun-
cionario haga en el instrumento, no hacen fe, es decir, no prue-
ban la verdad o sinceridad de las mismas.

SEPTIMO REQUISITO. Art. 32 No. 7..

”Que se escriban con letras las cantidades y las fechas”.

Al exigir que se consignen en letras las cantidades y las fechas se trata de garantizar los derechos de las partes, evitando las posibles alteraciones del instrumento, sobre circunstancias tan importantes como son las cantidades y las fechas.

Si se permitiera lo contrario, es decir, consignar con números las cantidades y las fechas, sería fácil alterar una cifra, cambiando un número por otro y es ésto precisamente, lo que se ha querido evitar con este requisito.

OCTAVO REQUISITO. Art. 32 No. 8..

”Que no se escriba cosa alguna en el texto del documento con iniciales o abreviaturas, salvo las frases conocidas comunmente para tratamientos, títulos de honor o expresiones de cortesía y respeto”.

En primer lugar, cabe observar que el legislador ha empleado inadecuadamente la palabra documento como sinónimo de la palabra instrumento, no obstante que, como ya expliqué, son dos conceptos diferentes.

La exigencia que comprende este numeral no es de tanta importancia como las anteriores, pues el significado de una palabra es el mismo cuando se escribe en forma abreviada o con todas sus letras; pero el objeto que se persigue es dar más claridad al instrumento y facilitar su lectura a todas las personas.

Podríamos imaginarnos lo conpendioso que sería leer un instrumento que se redactara con iniciales o abreviaturas; por ello la ley sólo permite hacerlo, con aquellas frases conocidas comunmente para tratamientos, títulos de honor o expresiones de cortesía o respeto, y lo permite precisamente porque todos, o casi todos, conocemos la forma en que se abrevian estas palabras, por ser de uso frecuente.

NOVENO REQUISITO. Art. 32 No. 9..

”Que los borrones, enmendaduras, entrerenglonaduras, testaduras y cualesquiera otras correcciones se anoten y salven

íntegramente al final del instrumento a presencia de los comparecientes y antes de las firmas. Se prohíbe usar el paréntesis para sustituir testaduras””.

No obstante que el Notario al redactar un instrumento pone el mayor cuidado posible, siempre o casi siempre, se cometen errores que pueden consistir: a) en escribir incorrectamente frases o palabras; b) en omitir la escritura de frases o palabras; y c) en escribir frases o palabras innecesarias.

Para subsanar tales anomalías, la ley permite al Notario, borrar, enmendar, entrerrenglonar, tachar o efectuar cualquier otra corrección en el texto del instrumento, siempre que se salven o anoten íntegramente al final del mismo, a presencia de los otorgantes y antes de sus firmas.

Es tan importante salvar antes de las firmas los errores cometidos en el texto del instrumento, que la ley expresamente en el Art. 263 Pr., le niega toda fe, cuando no se salvan; pero por muchos que sean estos errores, si todos han sido anotados tal como lo expresa este numeral, la fe del instrumento es plena; lo que equivale a decir: ”Que por sí solo basta para acreditar el hecho a que se refiere, sin que sea necesario, para que produzca convicción, el auxilio de otros medios probatorios””.

La ley, con esta exigencia, trata de salvaguardar los derechos de las partes, porque su finalidad es evitar que se efectúen alteraciones en el instrumento después de que ha sido firmado.

DECIMO REQUISITO. Art. 32. No. 10..

”Que el Notario explique a los otorgantes los efectos legales del acto o contrato y haga constar esta circunstancia en el instrumento””.

El Notario, una vez que los otorgantes le han expuesto el negocio jurídico que desean celebrar, procede a adecuar dichas voluntades a la ley, y tipificado el acto, procede a su redacción, en la cual emplea o debe emplear, un lenguaje técnico; de ahí surge la necesidad de explicar los efectos, alcances o repercusiones legales del negocio jurídico de que se trate.

El cumplimiento de este requisito resulta innecesario en -- aquellos casos en que el otorgante es abogado, pues es de presumirse que, por tal condición, conoce los efectos legales del acto que celebra. En la práctica se acostumbra a consignar en las escrituras, "que se explicaron los efectos del acto a "X" y -- no a "Y", por conocerlos, por su condición de abogado".

Cuando los otorgantes sean extranjeros, que no conozcan el idioma castellano, los efectos del acto deben explicárseles por medio del intérprete.

DECIMO PRIMER REQUISITO. Art. 32, No. 11..

"Que escrito el instrumento se lea íntegramente por el Notario a los otorgantes, en un solo acto a presencia de los testigos si los hubiere; si en el acto o contrato hubieren intervenido intérpretes, la lectura se hará a presencia de éstos y si alguno de los otorgantes fuere sordo, el instrumento será leído además, por él personalmente si supiere. -- En el instrumento se harán constar estas circunstancias.

Los otorgantes podrán cerciorarse del tenor literal -- del instrumento y repetir su lectura por sí mismos o por la persona que designen".

Este requisito tiene por objeto hacer sabedores a los otorgantes y demás personas que asisten a la celebración del instrumento, de todo el tenor literal de sus disposiciones. Les da la oportunidad a los otorgantes de ratificar, retractarse, o de pedir que se rectifiquen algunas de las cláusulas del convenio, -- cuando ellas no concuerdan con sus pretensiones.

Es tan importante que los otorgantes conozcan el texto del instrumento, que además de la lectura que debe efectuar el Notario, les permite cerciorarse por sí mismos o por medio de persona de su confianza, del contenido del mismo.

Cuando se trate de extranjeros que no puedan hablar el idioma castellano, deben cerciorarse del tenor literal del instrumento, pidiendo al intérprete que se los traduzca, pues, de otro modo, quedarían ilusorias las finalidades que la ley persigue con la lectura del acto.

Al exigir la lectura, la ley trata también de proteger los intereses de las partes contra cualquier malicia del funcionario autorizante, ya que si tal facultad no existiera, bien podría un Notario inmoral, leer cosa distinta de lo que ha redactado en su protocolo.

DECIMO SEGUNDO REQUISITO. Art. 32 No. 12..

”Que leído el instrumento, sea firmado por los otorgantes, por los testigos e intérpretes, si los hubiere y el Notario. Si alguno de los otorgantes no supiere o no pudiere firmar, se expresará la causa de esto último y dejará la impresión digital del pulgar de la mano derecha o, en su defecto, de cualquier otra dedo que especificará el Notario o si esto no fuese posible se hará constar así y en todo caso, firmará además a su ruego, otra persona mayor de dieciocho años o uno de los testigos; pudiendo una sola persona o testigo firmar por varios otorgantes que se encontraren en alguno de dichos casos”.

FIRMA.

Antiguamente se usaban sellos y marcas, para revelar la voluntad de las personas. Con el transcurso del tiempo y el progreso de la civilización, se sustituyen estos objetos por la firma, y desde entonces viene a constituir un factor muy importante en las negociaciones jurídicas.

CONCEPTO DE FIRMA.

Se han dado muchos conceptos. José Mustapich, dice: Definimos el concepto jurídico de firma amalgamando, definiciones de Giorgi, Velez y Machado, expresando que: ”Debe entenderse por firma el nombre escrito por propia mano en caracteres alfabéticos y de una manera particular, al pie del documento, al efecto de autenticar su contenido” (34)

Para Fernández Casado; ”es el nombre de una persona, escrito por su propia mano al final de un documento en corroboración de su contenido. Viene a ser la representación gráfica y auténtica de una persona y la prueba material y visible de su conformidad con el escrito que le precede. El que firma deja grabado

un rasgo de su personalidad, y, por decirlo así, parte de su propio ser en el documento firmado, atestiguando la relación que -- existe entre ambos. (35)

Planiol y Ripert, la define como: "una inscripción manuscrita que contiene el nombre de la persona que entiende hacer su y as las declaraciones del documento; no es necesariamente la reproducción de los nombres que la persona lleva conforme al registro civil, bastando con la forma habitual que la persona emplea como firma. (36)

Velez Sarfield, sostiene "que la firma no es la simple escritura que la persona hace de su nombre y apellido; sino que, es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad". (37)

Según el Diccionario de la Lengua Española, firma: "es el nombre y apellido, o título de una persona, que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena, para darle autenticidad o para obligarse a lo que en él se dice.

Por mi parte, considero que firma es: "la expresión gráfica, puesta habitualmente de puño y letra por la persona, en representación de su nombre y apellido, con la cual atestigua su conformidad con el escrito que le precede".

EXPLICACION.

Es la expresión gráfica. Se dice que es la expresión gráfica, para comprender los más variados tipos de firma, desde la escritura completa del nombre y apellido, o en forma abreviada, o con solo iniciales, hasta los signos, rayas o trazos.

PUESTA EN FORMA HABITUAL.

Porque es precisamente la habitualidad la que le da a los signos, rayas o trazos, la peculiaridad y sirve para individualizarlas y distinguirlas de otras. La habitualidad, vincula, -- por así decirlo, la firma con la persona.

DE SU PUÑO Y LETRA.

Con esto queremos indicar que la firma debe ser autógrafa, -- toda ayuda de otra persona le quita las características propias

y le resta valides.

EN REPRESENTACION DE SU NOMBRE Y APELLIDO.

Porque la firma no es necesariamente la escritura del nombre y el apellido que la persona tiene conforme su partida de nacimiento, sino éste, puesto de una manera particular y habitual.

CON LA CUAL ATESTIGUAN.

Porque siempre existe una vinculación estrecha, una interdependencia entre la firma y el contenido del instrumento. La voluntad, el consentimiento, se materializan cuando se estampa la firma, viene a ser como un testigo de que lo escrito es la expresión fiel de lo manifestado.

ORDEN DE LAS FIRMAS.

El orden en que deben firmar las personas que asisten al acto, es el siguiente: a) otorgantes; b) intérpretes; c) testigo; y d) Notario.

No debe dejarse entre un instrumento y otro, ningún espacio en blanco, más que el indispensable para las firmas y si ya redactado, las partes, o alguna de ellas, desisten del otorgamiento, el instrumento solo debe ser firmado por el Notario y lo terminará con una razón en la que expresará la causa por la cual fue suspendido. Art. 38 de la Ley de Notariado.

FIRMA A RUEGO.

Cuando el otorgante no sabe firmar o se encuentra físicamente impedido de hacerlo, la ley permite que se suplan ambas situaciones, por medio de la firma a ruego, que es aquella que consigna otra persona mayor de dieciocho años o uno de los testigos, - si los hubiere, a requerimiento del otorgante.

Por su parte el otorgante, como señal de que ha prestado su consentimiento, debe también consignar la impresión digital del pulgar de su mano derecha o, en su defecto, de cualquier otro dedo, que debe especificar el Notario.

TERMINACION DEL ACTO.

Con la firma de todos los asistentes al acto, termina la escritura matriz.

La firma de los otorgantes es señal de que han prestado su consentimiento en la forma que en el instrumento se expresa.

La de los testigos, será señal de que estuvieron presentes en representación del pueblo o como medio de publicidad del instrumento. La firma de los intérpretes, pone de manifiesto que sirvieron de medios de comunicación entre los otorgantes que no hablan el idioma nacional y el Notario.

Finalmente, la firma del Notario es la que imprime el sello de autenticidad al instrumento, garantiza la certeza del mismo y da seguridad, confianza y tranquilidad al negocio jurídico.

El instrumento queda incorporado definitivamente al protocolo y sus efectos con relación a terceros, ya no pueden alterarse por las partes, así lo dispone el Art. 1578 C., que dice: "Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto alguno contra terceros.

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

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

DECIMO TERCER REQUISITO. Art. 32 No. 13..

"Que se observen los demás requisitos que las leyes exijan en determinados casos".

Se refiere este numeral a todas las demás disposiciones legales, que en una u otra forma, imponen obligaciones que deben observar los Notarios, en la redacción de la escritura matriz. Estas disposiciones se encuentran dispersas en varias leyes, que tienen relación con la función notarial. Estas leyes son:

Ley de Vialidad	Art. 3
Ley de Alcabala	" 5
		" 17
		" 18

<i>Ley de Gravamen de las sucesiones,</i>	<i>Art. 34,</i>	
	<i>Art. 37.</i>	
<i>Ley de Impuesto sobre Donaciones,</i>	<i>"</i>	<i>16.</i>
<i>Ley de Impuesto sobre la Renta,</i>	<i>"</i>	<i>111</i>
<i>Ley de Extranjería</i>	<i>"</i>	<i>54</i>
<i>Ley del Ramo Municipal</i>	<i>"</i>	<i>167</i>
<i>Ley de Garantía del Pago de Impues</i>	<i>"</i>	<i>10.</i>
<i>tos Municipales</i>	<i>"</i>	<i>50.</i>
<i>Ley Constitutiva de la Administra</i>	<i>"</i>	<i>40</i>
<i>ción de Mercados de San Salvador,</i>	<i>"</i>	<i>41</i>
<i>Ley de Adopción</i>	<i>"</i>	<i>60.</i>
	<i>"</i>	<i>15</i>
<i>Ley de Suministro</i>	<i>"</i>	<i>33 Inc.20.</i>
<i>Ley de Expropiación de Terrenos pa</i>	<i>"</i>	<i>11</i>
<i>ra Obras del I. V. U.</i>	<i>"</i>	<i>12</i>
<i>Ley de Empadronamiento Industrial</i>	<i>"</i>	<i>40.</i>
<i>y Comercial</i>	<i>"</i>	<i>45</i>
<i>Arancel Judicial</i>	<i>"</i>	<i>60 Inc.40.</i>
<i>Código de Procedimientos Civiles</i>	<i>"</i>	<i>113</i>
<i>Reglamento del Registro de Propie</i>	<i>"</i>	<i>24</i>
<i>dad Raíz e Hipotecas</i>	<i>"</i>	<i>60</i>
<i>Protocolo sobre Uniformidad del Ré</i>	<i>"</i>	<i>10.</i>
<i>gimen Legal de los Poderes</i>	<i>"</i>	<i>40.</i>
	<i>"</i>	<i>60.</i>
<i>Ley de Cédula de Identidad Personal</i>	<i>"</i>	<i>70. Inc.20.</i>

Con lo anterior, doy por terminado el estudio de la escritura matriz, veré ahora la escritura pública.

ESCRITURAS PUBLICAS O TESTIMONIOS.

CONCEPTO. La segunda clase de Instrumentos públicos o notariales, la constituyen las escrituras públicas o testimonios, también conocidos por copias o primera copia y escritura original y pública.

Veamos cual es su concepto. Según Fernández Casado: "Es la reproducción literal de un instrumento público protocolado, - autorizado por Notario competente con las formalidades de derecho". (38)

Para Salvat: "Es el testimonio literal de las escrituras - matriz, expedido en forma legal". (39)

El Art. 257 Pr. dice: "Escritura original y pública es la primera copia que se saca del protocolo y que ha sido hecha con todas las solemnidades necesarias por un funcionario público autorizado para otorgarla. Y el Art. 2o. de la Ley de Notariado, por su parte, dice: "Escritura pública o testimonio, es aquella en que se reproduce la escritura matriz"; de ahí que, basado en los anteriores conceptos, yo definiré la escritura pública o testimonio, diciendo que: "Es la reproducción literal de la escritura matriz, expedida en forma legal por la persona autorizada al efecto".

ANÁLISIS DE ESTA DEFINICIÓN. "Es la reproducción literal".

Decimos que es la reproducción literal, porque una vez que el acto o negocio jurídico ha quedado incorporado en el protocolo, ya no es posible alteración alguna, y el testimonio debe ser una copia fiel, exacta, de la matriz, debe contener aún los errores ortográficos que no fueron salvados; no obstante, los entre renglonados, que se encuentren en la matriz, en el testimonio - ya no deben figurar así, sino que deben ocupar el lugar que les corresponda, los testados deben suprimirse y los enmendados deben consignarse en forma correcta.

Al decir reproducción literal, pues, queremos indicar que - no es permitido a la persona que extienda el testimonio, alterar, bajo ninguna forma, frase, palabra, cláusula o signo ortográfico alguno, ni aún bajo pretexto de salvar errores u omisiones. Lo anterior no impide que dicha reproducción literal sea incompleta, es decir, de solo parte de la matriz, como en el caso de las particiones judiciales o extrajudiciales.

"EXPEDIDA EN LA FORMA LEGAL". Al decir expedida en la - forma legal, queremos indicar que debe extenderse el testimonio en el papel sellado correspondiente, cuando cause dicho impuesto que todas las fojas de que consta deben sellarse en sus márgenes:

superiores; que al final de la copia literal, se ponga una razón por el Notario, que indique los folios y el número del libro del protocolo en que se encuentra la matriz, la fecha de caducidad del libro, el nombre de la persona a quien se extiende, y si es primera o segunda copia, el lugar y la fecha de expedición del testimonio, además firma y sello de la persona que lo autoriza. Cuando sean testimonios otorgados por Agentes Diplomáticos o Consulares, que se exprese por medio de una nota, en el mismo testimonio, el valor de los derechos percibidos y el del papel sellado correspondiente y que se adhieran los timbres del servicio exterior y se amorticen con el sello de la oficina; pero si no dispusiere el funcionario de timbres, debe también expresarse esa circunstancia en el testimonio, para que se cancelen los derechos al momento de autenticarse las firmas en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

"POR LA PERSONA AUTORIZADA AL EFECTO". Las personas autorizadas para extender testimonios son: a) los Notarios, respecto de los instrumentos que consigne en su protocolo, durante el año de su vigencia y los quince días posteriores; b) los Agentes Diplomáticos y Consulares, con relación a los instrumentos registrados en los libros de sus oficinas, y mientras duren o permanezcan en su poder; c) los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo Civil, respecto de los testamentos solemnes que autoricen y sólo durante el año calendario en que se otorgan y los primeros quince días del mes de enero del año siguiente; y d) el Secretario de la Corte Suprema de Justicia, previo decreto del Presidente de dicho Tribunal, respecto de los instrumentos que se encuentren en los libros que deben remitirle para su archivo, las personas anteriores.

CLASES DE TESTIMONIOS QUE EXPIDEN LOS NOTARIOS. Los testimonios pueden ser de seis clases:

- 1o.) Los que se expiden a los otorgantes, o a quienes resulten un interés directo por razón de las declaraciones de los otorgantes, contenidas en los instrumentos, o a quienes derivan su derecho de los mismos. Art. 43, Ley de Notariado.
- 2o.) Los que se expiden en papel simple, dentro de los quince días siguientes al otorgamiento de la escritura matriz, pa-

ra remitirlos a la Sección del Notariado o al Juzgado de Primera Instancia competente, Art. 46 de la Ley de Notariado;

- 30.) Los que se expiden en papel sellado de \$0.30 exclusivamente para presentarlos a oficinas administrativas, como Delegaciones Fiscales Departamentales, Dirección General de Contribuciones Directas en diligencias para la tasación de impuesto sobre donaciones, renta y vitalidad, de Registro y Matrícula de Comercio, etc. Art. 49 Inc. 5o. de la Ley de Notariado.
- 40.) Tratándose de testamentos nuncupativos, los que se expiden en papel sellado de \$0.15, dentro de los cinco días siguientes a su autorización, para remitirlos a la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sección del Notariado o Juzgado de la Instancia competente. Art. 47 de la Ley de Notariado.
- 50.) Cuando se trata de testamentos cerrados, se extienden testimonios del acta protocolizada en papel común, para remitirse junto con una de las cubiertas, a la Corte Suprema de Justicia, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la legalización. Art. 41 Inc. 4o. de la Ley de Notariado.
- 60.) Los testimonios que se extienden de las hijuelas o adjudicaciones, en los casos de partición. Art. 939. Pr. Inc. 1o. Los Notarios también podrán extender a solicitud de los interesados, COPIAS EN PAPEL SIMPLE, de las escrituras que autoricen, firmadas y selladas, las cuales servirán para el solo efecto de demostrar la existencia del instrumento a que se refieren, cuando la ley no exija la presencia del testimonio respectivo. Art. 49 Inc. 4 de la Ley de Notariado.

Estas copias en papel simple pueden extenderse las veces que las pidan los interesados, pues sólo sirven para demostrar la existencia del instrumento a que se refieren, no llevan ninguna formalidad; es decir, que después de copiarse fielmente la matriz, no se pone ninguna razón por el Notario, pues la ley no lo ordena, sólo debe estampar su firma y sello.

NUMERO DE TESTIMONIOS. - I) El número de testimonios que el Notario debe expedir, depende de la clase de testimonio de que se trate y de la naturaleza del negocio jurídico contenido en la

matriz. Tratándose de los testimonios que deban expedirse a los otorgantes o a las personas que resulte algún interés directo -- por razón de las declaraciones de los otorgantes contenidas en la matriz, o a las personas que deriven su derecho de los mismos otorgantes, la regla general, es de que se les pueden extender tantos testimonios como los que soliciten; pero si el acto o negocio jurídico celebrado, es de aquellos que dan acción para pedir o cobrar una cosa o deuda, cuantas veces se presente el testimonio en el juicio correspondiente, no debe extenderse más que uno solo y para dar otro, es necesario que la expedición sea ordenada por Juez competente, quien deberá citar previamente a la parte contraria, si estuviere presente, y si estuviere ausente de la República y no hubiere sido declarada tal, o se ignorare su paradero y no se supiere que ha dejado procurador u otro representante legal, la cita deberá efectuarse al curador especial que previamente deberá nombrársele, y en tales casos, el testimonio se principiará a continuación de las diligencias que ordenan su expedición y siempre dejándose razón de ello en el protocolo. Igual procedimiento debe observar el presidente de la Corte Suprema de Justicia, cuando los protocolos se encuentren en poder de dicho tribunal y los testimonios que se soliciten por segunda vez, sean de los que dan acción para pedir o cobrar una cosa o deuda, cuantas veces se presenten.

Si el negocio jurídico queda completamente concluído, si las partes ya no tienen nada que reclamarse, lógico es pensar en tonces que el Notario puede extender los testimonios que se le soliciten, pues ningún perjuicio podría ocasionarse con que una de las partes tuviere dos o más testimonios en su poder, ya que la relación jurídica contenida en la matriz, quedó completamente finiquitada. Ejemplo: de estos negocios los tenemos en los contratos de compra-venta, cuando se paga el precio de contado y se entrega la cosa, en la permuta, testamentos, Sociedades, Cartas de pago, renunciaciones, contratos de obra, donaciones, poderes, etc.. Distinto es el caso, cuando con un nuevo testimonio podemos ejercer una acción, reclamando alguna cosa, porque en tales casos, el cumplimiento de las obligaciones que nacen del acto, quedan pendientes para cumplirse en el futuro; es por ello, que se exige para expedir un nuevo testimonio la orden del Juez competente

y la cita de la parte contraria.

La Ley no reglamenta en forma amplia la expedición de estos segundos testimonios, se limita a decir "que para dar otro, es necesario decreto de Juez, previa citación de la parte contraria". Art. 43, Inc. 3o. de la Ley de Notariado. De ahí que nos formulamos las siguientes preguntas: Ante quién debe hacerse la solicitud del segundo testimonio?. Cual es la parte contraria?. Cuál es el objeto de su citación?. Con respecto a la primera interrogante, considero, que hay que contemplar dos situaciones, la primera es cuando el protocolo se encuentra en poder del Notario, y la segunda, cuando se encuentra en los archivos de la Corte Suprema de Justicia. En el primer caso, si se hace la petición al notario, es lógico que éste se negaría a extender el segundo testimonio, pues la ley se lo prohíbe; por lo que considero que la solicitud debe formularse ante el Juez competente con jurisdicción en lo Civil, en una foja de papel sellado de \$0.40, señalando en dicha solicitud, entre otras cosas, la dirección de la parte contraria, para que pueda efectuarse su citación. A esta solicitud, debe acompañarse, a mi juicio, para demostrar la existencia del instrumento, cuyo testimonio se solicita por segunda vez, una copia en papel simple firmada y sellada por el Notario que autorizó la matriz. En el segundo caso, o sea cuando el protocolo se encuentra en la Corte Suprema de Justicia, la solicitud debe dirigirse al Presidente de dicho Tribunal, y en este caso, no es necesario acompañar ninguna copia en papel simple, pues bastará revisar el protocolo para comprobar la existencia de la matriz, cuyo testimonio se solicita.

Estos testimonios deben extenderse en el papel sellado correspondiente, cuando causen dicho impuesto.

PARTE CONTRARIA. Partes en un negocio jurídico instrumentado, son las personas en quienes se producen los efectos jurídicos del acto, y son siempre como mínimo, dos personas; la una, titular del derecho, y la otra, obligada al cumplimiento de alguna cosa. Generalmente, los otorgantes o comparecientes, son las mismas partes, pero en ocasiones son representadas por otras personas; por ello, por parte contraria, debemos entender que son aquellas personas que por el negocio jurídico, salen obligadas y la cita debe entenderse con ellas y no con su mandatario. Sólo

cuando se trata de personas jurídicas o incapaces, debe citarse a sus representantes actuales, aunque no fueren los que otorgan la matriz.

OBJETO DE LA CITACION.

Considero que el objeto de la citación, no es otro que el de hacer sabedora a la parte contraria, sobre la expedición de un nuevo testimonio, para que se ponga alerta contra cualquier acción indebida que puede intentar el solicitante, ya que en estas diligencias de jurisdicción voluntaria, no puede entrarse a conocer sobre el fondo del asunto, es decir, que aunque la contraparte alegue que la obligación a que la matriz se refiere ya fue satisfecha, y que carece de objeto la expedición de un Segundo Testimonio, éste siempre debe darse, pues tal alegación no es materia de estas diligencias, sino de un juicio contencioso; pero para garantizar los derechos de la contraparte, en los casos que alegue justas causas, la ley ha dispuesto que el testimonio se principie a continuación de las diligencias que ordenan su expedición, y en esa forma la parte contraria al comparecer ante el Juez o ante el Presidente de la Corte, bien podría acompañar a su escrito para que se tome razón y se le devuelva, la carta de pago o el documento que acredite que ya satisfizo la obligación a que la escritura se refiere para que la exoneración conste en el testimonio mismo.

En otras legislaciones, para salvaguardar los derechos de la parte, que alegue y compruebe la cancelación de la obligación, se exige que se ponga al margen del testimonio, una anotación -- que indique dicha circunstancia.

II) Cuando se trata de testimonios, que deban de expedirse en papel común, para ser remitidos a los Juzgados de Primera Instancia competentes o Sección del Notariado, o testimonios en papel de \$0.15, de los testamentos nuncupativos, o en papel común, de las actas de los testamentos cerrados, para remitirse a la Corte Suprema de Justicia y que he tratado en 2o., 4o., y 5o., lugar en la clasificación anterior, los notarios, solo deben extender un testimonio, cualquiera que sea la naturaleza del negocio que contengan. Así lo preceptúan los Arts. 41, 46 y 47 de la Ley de Notariado, que respectivamente dicen: Art. 41, Inc. -

40. "La otra cubierta será entregada por el Notario junto con UN TESTIMONIO del acta respectiva extendido en papel común a la Corte Suprema de Justicia o remitida a aquel Tribunal por medio de la Sección del Notariado o del Juez de Primera Instancia del lugar o de la jurisdicción en donde se ha extendido la legalización, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de ésta, y será guardada por la Secretaría de la Corte, la que llevará un libro en la misma forma y con el mismo fin indicado para el de testimonios de testamentos nuncupativos, en el que se anotará el recibo de cada cubierta".

Art. 46. "De todo instrumento que autoricen, los notarios enviarán UN TESTIMONIO en papel común, dentro de los quince días siguientes al respectivo otorgamiento, a la Sección del Notariado, si residen en la capital o al Juzgado de Primera Instancia competente, de su domicilio, si residen fuera de ella".

Art. 47. "Sin perjuicio de lo ordenado en el Artículo anterior, el Notario extenderá UN TESTIMONIO, de todo testamento nuncupativo que se otorgue en sus oficios, en papel sellado del de menos valor, el cual presentará a más tardar dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su otorgamiento, al Juzgado de Primera Instancia competente del lugar de su residencia, o del en que haga el testamento o a la Sección del Notariado".

III) Cuando se trata de testimonios expedidos en papel sellado de \$0.30, para ser presentados exclusivamente en Oficinas administrativas o testimonios de las hijuelas o adjudicaciones, considero que el notario puede extender testimonios sin limitación alguna, cualquiera que sea la naturaleza del negocio, pues no se causaría ningún perjuicio con ello, ya que no podría servir para entablar ninguna acción ante los tribunales competentes, para reclamar cosa alguna. Los primeros de estos testimonios, como dice la ley, deben expedirse exclusivamente para presentarlos en diligencias sobre tasación de impuestos sobre donaciones, Renta y Vialidad, Registro y Matrícula de Comercio y otros similares. En la razón final debe consignarse el fin exclusivo por el cual se extienden.

VALOR PROBATORIO DE LOS TESTIMONIOS. La fuerza probatoria de un instrumento es el valor que se le atribuye como medio de

prueba. Este valor probatorio puede considerarse en los testimonios, en dos formas:

a) En cuanto al testimonio mismo, en este sentido da plena fe de su autenticidad; y

b) En cuanto a las declaraciones contenidas en su texto. -- Sobre este punto la fuerza probatoria del testimonio no es la misma con relación a todo su contenido. Hay que distinguir según se trate de los hechos comprobados por el notario o de la verdad intrínseca de las declaraciones formuladas por los otorgantes, sobre lo cual ya he expuesto mis ideas anteriormente, -- por lo que me remito a ellas y solo resta decir, que siendo el testimonio una copia fiel de la Matriz y autorizada por el mismo funcionario, es lógico que el valor probatorio sea igual para ambos, de lo contrario habría supremacía de una sobre la otra, lo que sería un absurdo.

Según el Art. 28 de la Ley de Notariado, que dice: "El Protocolo no podrá presentarse en juicio ni hacer fe en él y no podrá sacarse del poder del notario, excepto en los casos expresamente determinados por la Ley". Necesariamente tiene que ser el testimonio, el que sirva a las partes, para justificar sus respectivos derechos. Puede en la práctica no obstante, presentarse el caso que no exista conformidad entre el testimonio y la matriz; entonces sí tiene supremacía la Matriz sobre el testimonio, pues éste no fue expedido legalmente, es decir, no fue una copia fiel de la matriz.

Pero podría presentarse el caso en que prevalezca el testimonio sobre la Matriz?. Imaginémonos el caso de una compraventa de un inmueble, se celebra el acto, firman la Matriz los otorgantes, menos el Notario. No obstante lo anterior, el Notario extiende testimonio con todas las formalidades legales y tal como si la matriz hubiere sido firmada por él. El comprador, inscribe su testimonio en el Registro de la propiedad y después de ello, se otorgan varios contratos de compraventa relativos al mismo inmueble, con el tiempo, el primer vendedor o sus herederos legítimos, se dan cuenta que la Matriz de la primer escritura de venta no estaba firmada por el notario y entablen el juicio de nulidad de esa venta y de todas las posteriores.

Es obvio que las partes entendieron depositar en el protocolo la exteriorización de sus voluntades y que los terceros, o sea los compradores posteriores a la primera venta, realizaron las negociaciones amparadas en el registro.

La garantía que representa el Registro de la Propiedad, la certeza y seguridad que debe tenerse en los derechos inscritos, han inducido a algunos a pensar que sancionar con nulidad todas esas transacciones, sería una pena muy drástica, que vendría a perjudicar gravemente los intereses de las partes y terceros, más aún, puesto que la ley no exige al notario que autorice una compra-venta de inmuebles, a revisar la matriz del testimonio que le presente como antecedente, sino solo a cerciorarse por medio del Registro, si la persona que comparece enajenando el inmueble, tiene facultad para ello por encontrarse registrado el inmueble a su nombre. Por tales razones, y por considerar que la falta de firma se debe a negligencia del notario, le dan validez al testimonio.

En el Derecho Argentino, la Ley no sanciona con nulidad la escritura Matriz a la que falte la firma del funcionario autorizante; no obstante tal laguna, la doctrina sostenida por algunos Juristas y la Jurisprudencia de aquel país, se inclinan por la nulidad. Otros por el contrario, estiman que el problema debía plantearse en otro terreno que el de la nulidad, dado que no puede existir nulidad sin texto expreso de la ley.

José María Mustapich, en su obra "Tratado de Derecho Notarial", Tomo I., Pag. 282, al comentar el caso de la nulidad que produce la falta de firma del oficial público, en los instrumentos cuya forma se exige ad-solemnitatem, se expresa en la siguiente forma:

"Sin embargo, la rigidez del principio aceptaría una excepción en beneficio de los intereses de terceros por negligencia u omisión del funcionario. Podría ocurrir que el funcionario dejare de firmar el instrumento y las partes, confiadas en que el mismo ha cumplido todos los requisitos legales, no procedan a un nuevo examen del instrumento para verificar el cumplimiento de todos esos requisitos. La nulidad de ese instrumento sería una penalidad excesiva a la buena fe de las partes".

"Por ello considero que podría establecerse que cuando el instrumento carezca de dicha firma y, en cambio, se haya expedido testimonio por el mismo funcionario, de tal manera que resulte evidente que se ha omitido involuntariamente esa firma, se declare la validez del instrumento".

De acuerdo con nuestra Ley, qué solución le daríamos al caso planteado?. En mi opinión, si falta a la escritura matriz la firma del notario, el instrumento no nace a la vida jurídica como instrumento notarial o público, puesto que, es requisito esencial para su existencia o validez, el que esté autorizado. Así se desprende del Art. 33, de la Ley, cuando dice: "La Matriz a la cual faltare alguno de los requisitos enumerados en el artículo anterior, no se invalidará si el instrumento estuviere autorizado por funcionario competente y suscrito por los otorgantes... etc."

En consecuencia, si la matriz no existe, el testimonio sería la reproducción literal de algo inexistente y de ningún valor, no haría adquirir el dominio de la cosa vendida en el comprador, solo le daría la posesión para adquirir por prescripción tal derecho, de ahí que la acción de nulidad prosperaría en el caso -- que se entable antes de que transcurra el término de la prescripción o habiendo transcurrido éste, no se alegue tal excepción -- por los demandados.

El notario que no autorizó la matriz sería responsable de los daños y perjuicios que por su negligencia haya ocasionado a las partes y podrá ser inhabilitado o suspendido según el caso. -- Así lo dispone el Art. 62, que dice:

"Los notarios serán responsables de los daños y perjuicios que por negligencia, malicia o ignorancia inexcusable ocasionaren a la parte, además de ser inhabilitados o suspendidos, si -- procediere de conformidad con lo prescrito en el Art. 11."

ACTAS NOTARIALES.

CONCEPTO. Según el Diccionario de la Lengua Española, ACTA NOTARIAL es: "La relación fehaciente que extiende el Notario, -- de uno o más hechos que presencia o autoriza".

Según el Tratadista Novoa, citado por el Dr. Julio César Barrientos, en su tesis doctoral, por acta notarial entiende: "el documento público autorizado por el notario en el que a requerimiento de parte con capacidad intelectual suficiente, se hace constar hechos que presencie o le conste al Notario, que no puede ser objeto de Contrato y cuyo recuerdo conviene conservar en forma auténtica". (40)

Nuestra Ley no da una definición de lo que debe entenderse por actas notariales, el Art. 2, que clasifica los instrumentos públicos, se limita a decir que, actas notariales, son las que no se asientan en el protocolo y el Art. 50 dice: "que el Notario levantará actas de los hechos que presencie o que personalmente ejecute o compruebe, cuando interponga sus oficios por disposición de la Ley o a requerimiento de los interesados. Las actas notariales se refieren exclusivamente a hechos que por su índole no puedan calificarse como contratos; no se asentarán en el Protocolo y cuando se refieran a actuaciones que la Ley encomienda al Notario, tendrán el valor de instrumentos públicos".

Con estos precedentes, podemos decir: que según nuestra Ley, Actas Notariales, "son aquellos instrumentos públicos que no se asientan en el Protocolo, extendidos con las formalidades legales por Notario competente a requerimiento de parte interesada o por disposiciones de la Ley, que versan sobre hechos que el Notario presencia o que personalmente ejecuta o comprueba y que por su índole, no pueden calificarse como contratos".

CARACTERÍSTICAS.

Según nuestra Ley, las características de las actas notariales, son las siguientes:

a) Ser instrumentos públicos o Notariales, que no se asientan en el Protocolo. Art. 2o. de la Ley de Notariado. Salvo excepciones, Art. 41, Inc. 2o. de la misma Ley.

b) Ser autorizadas por Notario competente, quien debe observar las formalidades establecidas para los otros instrumentos públicos, Art. 50 y 51 de la Ley de Notariado.

c) Referirse exclusivamente a hechos jurídicos lícitos, que el Notario presencia, ejecute o compruebe y que por su índole

le no puede calificarse como contratos. Art. 50 Ley de Notariado.

d) Tener el valor de Instrumentos auténticos, cuando se refiera a actuaciones que la Ley encomienda al Notario.

DIFERENCIAS ENTRE ESCRITURAS PÚBLICAS Y ACTAS NOTARIALES.

I) La principal diferencia que existe entre las Escrituras Públicas y las Actas Notariales, es que las primeras siempre tienen por contenido un negocio jurídico, en cambio, las actas, tienen por contenido un mero hecho, que nunca puede constituir un negocio jurídico o Contrato.

II) Otra de las diferencias, es de que las Escrituras Públicas siempre se asientan en el protocolo y las Actas, solo por -- excepción.

III) Que el negocio jurídico contenido en las Escrituras Públicas, crea, modifica, extingue, traspasa o acepta alguna relación jurídica; las Actas por el contrario, solo describen hechos, totalmente independientes de las relaciones jurídicas.

IV) En las Escrituras Públicas, el acto es concomitante y -- en las actas es posterior.

ENUMERACION DE LAS ACTAS NOTARIALES.

Los casos en que la Ley obliga al Notario a extender actas-Notariales, se encuentran dispersos en los distintos ordenamientos legales, por ello he querido agruparlos. Estos casos son -- los siguientes:

1) Sustitución de Poderes, Art. 9 y 50 de la Ley de Notariado, 110 Pr..

2) Protestos de Letras de Cambio, Art. 50 L. de Notariado y 446 Com..

3) Protesto de cheques, Art. 50 de la Ley de Notariado. -- (446-452-462-Inc. último) Com..

4) Cancelaciones hipotecarias, Art. 743 C. y 50 de la Ley de Notariado.

5) Reconocimiento de Documentos Privados, Art. 52 de la -- Ley de Notariado.

6) En el caso del Art. 99 Com..

7) En las Notificaciones de Crédito cedidos o dados en --- Prenda, Art. 952 Pr., y

8) En los Testamentos Cerrados, Art. 41 Inc. 2o. de la Ley de Notariado.

De todas las Actas enumeradas, por excepción, la última, es la que se asienta en el Protocolo y de ella se extiende testimonio a los interesados.

El Notario al levantar actas de los hechos que presencia o que personalmente ejecute o compruebe, está obligado a observar, en lo que fueren aplicables, las formalidades que la Ley ha establecido para los otros instrumentos públicos; además, debe hacer en ellas una relación circunstanciada de su objeto, de lo que -- los interesados expongan y en el caso de que al acto se escribie se en varias hojas, del número de hojas de que se compone, en cada una de las cuales estampará su firma y sello. Si interviniere alguno de los otorgantes en representación de otra persona, el -- Notario debe dar fe de ser legítima y suficiente la personería -- con que actúa, en vista de los documentos que se le presenten, -- los cuales deberá citar con expresión de su fecha y del funciona -- rio o persona que los autorice.

En las Actas de Reconocimiento de documentos privados, de -- obligación o de descargo, debe el Notario identificar el documen -- to, con expresión de sus cláusulas esenciales, tales como las -- que tratan de cantidades, plazos e intereses, etc.. Debe dar fe que la firma puesta al pié del documento es AUTENTICA, por que -- la persona la suscribió a su presencia, o si hubiere sido puesta antes, por que la reconoció ante él. Si el documento fue firma -- do por otra persona, a ruego del compareciente, el Notario debe también dar fe, de que el otorgante reconoció la obligación o -- contenido del documento.

De conformidad al Art. 53 de la Ley de Notariado, los Nota -- rios también están obligados a extender una copia en papel común de las actas que levanten en los casos de sustitución de pode --

res, protestos de letras y cheques, cancelaciones hipotecarias, reconocimientos de firma de documentos privados, y en los casos contemplados en los Arts. 99 Com. y 952 Pr., pues dicho Artículo dice: "El Notario extenderá una copia en papel común de las Actas a que se refieren los artículos precedentes" y los artículos precedentes, se refieren exclusivamente a las actas antes -- mencionadas. Esta copia en papel común debe llevar al pié, una razón que exprese su conformidad con el original y será firmada y sellada por el Notario, quien está obligado a conservar todas las que correspondan a un año calendario, para remitirlas dentro de los primeros quince días del mes de enero subsiguiente, a la Sección del Notariado, si residiese en la Capital o al Juzgado de Primera Instancia Competente, si residiese en los Departamentos.

La finalidad que se persigue con estas copias, es la de evitar que los interesados introduzcan alteraciones en las actas -- originales, ya que si esto ocurre, pueden impugnarse de falsedad civil o criminal y en tal supuesto, las copias servirán para su confrontación.

A U T E N T I C A S.

Para legalizar las firmas que hubieren sido puestas por los interesados o por otras personas a su ruego, en correspondencia particular, solicitudes, memoriales y escritos de todas clases, -- no será necesario levantar Actas Notariales, basta en tales casos, que el Notario ponga a continuación de la firma que autentica, una razón firmada y sellada, que indique el lugar y la fecha en que se extiende y que de fe del conocimiento o identidad del otorgante, de la autenticidad de la firma o de que ha sido puesta a ruego del interesado.

No obstante, cuando el escrito o atestado sea del propio Notario, bastará el sello junto a su firma, para que se tenga como auténtico. En ambos casos deben fijarse y amortizarse los Timbres correspondientes.

El Notario al autenticar la firma, atestigua, da certeza de que el escrito o atestado, ha sido suscrito por la persona que --

nas Públicas o Tribunales, sin necesidad de presentación personal del interesado.

P R O T O C O L I Z A C I O N E S.

En las protocolizaciones los Notarios deben observar las formalidades que la Ley de Notariado establece para los instrumentos públicos, deben transcribir íntegramente el documento o diligencia de que se trate, haciendo constar la conformidad de la transcripción con el original. Una vez efectuada la protocolización, el documento se devolverá al interesado con una razón firmada y sellada por el Notario, en la que se expresará la fecha, el número del instrumento, folios y libro en que se hizo la protocolización, salvo que los interesados convengan en que quede agregado al legajo de anexos, en cuyo caso, se hará mención de tal circunstancia en el texto del acta.

C I T A D E A U T O R E S.

- 1) JOAQUIN ESCRICHE. (Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia).
- 2) JOSE EDUARDO GIRON. El Notario Práctico o Tratado de Notaría (Primera edición) Pag. 62.
- 3) JOSE CHIOVENDA. Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo II Vol. I., pag. 334.
- 4) ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ. Citado por Angel Gochez Marín y Rogelio Alfredo Chavez en sus breves comentarios del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas.
- 5) MONTESQUIEU, del Espíritu de las leyes, libro 28 Cap. 24.--
- 6) NAVARRO AXPEITIA. Teoría de la Autenticación Notarial. -- Pag. 678.
- 7) CARLOS EMERITO GONZALEZ. Teoría General del Instrumento Público.
- 8) MIGUEL FERNANDEZ CASADO. Tratado de Notaría. Tomo I. Pag. 391.
- 9) GONZALO DE LAS CASAS. Citado por Carlos Emérito González - en su obra Teoría General del Instrumento Público a la Pag. 53.
- 10) TORRES AGUILAR. Citado por Carlos Emérito González en su obra Teoría General del Instrumento Público, a la Pag. 53.
- 11) RUIZ GOMEZ. Citado por Carlos Emérito González, en su obra Teoría General del Instrumento Público, a la Pag. 53.
- 12) MIGUEL FERNANDEZ CASADO. Obra citada - Pag. 737.
- 13) CARLOS EMERITO GONZALEZ. Obra citada - Pag. 64.
- 14) HUGO ALSINA. Tratado de Derecho Procesal, Tomo II, Pag. 172.
- 15) JOSE MARIA SANAHUJA Y SOLER.
- 16) FERNANDO CASADO Y MORCILLO Y LEON. Citados por José Eduardo Girón, en su obra "El Notario Práctico o Tratado de Notario", a la Pag. 98.
- 17) Art. 163 y 165 del Código de Procedimientos Civiles; 46 y 47 del Decreto 273.
- 18) JOSE MARIA DE PORCIOLES COLOMER. Problemas de la parte positiva de la escritura y sus repercusiones en la contratación. Curso de Conferencias 1945. I. Colegio Notarial de Valencia, Pag. 347 - 352 - 354.

- 19) MIGUEL FERNANDEZ CASADO. Obra citada. Pag. 501.
- 20) CARLOS EMEBITO GONZALEZ. Obra citada - Pag. 210.
- 21) JOAQUIN ESCRICHE. Obra citada.
- 22) Diccionario de la Lengua Española.
- 23) SANTIAGO RICARDO MARTINEZ. Tesis Doctoral. Universidad de El Salvador. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales.
- 24) JOSE MARIA MUSTAPICH. Obra citada - Pag. 237.
- 25) JOSE MARIA MUSTAPICH. Obra citada - Pag. 287.
- 26) JOAQUIN ESCRICHE. Obra citada.
- 27) Citados por José María Mustapich, Obra citada Pag. 289.
- 28) JOSE CHIOVENDA. Obra citada. Tomo II, Pag. 306.
- 29) JOAQUIN ESCRICHE. Obra citada.
- 30) JOAQUIN ESCRICHE. Obra citada.
- 31) JULIO OTERO Y VALENTIN. Sistema de la Función Notarial.
- 32) RAFAEL NUÑEZ LAGOS. Estudios sobre el valor Jurídico del Documento Notarial Pag. 91.
- 33) JOSE GONZALEZ PALOMINO. Una Nueva Cláusula de Estado: la de no esterbar. Anales Academia Matritense del Notariado.
- 34) JOSE MARIA MUSTAPICH. Obra citada. Tomo I, Pag. 260.
- 35) MIGUEL FERNANDEZ CASADO. Obra citada. Tomo I. Pag. 565.
- 36) PLANIOL Y RIPERT. Derecho Civil Frances, Tomo VII, Pag. 800.
- 37) VELEZ SANSFIELD. Comentarios al Art. 3639 del Código Civil Argentino.
- 38) FERNANDEZ CASADO. Obra citada - Tomo I - Pag. 675.
- 39) RAYMUNDO M. SALVAT. Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General Pag. 851 (CL. Emérito González Pag. 417).
- 40) JULIO CESAR BONETOS. Tesis Doctoral - Universidad de El Salvador. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Pag. 56.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

- I- *Teoría General del Instrumento Público.* Carlos Emérito-González.
- II- *Tratado Teórico y Práctico de Derecho - Notarial (Primer Tomo).* José María Mustapich.
- III- *El Notario Práctico o Tratado de Notaría. (Primera Edición).* José Eduardo Girón.
- IV- *Curso de Derecho Civil (Tomo I. Volumen II. Parte General 3a. Edición)* Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriua Undurraga.
- V- *Alcance de la Fé Pública Concedida al - Notario. Reformas Introducidas a la -- Practica Notarial por la Vigente Ley de Notariado. (Tesis Doctoral-Universidad de El Salvador. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales).* Julio César Barrientos.
- VI- *Derecho y Práctica Notarial (Tesis Doctoral-Universidad de El Salvador. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales).* Santiago Ricardo Martínez.
- VII- *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. (Con Suplementos).* Escriche.
- VIII- *Diccionario de la Lengua Española (Décimo Quinta Edición).*

I N D I C E

Pag.

CAPITULO I.-

CONCEPTO DE INSTRUMENTO 1

CAPITULO II.-

CLASIFICACION DE LOS INSTRUMENTOS 4
CUADRO SINOPTICO 7

CAPITULO III.-

LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS O NOTARIALES

ORIGEN DE LA INSTITUCION NOTARIAL 8
CONCEPTO DE INSTRUMENTO PUBLICO 10
FINALIDADES DEL INSTRUMENTO PUBLICO 11
FORMA Y PRUEBA 12
CLASIFICACION DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS 14

ESCRITURA MATRIZ

PARTES DE QUE CONSTA 14

REQUISITOS QUE DEBE REUNIR CONFORME A LA
LEY DE NOTARIADO LA ESCRITURA MATRIZ.

Primer Requisito. Art. 32 No.1o. (Notarios, Jefes de Misión Diplomática, Jueces de la Instancia, etc.) 18
Segundo Requisito. Art. 32 No.2o. (Protocolo. Idioma. Minuta. Orden Cronológico. Lugar.) 21
Tercer Requisito. Art. 32 No.3o. (Testigos. Origen y razón de su presencia. Clasificación. Instrumentos que requieren presencia de testigos. Requisitos para ser testigos. Impedimentos) 30
Cuarto Requisito. art. 32 No. 4. (Partes intervinientes. Otorgantes o Comparecientes. Concurrentes. Autorizante) 36
Quinto Requisito. Art. 32 No. 5. (Fe de conocimiento. Identificación o Fe Notarial. Clases de Conocimiento. Testigos de Conocimiento 40

	Pag.
<u>Sexto Requisito:</u> Art. 32 No. 6. (Redaccion. Declaraciones de los otorgantes. Dispositivas y Enunciativas. Declaraciones del Notario)	44
<u>Septimo Requisito.</u> Art. 32 No. 7.	48
<u>Octavo Requisito.</u> Art. 32 No. 8.	48
<u>Noveno Requisito.</u> Art. 32 No. 9.	48
<u>Décimo Requisito.</u> Art. 32 No. 10.	49
<u>Décimo Primer Requisito.</u> Art. 32 No. 11.	50
<u>Décimo Segundo Requisito.</u> Art. 32 No. 12. (Firma. Concepto. Orden de las firmas. Firma a ruego. Terminación del acto). ..	51
<u>Décimo Tercer Requisito.</u> Art. 32 No. 13.	54

ESCRITURAS PUBLICAS O TESTIMONIOS.

CONCEPTO	55
Clases de Testimonios que expiden los Notarios	57
Número de Testimonios. (Parte Contraria. Objeto de la citación).	58
Valor Probatorio de los Testimonios	62

ACTAS NOTARIALES

CONCEPTO	65
Diferencias entre Escrituras Públicas y Actas Notariales .	67
Enumeración de las Actas Notariales	67
Auténticas	69
PROTOCOLIZACIONES	70