

C 352 L
1971
F. D. Y. C. S.
Ej. 4

04345

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

LA ESCRITURA PUBLICA

TESIS

PRESENTADA POR

GILBERTO LEONEL CASTILLO

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE
DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

EL SALVADOR, C. A.

AGOSTO DE 1971.





UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Rector:

Dr. Rafael Menjívar Ch.

Srio. Gral.:

Dr. Miguel Angel Sáenz Varela

Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz

Asesor de tesis:

Dr. Román G. Zúniga V.

Jurado Calificador de tesis:

Dr. Renán Rodas Lazo

Dr. Gabriel Gallegos Valdés

Dr. Roberto Oliva Ortiz

DEDICATORIA:

A mi madre

Concepción Castillo

A los doctores

Jorge Alberto Huete y

Angel Góchez Marín

A la señorita

María Delia Bonilla

LA ESCRITURA PUBLICA

CAPITULO I

INTRODUCCION

A) GENERALIDADES SOBRE LAS PRUEBAS

La ciencia del Derecho se encamina a satisfacer y a armonizar el ideal de justicia común a toda la humanidad, o como dice don Eduardo Bonnier: "Se dirige a satisfacer la conciencia, - por su objeto, que no es otro que la consagración de las reglas de la justicia en cuanto interesa a la humanidad su sostenimiento"(1) y se traduce positivamente en leyes que norman y regulan la actividad de los hombres que viven en sociedad, leyes que tienen como característica principal su coercibilidad, característica además, -- que las distingue de otras normas de conducta a que el individuo - se ve sometido. El hombre, por regla general, se adapta voluntariamente o cumple de la misma manera los preceptos, o transgrede - dichas leyes, o le surgen y asaltan dudas acerca de los derechos - que le corresponden; situaciones estas últimas que dan lugar a conflictos de intereses; y que es el Poder Público en ejercicio de la función llamada jurisdiccional, y por medio de los tribunales correspondientes, el que tiene que resolver dichas situaciones.

Cómo es que el estado armoniza y resuelve estos conflictos de intereses? Por medio de tribunales encargados de impartir justicia y a través de un procedimiento previamente establecido llamado juicio, que por definición es "Un método de debate cuyo fin es solucionar, por acto de autoridad, conflictos de intereses." o como lo define nuestra ley en el Código de Procedimientos Civiles Art. 4, diciendo que: "juicio es una controversia legal entre dos o más personas ante un juez autorizado para conocer de ella."

Los Juicios o Procesos. Clasificación

Los juicios pueden ser civiles o criminales -clasificación tradicional- según la materia a tratar, sea civil en -- donde se ventilan únicamente intereses de particulares, o sea criminal, en donde una de las partes es la sociedad misma representada por el estado, tratando de enmendar, corregir y prevenir el mal que se le ha inferido.

Pueden asimismo las relaciones obrero-patronales dar lugar a conflictos de intereses que se dilucidan en los tribunales de justicia, dando nacimiento así al juicio o proceso laboral; cuando es la Administración Pública una de las partes conten

(1) Eduardo Bonnier, De las Pruebas en Dro. Civil y en Dro. Penal, Ed. 1929, Tomo I, pg. 9

dientes, encontramos el juicio contencioso-administrativo; asimismo hay procesos constitucionales, etc., etc. Nos referiremos en a delante, en el desarrollo de esta introducción, al juicio civil, -- por considerar que es el que más se adapta al desarrollo de nuestro trabajo; haciendo la salvedad que la teoría de las pruebas, -- que a continuación muy brevemente trataremos de exponer, se aplica a cualquiera de las clases de juicio o procedimientos mencionados.

El juicio, que consta de varias partes, se inicia con el libelo de demanda, que una de las partes, el demandante, haciendo uso del derecho de acción que compete a cualquier ciudadano, presenta ante el tribunal correspondiente, poniendo así en movi--- miento el aparato jurisdiccional del Estado. El tribunal, tiene -- la obligación, llenados los requisitos legales, de admitir dicha -- demanda, y como inmediata providencia conferir traslado a la parte contraria para cumplir así con el mandato reconocido constitucio--- nalmente por todas las legislaciones del mundo, sin excluir la --- nuestra, de que nadie puede ser privado de su vida, libertad, propiedad o posesión, sin ser antes oída y vencida en juicio, y dar a sí oportunidad a que la parte reo o demandada pueda contestar o no la demanda; contestación que puede ser generalmente ya en sentido afirmativo allanándose a los términos de la misma, ya en sentido -- negativo, negando ser ciertos los hechos que se le imputan.

A continuación, habiéndose cumplido con la obliga--- ción anterior, evacuando o no el traslado conferido al demandado, se sucede una etapa conocida como "término probatorio" y que con--- siste en cierto período de tiempo que la ley concede a ambas par--- tes para que puedan probar la verdad de sus aseveraciones. Es en dicho término que las partes tienen, en general, que presentar sus respectivas pruebas. Hay una última parte en el juicio y que es -- el fallo definitivo dado por el tribunal después de sopesar los alegatos y pruebas de cada quien; y que se llama sentencia definiti va.

Pues bien, decíamos que es con base en las prue--- bas presentadas en el término probatorio que el juez o magistrado trata de llegar a la verdad de los hechos y dictar así un fallo de definitivo apoyado en la ley y la justicia; pero, qué se entiende -- por verdad? Verdad es "la adecuación de nuestros pensamientos a -- los hechos de orden físico o de orden moral que deseamos conocer." (1) es la conformidad de nuestros pensamientos con la realidad, -- "Probar la verdad de nuestras aseveraciones es establecer la existencia de esa conformidad." (2)

La prueba en materia judicial se define como "el establecimiento por los medios legales de la exactitud de un he--- cho que sirve de fundamento a un derecho que se reclama." (3). El tema de la teoría de la prueba por ser de tanta importancia consti--- tuiría de por sí un trabajo de tesis, por lo cual, como ya lo dije

(1) E. Bonnier, ob. cit. pg. 9

(2) E. Bonnier, ob. cit. pg. 9

(3) Alessandri-Somarriva, Curso de Dro. Civil, Tomo I, Vol. II pg 5

ramos anteriormente, nos referiremos a ello de una manera generalizada, señalando los rasgos más importantes.

La palabra prueba puede ser tomada en varios sentidos, así decimos que pruebas son: LOS DIVERSOS MEDIOS QUE ESTABLECE LA LEY PARA DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DE UN HECHO.

Se dice asimismo que prueba puede referirse al hecho mismo de producirla, y así decimos que la carga de la prueba -corresponde al demandante o al demandado.

Hay una tercera acepción de prueba y se toma como el resultado que se obtiene en el empleo de los medios de prueba; ejemplo: decimos que tal persona no logró probar su acción.

Objeto de la Prueba, pruebas del hecho: las pruebas únicamente pueden versar sobre los hechos; el objeto de ésta -da lugar al derecho. "Si una persona reclama a otra el cumplimiento de una obligación, debe ella demostrar qué hecho dio lugar al nacimiento de ese vínculo jurídico, si un contrato, un legado, una gestión de negocio o bien un daño causado, un enriquecimiento ilícito o cualquier otro hecho jurídico." (1)

Prueba del Derecho

El derecho, según opinión generalizada de los tratadistas, no necesita probarse, pues se supone que emana de la ley, y ésta de todos se presume conocida. Al juez o magistrado le corresponde aplicar las consecuencias jurídicas de los actos o hechos jurídicos sometidos a su consideración. El juez, -según reza un antiguo adagio- dice a las partes: "Pruébame los hechos y yo -te indicaré el derecho." (2)

Hay algunos autores que dicen que sí tiene que probarse el derecho, entre ellos don Eduardo Bonnier, que dice que se tiene que probar el hecho y el derecho, y que la prueba del derecho consiste en establecer que si se consignan tales o cuales hechos es aplicable a ellos tal o cual disposición legal (3); pero -esto realmente no entrañaría en rigor una prueba de la ley sino una simple interpretación de la misma, así por ejemplo: si una persona da en arrendamiento a otra una casa por medio de un contrato en el cual se estipula que las reparaciones locativas tendrá que efectuarlas el arrendante. Si el inmueble se deteriora en una de sus paredes y por ese motivo el arrendatario demanda judicialmente al arrendador a fin de que efectúe la reparación y éste comparece al juez manifestando que sí realmente el inmueble se encuentra dañado, pero que la reparación corresponde al arrendatario por no ser una reparación locativa. En el daño del inmueble están de acuerdo las partes intervinientes, sólo falta determinar por medio del magistrado si constituye o no una reparación locativa y por lo

(1) Alessandri-Somarriva, ob. cit. Tomo I, Vol. II, pg. 7

(2) Alessandri-Somarriva, ob. cit. Tomo I, Vol. II, pg. 7

(3) E. Bonnier, ob. cit. Tomo I, pg. 9

tanto, a quien toca efectuarla. Lo anterior no obstante, no inhibe a las partes de indicar al juez el hecho y además las disposiciones legales que para esta persona deban ser aplicadas en la cuestión litigada, aunque ello está muy lejos de implicar una prueba del derecho.

Prueba del Derecho Extranjero

Opinión generalizada es que el derecho extranjero sí tiene que probarse, pues su existencia sería un hecho de la causa de pedir; además, asimismo es unánime la opinión de que la costumbre tiene que probarse.

Nos referiremos, en atención a la naturaleza de nuestro trabajo, a la prueba tomada en su primera acepción ya vista, o sea, como instrumento o medio de presentar al juez la verdad de los hechos en los cuales basan sus pretensiones cada una de las partes.

De las Pruebas como medio de establecer los Hechos

Las pruebas pueden consistir en deposiciones de testigos, relación de peritos, inspección, juramento, confesión de parte, presunciones e instrumento.

Sobre el particular nuestro Código de Procedimientos Civiles y su Art. 253 dice: "Las pruebas se hacen con instrumentos, con información de testigos, con la vista de los lugares o inspección ocular de ellos o de las cosas, con el juramento o la confesión contraria y con presunciones." Y por su parte el Art. 1569 C. nos dice: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquéllas o ésta." "Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del Juez y peritos."

De la Prueba por Confesión

Confesión es el testimonio del demandado que se condena a sí mismo en su propia causa. El Código de Procedimientos Civiles en su Art. 371 la define diciendo que "es la declaración que hace una persona contra sí misma sobre la verdad de un hecho."

Clasificación. Esta puede ser judicial o extrajudicial, según se haga en el juicio o fuera de él. La primera admite dos clasificaciones atendiendo a la forma en que se preste; así puede ser espontánea o provocada; la espontánea es la que la parte hace libremente en las diferentes actuaciones del juicio. La provocada, o absolución de posiciones es la que la parte presta por requerimiento de la contraparte; expresa o tácita, según se haga por palabras o se infiere de algún hecho o se supone por la ley; puede ser así mismo simple, calificada o compleja. Simple según que el que la haga reconozca lisa y llanamente la verdad del hecho confesado. Califi

cada, aquella que el confesante reconoce el hecho invocado por el contrario pero con agregaciones referentes a hechos coetáneos con el nacimiento del hecho objeto de la confesión y que lo diferen--
cia del hecho alegado por el contendor, sea su naturaleza jurídi-
ca o en sus efectos; así digo en un juicio que sí recibí ₡100.00
de Juan a título de mutuo, pero el plazo no está vencido aún; o--
tro ejm.: sí recibí cantidad de dinero pero no de ₡100.00, sino -
de ₡50.00; Compleja, aquélla en que el confesante reconoce lo ale-
gado por el adversario, en lo que atañe al hecho material, su ca-
lificación jurídica y por supuesto, a los efectos de derecho, pe-
ro agregándole que por otro hecho extraño al nacimiento del prime-
ro, los efectos de éste se extinguieron. Ejm. recibí en préstamo
₡100.00 pero ya los pagué. (1)

Divisible o indivisible

Es una división de las anteriores y que consiste en que se pueda o no separar la circunstancia o modificación que restringen o destruyen la intención de la parte contraria.

Juramento Deferido

Es una modalidad de la confesión y consiste en -
la declaración solemne que una de las partes hace ante el tribu--
nal correspondiente a petición de éste o de la parte contraria a-
cerca de la verdad de un hecho. El que solicita el juramento tie-
ne que avenirse a pasar por todo lo que la parte jure y puede ser
de dos clases: decisorio y estimatorio. El primero es "el que una
de las partes defiere a la otra haciendo depender de él la de-
cisión de la causa." ...#1º Art. 392 Pr. El segundo: "es el que
el juez exige de la parte sobre el valor o estimación de la cosa
que demanda para determinar la cantidad en que ha de condenar al
reo." ...#2º Art. 392 Pr.

De la Prueba Testimonial

El testimonio o deposición de terceras personas ajenas al juicio que pueden afirmar la existencia de un hecho ju-
rídico porque han estado presentes, o han tenido conocimiento del
mismo, es lo que constituye la prueba testimonial. El Código de
Procedimientos Civiles en su Art. 293 dice: "testigo es la perso-
na fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad. -
La característica de esta clase de prueba es que los testigos no
tienen interés ninguno en el juicio en que rinden su deposición.

De la Prueba por Inspección

Consiste en el reconocimiento o examen que el --
juez o magistrado practica en la cosa objeto del litigio o en el
lugar de los acontecimiento con el fin de aclarar la verdad de --
los hechos controvertidos, y además a enunciar el valor probato-

(1) Alessandri-Somarriva, ob. cit. Tomo I, Vol. II, pg. 5

rio de la misma prescribiendo en el Art. 370 inc. 1º "la inspección personal hará prueba plena ya se haya practicado por el juez solo o acompañado de peritos." ...

Las Pruebas Presuncionales

Las pruebas presuncionales consisten en deducciones que el juez o la ley sacan de hechos conocidos para averiguar hechos desconocidos. Nuestro Código de Procedimientos Civiles define la presunción en el Art. 408, diciendo: "Presunción es una consecuencia que la ley o el juez deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas para averiguar un hecho desconocido." Conforme a lo dicho las presunciones pueden ser legales y judiciales; las primeras son las establecidas por la ley y pueden ser de derecho (juris et de jure) o simplemente legal (juris); las primeras no admiten prueba en contrario, y las segundas sólo se consideran ciertas mientras no se pruebe lo contrario. Las judiciales son las que se dejan al arbitrio del juez. Sobre el particular nuestra ley dice:

"Art. 409 Pr. Las presunciones son legales o judiciales. Las legales se reglan conforme al artículo 45 C. Las judiciales se dejan a las luces y prudencia del juez, quien no deberá admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes, y en los casos únicamente en que la ley admite la prueba testimonial. De éstas es de las que aquí se trata. Presunción grave es la que se apoya en un hecho conocido que haga muy verosímil el hecho desconocido que se trata de averiguar: precisa, la que sólo se puede aplicar a un hecho y no a varios; y concordante, cuando siendo varias no se destruyen unas a otras y tienen tal enlace entre sí y con el hecho probado, que no pueden dejar de considerarse como antecedentes o consecuencias de éste."

"Art. 45 C. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley,

se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

De la Prueba de Peritos

Cuando en un juicio hay que probar hechos en los cuales es necesario tener conocimientos especializados o técnicos sobre la materia que se discute o que motiva la contienda, se recurre por el tribunal, a los peritos, personas éstas especializadas en diversas ciencias o artes. Esto es lo que se conoce como prueba pericial o informe de peritos. Así por ejemplo, cuando se discute en juicio la buena o mala construcción de una casa, lo lógico es recurrir a un ingeniero para que pueda dictaminar acerca de ello. Nuestra ley, como cuando se refiere a la inspección, tampoco define la prueba y se limita únicamente a enumerar los casos en que es admisible.

"Art. 343 Pr. La prueba por peritos no podrá ser admitida sino en puntos de hecho facultativos o profesionales, y en los demás casos en que la ley la exige expresamente."

"Art. 344 Pr. Los peritos deben tener título en la ciencia o arte a que pertenezca el punto sobre que ha de oírse su juicio, si la profesión o el arte estuvieren legalmente reglamentados."

"Aer. 363 Pr. El dictamen uniforme de dos peritos o el de uno solo en los casos previstos por la ley, forma plena prueba en la parte facultativa o profesional."

De la Prueba Instrumental o Preconstituída

Hemos visto someramente la mayoría de los medios de prueba, con relación especial a nuestra legislación; nos toca referirnos en este apartado a la prueba instrumental o preconstituída. Sucede a menudo que las pruebas que se presentan en un juicio consisten en papeles o documentos escritos con anterioridad al litigio, escritos precisamente para prevenir unas veces o para resolverlo en otras; y se hace por medio de instrumentos, que pueden ser privados y públicos o auténticos, división que obedece a la mayor o menor formalidad con que se elaboran. Para don J. Escriche, prueba instrumental es "la que se hace con escrituras o instrumentos, sean públicos o privados." (1)

Como este medio sui-génecris de prueba está íntimamente ligado al trabajo que nos proponemos desarrollar, sólo lo dejaremos someramente enunciado para referirnos posteriormente a ello con mucha mayor intensidad.

(1) J. Escriche, Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, pg. 1402

B) ESTUDIO DEL INSTRUMENTO EN GENERAL

INSTRUMENTO, DIVERSOS CONCEPTOS.

La voz instrumento tiene en nuestro idioma, varias acepciones.

Así en el Diccionario de la Real Academia Española encontramos las siguientes:

"Instrumento es todo aquello de que nos servimos para hacer una cosa." (1)

"Instrumento es el conjunto de diversas piezas -- combinadas para que sirva en determinado objetivo en el ejercicio de artes u oficios." (2)

Se llama instrumento, pues, a todo objeto o conjunto de objetos de que el hombre se sirve para hacer una cosa o -- desarrollar actividades cotidianas en los múltiples campos en que le toca desenvolverse, así se denominan instrumentos de trabajo -- las herramientas de un obrero carpintero, así como los cincelos -- del escultor, las probetas y morteros del científico, el pincel -- del pintor, etc.

En otra de las acepciones se denomina instrumento "todo lo que pueda servir para producir sonidos musicales, y así -- decimos común y corrientemente que determinado almacén se especializa en la venta de "toda clase de instrumentos musicales", así decimos que los "instrumentos musicales" pueden ser de cuerda, de -- viento, o percusión, según sea la forma de producir los sonidos:(3)

Constituyen las acepciones anteriores, lo que la mayoría de las personas entienden por el vocablo dicho; y son las más generalizadas; nuestra ley positiva se ocupa en determinado momento de ellas, así nuestro Código Civil vigente, al tratar de los bienes inembargables, nos prescribe en los numerales 3º y 4º del Art. 1488 que no son embargables:

"... 3º "Los instrumentos" y muebles destinados a la profesión del deudor que sean indispensables para el ejercicio de ella, así como los libros en general relativos a conocimiento de la facultad que él ejerce;

4º Las máquinas o "instrumentos" de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte." ...

(1) Diccionario de la Real Academia Española, Décimo Novena Ed. -- 1970, pg. 752

(2) Ob. cit. pg. 752

(3) Ob. cit. pg. 752

En sentido jurídico general la palabra instrumento, según don Joaquín Escriche viene del verbo latín "Instruire" - que significa instruir, ilustrar, porque está destinada a instruirnos de lo que pasa; instrumento es entonces todo lo que sirve para instruir una causa, todo lo que nos da luz sobre la existencia de un hecho o convenio, de modo que en este sentido, perfectamente -- pueden llamarse instrumentos, las deposiciones de los testigos. - En sentido jurídico estricto debe entenderse por instrumento "el -- papel o documento con que se prueba o justifica alguna cosa, la -- descripción, la memoria o la nota de lo que uno ha dispuesto; o -- del convenio entre dos o más personas; el escrito en que se perpetúa la memoria de un hecho." (1)

Por su parte la Enciclopedia Jurídica Española dice: "es el papel escrito y por lo regular firmado, cuya finalidad consiste en hacer constar materialmente algún hecho o acto." (2) - En este sentido es que deberemos entender el significado de nuestro vocablo para el desarrollo del trabajo que nos ocupa. Agregando por nuestra parte, que así definido, su principal misión es producir efectos de Derecho.

Instrumento y Título

Definido en esa forma, continúa diciendo don Joaquín Escriche, (3) la palabra instrumento suele frecuentemente confundirse con la palabra título, aunque en rigor son cosas muy distintas, pues título es la causa remota de un derecho que tenemos.

Podemos pues, en determinado caso tener un título sin tener un instrumento. Para ilustrar lo anterior, veamos un ejemplo: la venta de cosas muebles en nuestra ley es consensual, -- quiere esto significar que no se necesita solemnidad alguna, podemos pues, decir que hemos adquirido un bien mueble cualquiera a título de venta y no tener por otra parte, un instrumento que lo compruebe. O por otra parte tener un instrumento sin tener título.

En la práctica no obstante, como dijéramos anteriormente, se confunden ambos conceptos. Y el legislador no ha escapado a dicha regla, ya que hay disposiciones que usan la palabra título como sinónimo de instrumento, así nuestro Código Civil, al hablar de los efectos de la inscripción de la Propiedad Raíz en el Libro II, título VI, Capítulo IV, se encuentran los siguientes artículos:

"Art. 711 inc.2. Sin embargo, los títulos que sirven de antecedentes, podrán inscribirse si lo solicitare la persona a cuyo favor estuviere la última inscripción."

(1) Joaquín Escriche, Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, novísima edición, año 1912, pg. 885

(2) Enciclopedia Jurídica Española, Tomo XIX, pg. 753

(3) J. Escriche, ob. cit. novísima edición, año 1912, pg. 885



"Art. 717. No se admitirá en los tribunales o Juzgados de la República, ni en las oficinas administrativas, ningún título ni documento que no esté registrado, si fuere de los que conforme a este título están sujetos a registro; siempre que el objeto de la presentación fuere hacer valer algún derecho contra --tercero.

Si no obstante se admitiere, no hará fe. - Con todo deberá admitirse un instrumento sin - registro, cuando se presente para pedir la declaración de nulidad o la cancelación de algún asiento que impida verificar la inscripción de aquel instrumento.

También podrá admitirse en perjuicio de tercero el instrumento no inscrito y que debió -- serlo, si el objeto de la presentación fuere únicamente corroborar otro título posterior que hubiere sido inscrito."

"Art. 718 inc. 1º. El tenedor de un título inscrito tendrá derecho para oponerse a que se embarguen los bienes inmuebles a que el título se refiere, o a que se inventarién a consecuencia de acciones que no se dirijan contra él."

"inc. 2º. El Juez, sin más trámite que la audiencia a la parte contraria ordenará que no se embarguen los bienes o que no se inventarién, y si esto ya se hubiere verificado, decretará que en el acto de desembarguen o se excluyan del inventario. Si la parte contraria presentare a su vez título de dominio inscrito de dichos bienes, el Juez decidirá atendiendo a la prioridad de las respectivas inscripciones, conforme al artículo 712, quedando a salvo a la parte vencida al derecho que pueda tener para entablar las acciones de dominio o de tercería en su caso, y pedir la cancelación de la inscripción del título respectivo."

"inc. 5º. La solicitud de embargo a que se refiere este artículo, no es admisible cuando el tercero deriva su derecho del ejecutado, en virtud de un título inscrito con posterioridad a la anotación del embargo: en este caso - deberá entablarse tercería si hubiere lugar a ella, conforme al Código de Procedimientos Civiles."

"inc. 6º. Tampoco procede dicha solicitud

no obstante lo dispuesto en el artículo 726, - cuando aquella se funda en títulos anotados -- preventivamente."

"Art. 719. Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro Público correspondiente:

3º. El que presentare en el oficio del - Registro, algún título cuya inscripción no pue da hacerse definitivamente por falta de formalidades legales; y"

"Art. 726. La anotación preventiva surtirá los mismos efectos que la inscripción durante el término señalado en los artículos anterio-- res.

Sin embargo, si los títulos anotados con -- los números 3º y 4º del artículo 719, pudieran ser causa de que se declare o no un derecho de efectos permanentes, no se pronunciará la sentencia mientras no se presente la inscripción definitiva o transcurran los términos durante los cuales aquellas anotaciones surten sus e-- fectos."

"Art. 729. Las anotaciones preventivas comprendenán las mismas circunstancias que exige esta ley para las inscripciones, en cuanto resulten de los títulos o documentos presentados!"

Art. 732. La cancelación ya sea total o -- parcial, procede:

2º. Cuando se declare la nulidad judi--- cialmente, en todo o en parte, del título en - cuya virtud se haya hecho la inscripción;

4º. Cuando se justifique mejor derecho - por un tercero, aunque su título no esté ins-- crito."

"Art. 734. Será nula la cancelación:

1º. Cuando fuere falso o nulo el título en virtud del cual se hubiere hecho;

2º. Cuando no aparezca en ella claramente la inscripción que se cancela;

3º. Cuando no se expresa el documento en -

cuya virtud se haga la cancelación ni los nombres de los otorgantes, del Cartulario, y del Juez en su caso; y

4º. Cuando en la cancelación parcial, no se de claramente a conocer la parte del inmueble que haya desaparecido o la parte de la obligación que se extinga y la que subsista.

Instrumento y Documento

Es frecuente asimismo que se emplee el vocablo documento por instrumento, aunque creemos que en esto no hay confusión ninguna, sino una simple relación de género a especie, es decir que "documento" significa, según el diccionario de la Real Academia Española: diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, (1) principalmente de los históricos; - Chiovenda define el documento como "toda representación natural -- destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del -- pensamiento como una voz grabada eternamente." (2) Sintetizadas -- ambas definiciones transcritas puede colegirse que documento es -- "toda representación objetiva de un pensamiento", así para el caso constituye documento un periódico, el diario íntimo de una persona, una carta, la narración de un suceso cualquiera plasmado en un papel, e incluso una grabación magnetofónica.

Cuando los escritos revestidos o no de ciertas -- formalidades, tienen como fin primordial la comprobación, en cualquier momento posterior al de su elaboración, de los hechos o actos que en él se han hecho constar, reciben el nombre específico -- de instrumento haciendo énfasis para efecto de nuestro estudio de la relevancia jurídica que pueda producir.

De allí pues que no hay una verdadera confusión -- de términos sino una simple relación de género a especie, todo --- instrumento es un documento; aunque no todo documento es un instru-- mento. En síntesis: documento es el género e instrumento la espe-- cie.

(1) Ob. cit. pg. 491

(2) Citado por el Dr. Juan Antonio López Ibarra, tesis doctoral -- "Los Instrumentos Notariales", pg. 2

C) BREVE DESARROLLO HISTORICO DE LOS INSTRUMENTOS

Los hebreos. Entre los hebreos como ya se conocía la escritura, maravilla de la inventiva humana, ya se escribían los acuerdos jurídicos; cuando ambas partes, o una de ellas sabía escribir; lo cual no era muy frecuente, los acuerdos eran redactados por éstos; cuando ninguna de las partes sabía hacerlo, acudían a la intervención de un oficial o funcionario público llamado Escriba, para que éstos se los redactaran; entre los Escribas había varias clases: escribas de la ley, escribas del rey, escribas del pueblo y escribas del estado. (1) Los documentos redactados personalmente por las partes es casi seguro que tenían carácter particular o privado; y los redactados por los escribas, aunque no se sabe a ciencia cierta, es muy probable que hayan tenido carácter público, o si no lo tenían al menos representaban un medio de prueba de mucha mayor robustez que los privados.

En Grecia, según se desprende de los datos que se han encontrado en algunos textos jurídicos romanos, que son las únicas fuentes donde se puede estudiar la historia jurídica de Grecia, existió el contrato llamado Síngrafe, el cual, según algunos autores, era un documento público; a él concurrían muchos testigos y llevaba consigo carácter ejecutivo. Otros consideran que era un simple documento privado, con cierta fuerza legal probatoria.

En Egipto, los griegos introdujeron los documentos privados y los públicos; los primeros eran de tres clases, en síngrafo-fálix, el quirógrafo y la instancia o solicitud; los segundos eran de dos clases: los otorgados ante los "Ptolomeos" o funcionarios públicos con funciones notariales; y los que eran otorgados ante el juez. Algunos documentos privados como los llamados síngrafo-fálix, podían llegar a adquirir la categoría de públicos. (2)

En Roma, en la época romana existían tres clases de documentos, a saber: PUBLICA, PRIVATA y PUBLICA CONFECTA.

I.- Los documentos Públicos, que también eran llamados pública monumenta, eran los expedidos por un magistrado o Tribunal competente por razón de la materia o del territorio, y que redactaba de oficio un funcionario adecuado. Estos actos tenían fuerza y fe pública, porque no había necesidad de testigos; y además eran de un valor irrefragable porque no podían ser impugnados, ni por testigos, ni por documentos privados. Eran actos públicos los de insinuación, los judiciales y los del censo.

II.- Los segundos o sea los privados, eran aquellos que se redactaban privadamente. Tales eran las cartas, las escrituras y apuntes

(1) José María Mengual y Mengual, Tratado de Dro. Notarial, ed. -- 1933, Vol. II, pg. 452.

(2) José María Mustápic, Tratado Teórico y Práctico de Dro. Notarial, Tomo II, pg. 12

privados, y los quirógrafos de los deudores. Su valor era muy distinto de los públicos. A una categoría de éstos la ley, les negaba, expresamente, la fe; es decir, a los privados que estaban escritos de mano o por mandato de cualquiera que los presentaba o -- que eran o se referían a hechos privados.

III.- Pública Confecta. Para completar aquellos actos públicos -- que tenían eficacia o para suplir la insuficiencia de los actos -- privados, se fue formando una nueva clase de documentos que participaban de unos y de otros; sin llegar a la categoría de un documento público, adquirirían mayor eficacia jurídica que el simple documento privado. Estos fueron aquellos que las Constituciones Imperiales calificaron de actos públicos confeccionados por Tabularios o por Tabeliones, porque eran redactados por unos o por otros según lo indica Justiniano. (Novela 76 Cap. V).

Estos actos o instrumentos (Instrumenta Publica Confecta), eran redactados de ordinario, en el foro público, y muy especialmente en los despachos de los Tabularios para comodidad -- del público que deseaba se les escribiesen los documentos, a fin de atemperarse a las formalidades de la insinuación que tenía que cumplirse en el Palacio Cívico, generalmente cerca del foro.

Para la validez de estos documentos, se requerían tres clases de requisitos, a saber: a) unos relativos a la cualidad del redactor; b) otras a la forma del documento; y c) a la presencia de los testigos.

El redactor de estos documentos debía ser una persona con funciones públicas, es decir, una persona encargada de -- guardar la tabla, a quien se llamaba tabulario, y que por lo tanto, llevaba el documento así redactado, una presunción de veracidad superior a la de los documentos privados. Era asimismo indispensable para la validez del acto o contrato que el tabulario o el tabelión prestasen su aprobación al mismo, firmándolo de su propia mano; y además atestiguar que en la redacción del documento había -- participado un oficial o persona pública. Al propio tiempo se requería la expresión de la causa jurídica, la consignación de la fecha del otorgamiento con indicación del día, mes y año, y consignar además el nombre de los testigos presentes, cuya misión, en caso de discutirse la validez del contrato, era la de afirmar que habían estado presentes en el otorgamiento, a la vez que el tabulario o tabelión expresaba que lo había escrito de su propia mano. - (1)

(1) José María Mengual y Mengual, ob. cit. Tomo II, pg. 467

CAPITULO II

A) BREVE ESTUDIO DE LAS DISTINTAS CLASES DE INSTRUMENTOS EN LA DOCTRINA

Hemos analizado en apartados anteriores, el concepto genérico del vocablo instrumento y el concepto específico -- del mismo, circunscrito éste al campo jurídico.

En esta oportunidad, analizaremos la clasificación o clasificaciones que de los instrumentos se han hecho por -- los expositores del derecho, para pasar en la segunda parte de este capítulo a analizar las clasificaciones que de éstos se encuentran en nuestra ley.

Tradicionalmente han existido y existen dos grandes clasificaciones de los instrumentos, así: unos tratadistas los dividen en:

a) Públicos y Privados y otros objetan dicha división manifestando que los instrumentos sólo se dividen en públicos, auténticos y privados.

Sobre el particular, don Joaquín Escriche, decidiendo partidario de la clasificación bipartita, nos manifiesta: "El instrumento es público o privado. Es instrumento público el que una persona constituida en dignidad o cargo público autoriza en los negocios correspondientes a su empleo u oficio; y es instrumento -- privado el que se hace por personas particulares sin intervención de persona legalmente autorizada, o por personas públicas en actos que no son de su oficio." (1)

Ampliando un poco la idea, podemos decir, que para los partidarios de la clasificación bipartita, los instrumentos públicos son aquellos expedidos u otorgados por o ante una persona a quien el estado ha dotado de autoridad pública para que los actos y contratos que autoricen o los documentos que expidan gocen de fe pública, o lo que es igual, hagan plena prueba contra todos, por las circunstancias en que han sido otorgados, legalizados o expedidos y cuyo valor probatorio sólo puede ser destruido entablando la llamada querrela de falsedad, incluyendo entre dichas personas, tanto a los escribanos o notarios, como a los demás funcionarios públicos, y así son instrumentos públicos para esta clasificación, las certificaciones de las partidas de nacimiento expedidas por los Alcaldes; las certificaciones de las sentencias dictadas -- por los jueces competentes, así como las escrituras otorgadas ante el notario o escribano público, etc.

Los instrumentos privados en cambio, son al contrario de los anteriores, los que se forman y expiden por las per-

(1) Ob. cit. pg. 885

nas en su carácter particular, quiere esto significar que son los otorgados por personas que no están investidas de autoridad o cargo público, y los otorgados por estas últimas personas, pero despojados de su investidura o cargo; los instrumentos privados en general están exentos -aparte de la firma- de solemnidad alguna. Por excepción hay cierta clase de instrumentos privados, los cuales están revestidos de ciertas formalidades.

b) Los tratadistas partidarios de la clasificación tripartita, (auténticos, públicos y privados), distinguen el documento público del auténtico, diciendo que el primero es el otorgado ante un notario o cartulario, e incorporado en un Registro o libro de Protocolo que al efecto lleva dicho funcionario; y los segundos, o sea los auténticos, son por exclusión todos los escritos autorizados por cualquier otro funcionario, en el ejercicio de sus funciones. Como podrá notarse, ambos instrumentos -auténticos y públicos- son autorizados o expedidos por o ante funcionario o autoridad pública en el ejercicio de sus funciones, y por ende, ambos gozan de fe pública y tienen la misma fuerza probatoria, que es plena. La diferencia que existe entre los dos, es que el instrumento público, es otorgado ante un funcionario especial encargado por el estado del ejercicio notarial, y además, incorporado o en un registro o libro protocolo, como se le llama, esto por regla general; por cuanto hay instrumentos públicos que no se asientan en el libro de protocolo y que se llaman actas notariales; y los auténticos, son por exclusión los autorizados y expedidos por los demás funcionarios del estado en ejecución de sus funciones.

Para esta clasificación tripartita son ejemplos de instrumentos públicos, cualquier clase de escritura pública, así: una compraventa de inmuebles, un reconocimiento de hijo natural un poder otorgado a una persona, etc., Son ejemplo de documentos auténticos: una certificación de partida de nacimiento, una comunicación oficial del presidente de la República a sus Ministros, una certificación de la sentencia dada por un Juez, etc.

En los instrumentos privados, no se encuentra ninguna diferencia en ambas clasificaciones a que nos hemos venido refiriendo, y por lo tanto, sólo nos limitaremos a añadir las características principales que presentan éstos.

Firma de los Otorgantes

Como ya lo dijéramos anteriormente, por regla general el documento privado carece de formalidades, por excepción -los hay solemnes, pero sí, los tratadistas del derecho exigen unánimemente que estén firmados por los otorgantes, pues sin la firma, podrían ser un borrador, o un proyecto, pero nunca un documento -- privado.

Hay asimismo cierta clase de documentos privados, cuyas firmas han sido puestas por los otorgantes ante notario, o han sido reconocidas judicialmente, y ésta circunstancia produce un efecto importante, pues se convierten en documentos privados --

con mérito ejecutivo, es decir, puede un juez o tribunal decretar auto de ejecución con sólo la presentación del mismo por la parte interesada.

El valor probatorio de los instrumentos privados: El instrumento privado no prueba su origen como lo prueba el instrumento público, pues hace falta en él toda clase de garantías -- que asegure que el que aparece firmándolo lo haya suscrito realmente. Es decir, en general el instrumento privado carece de todo valor probatorio con respecto a todos, por excepción, si es reconocido o mandado tener por reconocido, como ya lo dijéramos anteriormente, adquiere cierto valor probatorio que nuestra ley sustantiva para el caso, los asemeja a las escrituras públicas.

Las principales características de los instrumentos privados son:

- 1) Son documentos escritos;
- 2) Redactados en general sin observancia de ninguna solemnidad;
- 3) Deben estar firmados o suscritos por los otorgantes;
- 4) Su autenticidad, a diferencia de los públicos o autenticados, debe probarse y por tanto, en principio, carece de valor probatorio contra todos.

Don Joaquín Escriche, refiriéndose a la clasificación tripartita dice: "esta división carece de exactitud o precisión, puesto que todo instrumento auténtico es también público, -- respecto de que no hay una verdadera autenticidad que no dimane de autoridad pública, y todo instrumento público es asimismo auténtico por razón de la fe o crédito que merece." (1)

Por nuestra parte, nos inclinamos por esta clasificación tripartita, pues si bien es cierto, como lo manifiesta el señor Escriche, que todo documento auténtico es a la vez público y viceversa, la mencionada clasificación nos permite distinguir, por una parte los documentos otorgados por los demás funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, de los documentos otorgados ante los oficios de un notario, que aunque ambos gozan de fe pública y por lo tanto tienen igual fuerza probatoria legal, el -- procedimiento o manera de otorgarse unos u otros, es distinto, no careciendo entonces dicha distinción de exactitud o precisión, sino por el contrario, nos parece más precisa y exacta y más ajustada por lo tanto a la realidad. Los documentos pues, deben dividirse en públicos, auténticos y privados.

(1) Ob. cit. pg. 385

Analizados los anteriores criterios, creemos menester enunciar al menos, otros criterios de clasificación de los instrumentos.

Don Eduardo Pallarés, tomando el vocablo documento como sinónimo de instrumento, los clasifica en seis categorías, a saber: 1) auténticos; 2) públicos; 3) privados; 4) ejecutivos; 5) mercantiles; y c) civiles. (1)

Ya hablamos de los tres primeros, y sólo hablaremos someramente de los tres últimos.

Instrumentos Ejecutivos

Son los que traen aparejada ejecución judicial, o sea, el que obliga al juez a pronunciar un auto de ejecución si así lo pide la persona legitimada en el título o su representante legal. El concepto de título ejecutivo está ligado con el de ejecución porque a virtud de él, el juez debe ordenar al órgano ejecutivo, realice ésta. (2)

En nuestra legislación todos los instrumentos públicos o auténticos en general, constituyen títulos ejecutivos, -- siempre que contengan los demás requisitos complementarios que se exigen a éstos. No son títulos ejecutivos, por no contener declaración de una obligación exigible, las certificaciones del registro civil.

Instrumentos Civiles

Son los instrumentos que emanan de los negocios y obligaciones regidos por la ley civil; pueden ser públicos, auténticos, privados, ejecutivos, etc. Constituyen la regla general, -- pues salvo excepciones, todos los instrumentos nacen de negocios y obligaciones civiles.

Instrumentos Mercantiles

O instrumentos de comercio, como se les llama, -- constituyen una excepción a la regla anterior, pues nacen de negocios y obligaciones mercantiles, y pueden ser públicos o auténticos, o privados, ejecutivos, etc., y son regidos por una ley especial que en nuestro país es el Código de Comercio y las leyes anexas a éste.

(1) Eduardo Pallarés, Diccionario de Dro. Procesal Civil, IV ed. pg.885

(2) Eduardo Pallarés, ob. cit. pg. 726

B) BREVE ESTUDIO DE LAS DISTINTAS CLASES DE INSTRUMENTOS EN LA LEGISLACION PATRIA

Un primer criterio de clasificación de los instrumentos, lo encontramos en el Código Civil, que los clasifica en públicos y privados, adoptando así la clasificación bipartita de que ya hemos hablado, y así en sus Arts. 1569 y 1570 prescribe:

"Art. 1569. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o éstas.

Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, -- confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del Juez y peritos."

"Art. 1570. Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario.

Otorgado ante Abogado o Juez cartulario e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.

El Código de Procedimientos Civiles, por su parte, adopta la división tripartita, y así dice:

"Art. 254. Los instrumentos se dividen en públicos, auténticos y privados."

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

"Art. 260. Hacen plena prueba, salvo los casos expresamente exceptuados, los instrumentos auténticos. Se entienden por tales:

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,

matrimonios y defunciones, dadas con arreglo a los libros por los que los tengan a su cargo; y

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

"Art. 262. Son instrumentos privados los hechos por personas particulares, o por funcionarios públicos en actos que no son de su oficio.

La diferencia anterior obedece esencialmente a -- que el Código Civil está inspirado en el Código Civil Chileno y el Código de Procedimientos Civiles, en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española que hacen respectivamente una clasificación bipartita y tripartita.

La Ley de Notariado promulgada en 1962 abona el sostenimiento de la clasificación tripartita, enunciada en el Código de Procedimientos Civiles, pues ya vimos que ésta habla de instrumento público, refiriéndose a que es el otorgado por personas que ejercen la función notarial. Consecuente pues, con este principio el Art. 2 de la Ley de Notariado nos dice:

"Art. 2. Los instrumentos notariales o instrumentos públicos son: 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.

CAPITULO III

A) ESTUDIO DOCTRINAL DE LA ESCRITURA PUBLICA. CONCEPTOS

Hemos dicho en el capítulo anterior, que nos parece conveniente la división de los instrumentos en públicos, auténticos y privados; pasaremos a continuación a tratar someramente el desarrollo histórico de la escritura pública, advirtiendo que trataremos asimismo del desarrollo de la función notarial y del funcionario encargado de la misma, llamado actualmente notario, pues los tres conceptos se encuentran íntimamente ligados entre sí; en una segunda etapa de este apartado nos referiremos al estudio doctrinal contemporáneo del tema que nos ocupa.

1) El hombre, animal gregario, ha sido siempre su jeto de relaciones jurídicas, que en sus principios fueron reguladas por reglas sencillas, y para su cumplimiento bastaba la palabra empeñada de los obligados; pero a medida que las sociedades -- fueron creciendo, fueron acrecentándose asimismo estas relaciones, y la buena fe, regla general de los primeros tiempos, fue sustituida por la desconfianza, y el hombre se ha visto en la necesidad de reglamentar por medio de leyes estas relaciones, creando organismos, que de manera auténtica garanticen el pleno cumplimiento de estas regulaciones. Se creó entonces un Poder Público Soberano -- que hiciera posible la observancia de las leyes.

Sin embargo, a la par de lo dicho anteriormente, que constituye la regla general en toda sociedad jurídicamente organizada, el hombre, por excepción, ha querido declarar el derecho en forma voluntaria y pacífica, aunque después de declarado se convierta en un precepto de cumplimiento VOLUNTARIO y a la vez NECESARIO; voluntario porque precisamente, si el individuo ha comprometido su palabra en forma voluntaria, es porque de la misma forma se propone cumplir con sus obligaciones, y a la vez necesario porque en caso de incumplimiento voluntario de esta obligación, se encuentra en el poder público apoyo para hacerla cumplir compulsivamente. Este es el origen de la institución del Notariado. (1)

Esta institución, de tanta importancia en nuestros días, nació en forma sencilla, no pudiendo precisar su aparición, la cual se pierde en la historia de la humanidad; pero sí podemos afirmar que apareció en forma de acuerdos verbales, que para garantizarlos se llevaban a cabo ante testigos o ante el pueblo en general; pero con el aparecimiento de la escritura, y a medida que las relaciones económico-jurídicas se vuelven más complejas y se experimenta la necesidad de cambiar la forma verbal y sustituirla por la forma escrita, a fin de tener en un momento dado una prueba fehaciente de las condiciones o términos de los acuerdos dichos, a acuerdos que en sus principios eran redactados por los contratantes. Con el transcurso del tiempo, la redacción de éstos se encomienda a ciertas personas encargadas especialmente de ello, y a quienes -

(1) José María Mengual y Mengual, Tomo II, pg. 7

los únicos requisitos que se les exigían eran saber leer y escribir; y que después -como lo veremos con posterioridad- han devenido en una persona eminentemente técnico, conocedor del derecho, -- que ha evolucionado hasta alcanzar la altura e importancia del funcionario de hoy día; más siempre se consignaban dos o más personas que servían de testigos.

Ya en el derecho antiguo se encuentran testimonios de la contratación escrita, siguiendo a don José María Mustá-pich, podemos afirmar que ya los pueblos Asirios y Babilonios, escribían en tablillas y con escritura cuneiforme sus negocios jurídicos, y había personas encargadas de elaborarlos, que no tenían carácter oficial, sino privado.

En Egipto y Grecia dichos negocios se escribían en papiro y en su elaboración se observaban ciertas formalidades, como la fecha, el nombre del otorgante, el texto, el nombre del escribano, y además en el anverso de él se consignaban determinado número de personas en calidad de testigos; instrumentos que tenían la calidad de privados.

En Grecia, se conocieron los documentos privados y los públicos; los primeros eran de tres clases, a saber: el sín grafo-fális; el quirógrafo y la instancia o solicitud. Los públicos, que eran redactados por funcionarios con funciones notariales y contenían: la fecha, el nombre del notario, la declaración de las partes y la firma del mismo funcionario. Estos documentos eran conservados por los mismos funcionarios, que los reunían en volúmenes los cuales abarcaban determinado período de tiempo y que las partes podían solicitar que se les expidieran copias. Esta clase de documentos, tienen mucha semejanza con las ESCRITURAS PUBLICAS de hoy día, pues, la redacción de los mismos obedecía a ciertas formalidades; el funcionario que los autorizaba era especializado y tenía autorización por parte del estado, asimismo se expedían, como hoy, copias a las partes, además de que la forma de archivar los originales de los instrumentos era un remedo del actual protocolo.

Como ya hemos visto, en Roma existieron tres clases de documentos: los privados, los públicos y los "pública confecta", estos últimos participaban de los primeros y de los segundos, tenían mayor relevancia jurídica que los que se redactaban privadamente, y constituyen el más claro punto de partida del instrumento que es objeto de este trabajo. (1)

Al hablar de los aportes de Roma al notariado en general y la Escritura Pública en particular, no podemos pasar inadvertido: a) la Constitución de Justiniano que data del año 521 y en la cual se establece el valor que se le da al documento, como medio de crear obligaciones; b) Asimismo debemos mencionar la Constitución de León el Filósofo que estableció la organización colec-

(1) José María Mengual, ob. cit. Tomo II, pg. 467

tiva o colegiada de los notarios y además prescribía condiciones morales, físicas e intelectuales a los aspirantes a tabularios. (1)

Hasta aquí los antecedentes antiguos del notariado; del notario y por ende de la ESCRITURA PUBLICA. Modernamente podemos considerar que donde se asientan los principios generales del notariado actual y de las leyes relativas al mismo, es en la Constitución de Maximiliano I (dictada en el año 1512 de nuestra era) que prescribía en la Novela 115, una serie de reglas, reguladoras del notariado y de los cuales nos limitaremos a enumerar lacónicamente las relativas a los instrumentos conocidos actualmente como escrituras públicas; y así prescribía la determinación de los requisitos externos que debían tener las escrituras públicas; el establecimiento del Protocolo Notarial y registro de las copias que se expedían; establecía la prohibición de hacer alteraciones y modificaciones en los documentos protocolizados y también en el mismo protocolo; prohibía escribir los documentos a todo aquel que no fuera el mismo notario; la ordenación que se salven los entrelineados y enmiendas y forma de hacerlo, la lectura del documento y la aprobación del mismo por los otorgantes y testigos antes de las firmas. La obligación de redactar los documentos con cierta claridad evitando toda confusión que indujera a error o ambigüedad y otras reglas más, tales como las relativas a la redacción de los testamentos.

La Constitución de Maximiliano nos da ya una orientación, un derrotero científico al notariado y por supuesto a la redacción de las escrituras; todas las leyes modernas, inclusive la nuestra, relativas al notariado se han inspirado en estos principios.

Partes de una Escritura

Doctrinariamente los comentaristas españoles fijan en cinco las partes fundamentales de la escritura pública; a saber: I.- Comparecencia; II.- Exposición; III.- Estipulación; IV.- Otorgación; V.- Sanción pública o autorización.

El doctor Guillermo Borda divide las partes de la escritura en: I.- Encabezamiento o cabeza; II.- Exposición; III.- Estipulación; y IV.- El pie. (2)

El doctor Juan Antonio López Ibarra por el contrario, adopta una clasificación más extensa, y así divide la escritura en: I.- Cabeza; II.- Comparecencia; III.- Exposición o enunciación; IV.- Extipulación o disposición; V.- Advertencia; VI.- Otorgamiento; VII.- Firmas otorgantes. (3)

Me adhiero a la segunda de las clasificaciones, --

(1) José María Mengual, ob. cit. Tomo II, Vol. II, pg. 475 y sig.

(2) Citado por J. M. Mustárich, ob. cit. Tomo II, pg. 173

(3) J. A. López Ibarra, tesis doctoral "Los Instrumentos Notariales" Universidad de El Salvador.

pues la primera y tercera me parecen demasiado amplias; y con base en ello analizaremos cada una de las partes, así:

I.- Encabezamiento: es la primera parte de la escritura y está integrada por las siguientes partes: el número de orden, lugar, fecha, el ante mí con mención de los testigos por su nombre y generales -si es que caben en la escritura-, nombre y apellido de las partes y generales de las mismas, comprendidas en las generales la edad, ocupación, domicilio, capacidad de los mismos y fe de conocimiento, y documentos habilitantes.

II.- Exposición o Enunciación: es la parte donde se indican por las partes los antecedentes y motivos del acto jurídico, el bien objeto del mismo.

Don José María Porcioles enumera los elementos -- que deben figurar en esta parte de la escritura a los cuales nos adherimos y así dice que son los siguientes: (1)

1) Descripción o referencia de los elementos del contrato con existencia anterior al documentos notarial;

2) 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;

3) Relación del negocio con los contratos preliminares o convenciones anteriores.

III.- La estipulación: es la parte dispositiva -- del acto o contrato jurídico de los otorgantes, y la que establece la relación jurídica de los mismos, es la parte donde se establece el convenio entre las partes por medio del cual, éstas crean, modifican, transfieren o extinguen hechos o situaciones jurídicas; sin esta parte, simplemente no existe la escritura y por el hecho de ser la parte más importante es que el notario debe poner toda su atención y empeño en la redacción de la misma para evitar malos entendidos y controversias futuras entre los contratantes.

IV.- El pie: dentro del pie de la escritura podemos considerar una serie de situaciones que se suceden inmediatamente de la parte dispositiva y las cuales son: la explicación dada por el notario de los efectos del acto o contrato de que se trata; la ratificación o reiteración de los otorgantes; las advertencias hechas por el notario; la indicación de que las partes firmaron a presencia de los testigos -en nuestro derecho positivo, como lo veremos adelante, no es necesaria la comparecencia de testigos en la mayoría de los casos; la sanción pública, que consiste en la imposición de la fe pública notarial y que se traduce en el consabido "doy fe"; la firma de las partes, la de los testigos y la firma del notario, quedando asimismo comprendida en esta última parte,

(1) Citado por J. A. López Ibarra, ob. cit. pg. 15

lo que se llama la unidad del acto y que debe de comprender la lectura íntegra e ininterrumpida del instrumento escrito por parte del notario a las partes, y demás personas que intervienen en el mismo hasta que estas personas y el notario, estampan su firma.

La división de las partes integrantes de la escritura, nos manifiesta don José María Mustápic (1) "tiene importancia desde el punto de vista del escribano; sólo puede destruirse - mediante la querrela de falsedad, en cambio las expresiones de las partes pueden enervarse con simple prueba contraria. Los elementos integrativos de la comparecencia, del otorgamiento y de la autorización, constituyen esa actividad personal del notario, cuya falsedad exige la previa promoción de la referida querrela mientras que la exposición y estipulación es la voluntad libre de las partes que regulan sus relaciones jurídicas y cuya exacta veracidad queda librada a la prueba en contrario!"

Escritura Pública. Conceptos

La escritura pública, ya lo expusimos anteriormente, es una especie de instrumento público; es un instrumento otorgado ante un funcionario especial, encargado por el Estado de la función notarial, autorizado por éste con las formalidades que la ley prescribe y asentado o incorporado en un registro que al efecto lleva dicho funcionario y que es llamado Protocolo.

La escritura pública nos dice don Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva Undurruga: "es el instrumento público o auténtico autorizado con las solemnidades legales por el competente notario e incorporado en su protocolo o registro." (2)

El doctor Santiago Ricardo Martínez, en su tesis doctoral la define diciendo: "escritura pública es el instrumento que se otorga ante escribano competente y que firmada por las partes, los testigos y el escribano autorizante, queda extendida en el Registro o libro de Protocolo." (3)

Creemos que este es el momento para esclarecer -- que en forma general, escritura pública e instrumento público coinciden al menos en cuanto a su otorgamiento ante el funcionario autorizante por lo que concluiremos que hablar de ellos, es asociar las ideas con la función notarial con las diferencias de forma que a través del presente trabajo analizaremos!

De lo dicho anteriormente, podemos establecer la íntima vinculación existente entre la llamada escritura pública y el funcionario autorizante llamado en la actualidad NOTARIO y anteriormente ESCRIBANO.

(1) Citado por el Dr. Santiago Ricardo Martínez, tesis doctoral: - "Derecho y Práctica Notarial. Universidad de El Salvador, año 1961, pg. 13

(2) Alessandri-Somarriva, ob. cit. pg. 21

(3) Dr. Santiago Ricardo Martínez, ob. cit. pg. 9

Requisitos: de la relación anterior, y de las definiciones transcritas, colegimos que para que a un instrumento pueda dársele el nombre de escritura pública, debe de llenar ciertos requisitos, -- los cuales doctrinariamente son tres, a saber:

- a) Ser autorizado por el competente funcionario;
- b) Incorporado en un registro o Protocolo, que al efecto lleva dicho funcionario;
- c) Otorgamiento revestido de ciertas formalidades legales.

a) Autorizado por funcionario competente: o sea la persona que investido de ciertas cualidades tanto morales, físicas como intelectuales, está autorizado por la autoridad competente para ejercer la función notarial y que como ya lo vimos anteriormente se le llama notario.

La ley da a ciertos funcionarios públicos, además de los naturales, autorización para que puedan asimismo autorizar instrumentos públicos; pero ésto es la excepción y al hablar en este párrafo del funcionario competente o notario también abarcamos estas personas. La enumeración de ellas las veremos al estudiar las escrituras públicas en nuestra legislación positiva.

Una escritura que no esté otorgada ante notario o funcionario autorizado, no es escritura pública; el instrumento es inexistente y a lo sumo podría llegar a considerarse legalmente como un documento privado, esto para efectos de prueba, y siempre -- que la ley no requiera a manera de solemnidad, que el acto o contrato conste en escritura pública.

La FE pública: cuestión por demás importante de analizar al tratar del funcionario autorizante o notario, es el concepto que se tenga de fe pública; dedicaremos a continuación unas cuantas líneas a ello.

FE, en general es la "creencia que se da a las cosas por la autoridad del que la dice o por la fama pública; confianza o seguridad que en una persona se deposita. Seguridad, aseración que se hace a uno de que una cosa es cierta." (1)

La fe puede ser de varias clases; así decimos: fe de conocimiento, fe de vida, buena fe, mala fe, fe pública, etc., nos referiremos a la llamada fe pública, y así podemos decir que FE PUBLICA es "autoridad legítima atribuída a notarios para que -- los documentos que autorizan sean considerados como auténticos y -- lo contenido en ellas sea tenido por verdadero mientras no se haga prueba en contrario." (2)

(1) Diccionario de la Lengua Española, ob. cit. pg. 611

(2) Diccionario de la Lengua Española, ob. cit. pg. 611

Sanahuja y Soler, refiriéndose a la fe pública, - nos manifiesta: "es la garantía que da el estado de que determinados hechos que interesan al derecho son ciertos, mediante la fe pública se impone coactivamente a todos la certidumbre de los hechos, objeto de la misma." (1)

La fe pública es la garantía otorgada a los notarios por delegación del estado, de que son ciertos los hechos o actos jurídicos por ellos sancionados. Es una atribución inherente al Poder Público que ha sido delegada en los notarios con base en la cual, éstos dan fe de ser ciertos los actos o negocios jurídicos que otorgan. Referido a nuestro instrumento, la fe pública es o constituye la fe de que gozan los notarios para que las escrituras públicas por éstos sancionadas, sean tenidos como ciertos para todos. El concepto de fe pública, pues, es inherente al notario,

b) Incorporado en un Protocolo. No menos importante en el estudio de nuestro tema, es el estudio del protocolo y su concepto o definición.

La palabra protocolo viene, según don Joaquín Escriche, de la voz griega PROTOS que significa primero y de la latina COLLUM o COLLATIO, que significa comparación o cotejo. Entre los romanos, protocolo era lo que estaba escrito a la cabeza del papel, donde solía ponerse el tiempo de su fabricación. Otras acepciones que se encuentran dispersas son las de "parte principal" o "primera" (2). Gómez de Mercado dice que protocolo es: "la colección ordenada, cronológicamente de escrituras, testamentos, y actas autorizadas por fedetarios en un año y conservados para siempre, como propiedad del estado en uno o más tomos, observando en la redacción y solemnidad de aquellos, las prescripciones de la ley y reglamentarias y en la formación y encuadernación de los referidos tomos las disposiciones diferentes a la conservación de los mismos." (3) El protocolo nació de la costumbre seguida por los particulares de dejar los documentos en manos del notario que redactaba y dirigía los mismos. En la actualidad podemos afirmar que PROTOCOLO ES LA COLECCION ORDENADA POR RIGUROSO ORDEN DE OTORGAMIENTO DE LAS ESCRITURAS PUBLICAS OTORGADAS ANTE UN NOTARIO EN UN PERIODO DE TIEMPO DETERMINADO, GENERALMENTE DE UN AÑO. No debe confundirse -como lo manifiesta el doctor Santiago Ricardo Martínez (4)- que el protocolo sea cada uno de los libros que el notario vaya terminando a medida que ejerce la función notarial dentro del lapso de un año, sino que el protocolo lo constituye precisamente, el conjunto de libros que el notario haya autorizado durante el período dicho. Si se separa en los conceptos que antes se han vertido estaremos lejos de caer en confusiones, pues creer que el protocolo lo forma cada libro que el notario concluye, sería un error. La importancia del protocolo, como habrá podido notarse, -

(1) Citado por José María Mustápic, ob. cit. pg. 140

(2) J. Escriche, ob. cit. pg. 1400

(3) Citado por José María Mustápic, ob. cit. pg. 147

(4) Dr. Santiago Ricardo Martínez, tesis doctoral, pg. 4

es mucha en el desarrollo de la actividad notarial pues su función principal es la guarda y conservación de las escrituras públicas - en él contenidos, para extender copias a los interesados en caso - de requerimiento de éstos, o para cotejar si se ofrece alguna duda de la autenticidad o literalidad de dichas copias con el fin de -- servir de prueba posterior, es una de las razones de existir de -- las escrituras públicas.

El instrumento público para que pueda considerarse como tal, debe de estar incorporado en un Registro o protocolo, pues de no estarlo, o se convierte en otra clase de instrumento público, como lo serían las llamadas actas notariales, o adolece de inexistencia o nulidad absoluta. En este último caso la ley puede otorgarle valor de instrumento privado, siempre y cuando esté firmado por las partes y que la escritura pública no se otorgue por - vía de solemnidad.

c) Con las formalidades legales: la teoría de las formas está íntimamente ligado al estudio de la escritura pública, pues el derecho notarial es esencialmente formalista. Formas legales: son las maneras prescritas por la ley para la configuración de un acto jurídico. Acto jurídico formal dice Von Ihering: "es el acto por el - cual la inobservancia de la forma jurídicamente prescrita para la manifestación de la voluntad, encuentra su sanción en el acto mismo." (1)

La escritura pública es un acto esencialmente formal, es decir que necesita para su existencia y validez de ciertas formalidades prescritas por la ley.

Forma y Solemnidad: algunos autores del derecho distinguen la forma de la solemnidad diciendo que ésta es el género y aquélla es la especie; algunos otros opinan en sentido contrario o viceversa; unos terceros toman como sinónimos ambos vocablos. Nuestra ley los toma en este último sentido, así el Código Civil en su Art. 17 nos manifiesta: "la forma de los instrumentos públicos se determina -- por la ley en que hayan sido otorgados" LA FORMA SE REFIERE A LAS SOLEMNIDADES EXTERNAS.

Forma y Prueba de la escritura pública. Giorgi nos dice: "conforme al rigor científico hay una diferencia notable entre la forma y la prueba, pues mientras la forma constituye parte integrante de las obligaciones, la prueba no es otra cosa que el medio de justificar en caso necesario su existencia. Pero desde el punto de vista práctico, forma y prueba tienen la misma importancia, porque el defecto de una o de otra conduce igualmente, si bien por distintos caminos, al mismo resultado: despojar a la obligación de la eficacia jurídica. La falta de forma, porque priva a la obligación de un requisito esencial, la falta de prueba, porque hace incierta su existencia. (2)

(1) Citado por J. M. Mustápic. ob. cit. Tomo II, pg. 68

(2) Citado por J. M. Mustápic, ob. cit. pg. 71

B) LA ESCRITURA PUBLICA EN LA LEGISLACION POSITIVA

INTRODUCCION

Don Joaquín Escriche al hablar de las clases de - instrumento público o escritura pública, como indistintamente lo - llama, los divide así:

a) Protocolo, Registro o Matriz; b) Escritura Original; y c) Traslado, trasunto o ejemplar.

La Escritura Matriz, a la cual también llama Protocolo por ser la primera, y registro, porque queda en el oficio del escribano, es - la fuente y origen de donde se sacan las copias, traslados y testi - monios que piden los interesados.

La Escritura Original que es, o constituye la primera copia que li - teral y fielmente se saca de la escritura matriz.

Traslado, Trasunto o Ejemplar que es, o constituye la copia que -- por exhibición se saca de la escritura original o de la que hace - las veces de tal, que no de la escritura matriz, aunque no sea la primera.

El Código de Procedimientos Civiles basado en la terminología anterior, en su art. 257 manifiesta: "Escritura origi - nal y pública es la primera copia que se saca del protocolo o li - bro de transcripciones y que ha sido hecha con todas las solemnida - des necesarias por un funcionario público autorizado para otorgar - la." En el Art. 258 dice: "Las ESCRITURAS PUBLICAS y los TESTIMO - NIOS sacados de ellos por autoridad de Juez competente y con cita - ción contraria, hacen plena prueba. C. 1571 y 1577."

Es decir que para el Código de Procedimientos Ci - viles, las escrituras se dividen en escritura matriz, lo cual aun - que no lo diga, presupone su existencia, en escritura original y - pública (que es la primera copia) y los testimonios, que serían co - pias sacadas de la anterior con las formalidades legales.

La Ley de Notariado, por su parte divide a las es - crituras públicas en dos: escritura matriz, que es la que se asien - ta en el Protocolo y la escritura pública o testimonio es aquella en que se reproduce la escritura matriz, así dice en su Art. 2.

"Art. 2. Los instrumentos notariales o ins - trumentos públicos son: escritura matriz, que es la que se asienta en el Protocolo; escritu - ra pública o testimonio, que es aquella en que se reproduce la escritura matriz; y actas nota - riales, que son las que no se asientan en el - Protocolo."

Como habremos podido notar, las disposiciones del

Código de Procedimientos Civiles, no están muy de acuerdo con la Ley de Notariado, sobre todo, en cuanto a los testimonios que se sacan del Protocolo, pues el primer cuerpo de leyes llama escritura ORIGINAL y PUBLICA, a la primera copia que se saca del Protocolo; en cambio la Ley de Notariado le llama simplemente ESCRITURA PUBLICA o TESTIMONIO, haciendo caso omiso de si es la primera copia o no que se saque de su fuente. Por lo demás, el problema crece por cuanto en ciertas disposiciones se habla, para el caso, de que tal o cual acto o contrato debe de hacerse en escritura pública, debiendo entender que se ha querido referir la ley en este caso a la escritura matriz.

Para el desarrollo del estudio de la escritura pública en nuestra legislación, atenderemos a la clasificación que de ella hace la Ley de Notariado.

Escritura matriz es al escritura extendida con las formalidades legales en el Registro o Protocolo del notario y que sirve de fuente para sacar copias o testimonios que se expiden a los interesados. Deseamos hacer incapié en esta situación, pues pese al equívoco analizado, en lo sucesivo al referirnos a la escritura pública, se entenderá que es el testimonio de la matriz.

a) ESCRITURA MATRIZ, FORMA Y CONTENIDO

La Ley de Notariado en su Art. 32 enumera los requisitos que debe reunir la escritura matriz; dice el mencionado artículo en su inciso 1º:

"Art.32. La escritura matriz deberá reunir los requisitos siguientes:

1º. Que se otorgue ante persona autorizada para ejercer el Notariado."

Las personas autorizadas para ejercer el notariado son las siguientes:

a) El Notario, que por regla general como ya hemos visto anteriormente, es el funcionario por antonomasia encargado de desempeñar la función notarial; y que para el desempeño de la misma, las personas que la ejercen deben tener autorización del organismo correspondiente, cual es la Corte Suprema de Justicia, tal y como lo prescribe el Art. 4 de la Ley de Notariado. Manifiesta además el mencionado artículo 4, que para obtener la autorización mencionada se requiere:

1º "Ser salvadoreño." Por nacimiento o por naturalización, la ley no hace distinción alguna.

2º "Estar autorizado para el ejercicio de la profesión de abogado en la República." Autorización que se otorga --

conforme a los Arts. 123 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación al numeral 11 del Art. 89 de la Constitución Política, in continente, y por medio de acuerdo que se publica en el Diario Oficial se le otorga al abogado salvadoreño, la autorización para el ejercicio del notariado.

3º "Someterse a examen de suficiencia en la Corte Suprema de Justicia." Aquellos salvadoreños que hubieren obtenido su título universitario en el extranjero. La ley como podemos ver en este caso, después de que se autorice a los salvadoreños graduados en el extranjero para ejercer la abogacía, si quieren optar al ejercicio del notariado, tienen que someterse a un examen de suficiencia practicado por los miembros de la Corte Suprema de Justicia, y según el resultado de dicho examen, se les concede o no dicha autorización.

Según el inciso 3º del mismo Art. 4, asimismo pueden optar al ejercicio del notariado los centroamericanos, siempre y cuando reunan los requisitos siguientes: 1) que estén autorizados para el ejercicio de la abogacía en la República; 2) tener por lo menos dos años de residencia en el país; 3) que no estén inhabilitados para el ejercicio del notariado en su país de origen; 4) - siempre que en dicho país puedan ejercer la función notarial los salvadoreños sin más requisito que los similares a los enumerados.

b) Los Jefes de la Misión Diplomática. El ejercicio de la función notarial de los Jefes de las Misiones Diplomáticas está circunscrita únicamente al lugar del país en que la misión tiene su asiento, pero únicamente en defecto de los Cónsules de Carrera, ya sea porque no existe consulado en dicho lugar, o por otra circunstancia - en que faltare éste, ya sea por ausencia, enfermedad u otra causa, Estos últimos funcionarios, a diferencia de los primeros tienen jurisdicción en todo el país en que estuviere acreditado.

Los actos y contratos que autorizan son los que, por regla general deben surtir efectos en nuestro país, por ejm.: ante ellos puede un salvadoreño residente en el país en que estén acreditados, otorgar un poder a favor de un abogado salvadoreño y éste acto sólo surte sus efectos en El Salvador; pueden asimismo - dos ciudadanos salvadoreños residentes en un país extranjero, otorgar contrato de arrendamiento de un inmueble que uno de ellos posee en El Salvador, ante nuestro representante diplomático o consular. En general, pueden comparecer a otorgar actos y contratos que deban surtir efectos en El Salvador. Por excepción pueden autorizar actos y contratos para que surtan sus efectos en el país en que están acreditados, pero siempre que hayan tratados o convenciones internacionales al efecto, o que por las prácticas del país en que deben surtir estos efectos, así esté reconocido.

Los Cónsules y Jefes de Misiones están sujetos a las mismas reglas que están establecidas por la Ley de Notariado - para los notarios con ciertas variantes. Art. 68 y sigs. Ley de Notariado. Esto significa que los efectos de estos instrumentos -

son exactamente iguales a los actos y contratos autorizados por notario.

c) Los Jueces de Primera Instancia. La Ley de Notariado en el -- inc. 2º del Art. 5, prescribe que los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo civil pueden ejercer funciones notariales, pero únicamente cuando se trate de autorizar testamentos solemnes, que son aquellos en que se han observado todas las solemnidades -- que la ley ordinariamente requiere. Art. 1005 inc. 2º C.

El ejercicio de la función notarial de los jue-- ces de Primera Instancia, es bastante limitada, pues se circuns-- cribe al otorgamiento de testamentos solemnes, y únicamente den-- tro de los límites de su respectiva comprensión jurisdiccional, -- aún así, estos instrumentos, así como los otorgados por los agen-- tes diplomáticos y consulares, gozan del mismo valor probatorio -- que los otorgados ante notario.

d) Los Capitanes u Oficiales de Grado Superior. Intendentes del Ejército, Comisarios o Auditor de Guerra; y los Comandantes de buques, Capitanes o Pilotos, la ley civil nos prescribe asimismo, -- que tratándose del otorgamiento de testamentos menos solemnes o -- privilegiados; son aquellos en que pueden omitirse algunas de las solemnidades prescritas para los testamentos solemnes en conside-- ración a circunstancias especiales determinadas por la ley, pue-- den las personas arriba enumeradas autorizar dichos testamentos, ya sean los militares o marítimos. Arts. 1024 al 1037 Código Ci-- vil.

"Art. 32 inc. 2º. Que se asiente en el -- Protocolo en idioma Castellano, indicándose -- el número de orden y con expresión del lugar, día y hora en que se otorguen. Cuando alguno de los otorgantes no hable el idioma castella-- no, se asistirá de un intérprete mayor de e-- dad. Si fueren dos o más los otorgantes que estuvieren en ese caso, podrán nombrar un so-- lo intérprete de común acuerdo, y el notario cumple consignando en el instrumento lo que -- expresan en castellano el intérprete o los in-- térpretes. En estos últimos casos el otorgan-- te u otorgantes formularán en su propio idio-- ma una minuta de lo que expresen al Notario, la traducirá el intérprete y la agregará a--- quél 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: como ya hemos visto, el Protocolo es el conjunto de li-- bros que, en forma ordenada y por riguroso orden de fechas, el no-- tario consigna y guarda los instrumentos ante él otorgados por --

las partes, y cuya duración en nuestra legislación es de un año conutado a partir de la fecha de expedición. Art. 18 Ley de Notariado. No debe confundirse los libros dichos con el protocolo en sí, pues éste último lo constituyen todos los libros utilizados dentro del año de vigencia de los mismos y no cada uno de los libros, así puede muy bien constar de uno o de varios libros el Protocolo que un notario ha llevado en el transcurso de un año. El Código del Notario - vigente en la República de Guatemala, en su Art. 8, el Protocolo, - diciendo: "Es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolización, razones de legalización de firmas y - documentos que el notario registra, de conformidad con esta ley."

El Art. 13 de la Ley de Notariado de Honduras di-- ce: "Protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas por el notario y de las diligencias y documentos que -- protocolice durante un año. El Protocolo constará de uno o más li-- bros encuadernados, foliados y con los demás requisitos que se de-- terminan en esta ley."

Nuestra Ley de Notariado siguiendo la tónica gene-- ral del legislador, no nos define lo que es el Protocolo, y sólo se limita a dictar reglas reguladoras de la manera cómo debe éste lle-- varse, las cuales pasaremos a analizar a continuación:

Debe estar constituido por libros enumerados corre-- lativamente, con respecto a cada notario, los cuales serán forma-- dos, legalizados y llevados en forma sucesiva.

Dichos libros deben formarse con hojas de papel se-- llado de cuarenta centavos -Art. 1, Nº 48 Ley de Papel Sellado y -- Timbres- y con numeración correlativa; foliados con letras en la es-- quina superior derecha de sus frentes; cada libro constará de un numero de hojas que no puede ser menor de veinticinco.

El libro así formado, o las hojas sueltas para for-- mar libro, deberán presentarse a la oficina correspondiente, o sea a la Sección del Notariado de la Corte Suprema de Justicia, si el - notario reside en la capital, o al Juez de Primera Instancia compe-- tente, si reside fuera de San Salvador; el funcionario correspondien-- te pondrá en la primera hoja una razón indicando el notario a quien pertenece, el número de folios de que se compone, el uso a que se - destina, lugar y fecha en que se entrega al notario y firma del fun-- cionario y sello de la oficina correspondiente; las demás hojas sub-- siguientes deberán llevar en la parte superior de sus frentes el se-- llo de la oficina, La razón dicha tiene más o menos la siguiente - redacción:

"LIBRO NUMERO _____ DE PROTOCOLO, en que el notario _____, incorporará los actos y contratos que se otorguen ante él; se compone de _____ hojas sueltas del papel sellado co-- rrespondiente, que llevan el sello de esta oficina; y se le entrega bajo la razón número _____, página _____ del Libro del Registro de Protocolo que lleva esta oficina.

Sección del Notariado de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, _____ de _____ de mil novecientos _____.

(Firma y sello)."

El libro así autorizado, puede ser utilizado por el notario y tendrá vigencia durante un año contado a partir de su entrega al notario; al agotarse las hojas de dicho libro o al caducar el año de su vigencia, el notario debe cerrarlo con una razón en la última hoja, la cual deberá expresar el número de hojas útiles de que consta, el de las utilizadas, o si lo han sido todas, el de los instrumentos autorizados y suspendidos, poniendo al final el lugar y fecha del cierre. La razón de cierre es más o menos de esta manera:

"En esta fecha y para presentar a la Sección del Notariado de la Corte Suprema de Justicia, junto con los anexos correspondientes, cierro el libro _____ de mi Protocolo, que fue autorizado el día _____ de _____ de mil novecientos _____, compuesto de _____ fojas útiles, las cuales fueron utilizadas _____, habiendo sido agregadas _____, con _____ instrumentos de pleno valor y _____ suspendidos, y para constancia sello y firmo en San Salvador, _____ de _____ de mil novecientos _____.

(Firma y sello)."

Indice. Además el notario deberá agregar a cada libro de Protocolo, un índice escrito en papel común, en donde se expresará por orden de fecha, los instrumentos autorizados, los nombres de los otorgantes y los folios en que se encuentran; se incluirán también los números de las escrituras suspendidas. La ley no nos manifiesta dónde debe ir el mencionado índice, si al inicio o al final, por lo tanto puede ir en cualquiera de ambas partes, aunque generalmente se hace al final.

Anexos. Asimismo el notario debe formar un legajo de documentos anexos a cada libro de Protocolo y presentarlo junto con éste. Los documentos que deben formar este legajo son los poderes especiales y los demás documentos que sólo sirvan para la celebración del acto o contrato de que se trate. En este legajo deben de agregarse además -Art. 5 Ley de Impuesto de Alcabala- la boleta original del pago del impuesto de alcabala correspondiente.

Los documentos del legajo de anexos deben ir sellados al dorso con indicación del número de instrumento a que correspondan. Dicho legajo de documentos anexos, no es escritura pública, pues para que sea tal, el instrumento debe estar incorporado en el Protocolo.

Cuando se ha vencido el año de vigencia del Protocolo, tienen los notarios la obligación de presentar, dentro de los quince días subsiguientes, el libro o libros que durante di--

cho período hayan llevado, estén o no agotados.

Luego de recibidos los libros, el funcionario correspondiente pondrá a continuación de la nota de cierre puesta por el notario, una razón indicativa, de si son o no conformes 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 subsiguientes al de su recibo, a la Sección del Notariado de la Corte Suprema de Justicia. Así mismo la mencionada Sección remitirá en la misma manera los que reciban directamente de los notarios, dentro de los noventa días siguientes al de su recibo, debiendo acompañar además, una nota en la que deberá hacer constar las informalidades que observare en cada libro.

Los libros de Protocolo de los Jueces de Primera Instancia y de los Agentes Diplomáticos y Consulares, tienen ciertas variantes en relación al de los notarios. Los de los primeros se deben formar en papel común, que deben llevar en la parte superior, el sello del Juzgado y tendrán vigencia en el lapso comprendido del primero de enero al treinta y uno de diciembre de cada año y agotados o terminado el período, deben remitirse a la Sección del Notariado en los primeros quince días del año, con una razón de apertura y cierre similar al de los notarios, con la diferencia de que ambos deben ser puestos por el Juez y firmados y sellados por éste. Art. 31 inc. 3º Ley de Notariado.

Los libros de protocolo de los segundos deben formarse con doscientas hojas de papel común, suministrados por la Secretaría de Relaciones Exteriores, debidamente foliado en la esquina superior derecha de sus frentes y sellada con el sello de la Sección del Notariado; la primera hoja debe contener una razón en la que se expresará el nombre de la Misión o Consulado a que se destina, el número del Libro y el lugar o fecha en que se legaliza.

La vigencia de éstos libros es durante todo el tiempo que tengan fojas disponibles, pero cada fin de año se debe poner al final del último instrumento, una razón firmada y sellada indicativa del número de fojas utilizadas en el transcurso del año que finaliza, con expresión del folio en que empieza y finaliza, y el de los instrumentos otorgados en el mismo período, la cual deberá ser firmada y sellada por el funcionario; si el libro no se hubiere agotado, se abrirá nuevamente en la fecha en que se otorgue el primer instrumento del nuevo año, por medio de una razón firmada y sellada por el funcionario, indicativa de tal circunstancia y a continuación se otorgará el instrumento.

Cuando el libro se agote, el funcionario debe poner a continuación del último instrumento, o en hoja separada si no alcanzare, una razón de cierre en la que se hará constar el tiempo de servicio del libro, los instrumentos autorizados du

rante cada año, lugar y fecha y sello y firma. Se acompañarán -- con un índice. Libros agotados se remitirán a la Sección del Notariado de la Corte Suprema de Justicia, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, durante los quince primeros días -- del año siguiente.

Debe ir en idioma Castellano

Idioma es: "Lengua de una nación o de una comarca." (1). Idioma Castellano es: "Lengua nacional de España" (2). El Art. 17 de nuestra Constitución Política dice: "el idioma oficial de la República es el Castellano. El Gobierno estará obligado a velar por su conservación y enseñanza."

La escritura matriz debe ir en el Idioma Oficial de la República, que es el Castellano o Español, como también se le llama, aunque los otorgantes no lo hablen, debiendo en este caso, asistirse de un intérprete; si fueren dos o más los otorgantes, pueden nombrar un solo intérprete de común acuerdo, y el notario cumple con consignar lo que le manifestaren en Castellano - el intérprete o intérpretes. Esto es perfectamente lógico y comprensible, pues resultaría sumamente atentatorio que se pudiera - escribir un instrumento en el idioma oficial y en cualquier otro idioma, pues debe suponerse que nuestro notario habla y conoce el idioma oficial, y tienen que dar fe y sancionar los actos y contratos que ante él se otorguen, de acuerdo a la lengua nacional. Amén de que como ya sabemos, la principal misión de los protocolos es salvaguardar para la posteridad los actos y contratos que en él se encuentran, ésto es con el objeto de que puedan ser consultados y utilizados en determinado momento como prueba por parte de los interesados, para lo cual tendrían que consultarlos, pero si la escritura estuviera escrita en idioma distinto, dicha -- consulta resultaría engorrosa en extremo y muchas veces inútil o nugatoria.

Por otra parte, la ley como muy bien lo manifiesta el doctor Juan Antonio López Ibarra, "no contempla el caso en que el notario sepa el idioma de los otorgantes y en dichas circunstancias no habría necesidad de asesorarse de peritos, sería - bueno -nos dicé el mencionado profesional- ponerle un agregado a este numeral en el sentido dicho." (3). Compartimos por nuestra parte la moción dicha, pues nos parece muy ajustada a la realidad y vendría además a obviar en determinado caso, la expedición de - ciertas escrituras.

Deberán llevar las escrituras matriz, el número de orden, con expresión del lugar, día y hora del otorgamiento, - de la siguiente manera:

"NUMERO _____.- En la ciudad de _____, a las _____ ho

(1) Diccionario de la Lengua Española, ob. cit. pg. 728

(2) Diccionario de la Lengua Española, ob. cit. pg. 275

(3) Dr. J. A. López Ibarra, ob. cit. pg. 26

ras del día _____ de _____ de mil novecientos _____."

La expresión del lugar, cuando la escritura es otorgada ante notario, no tiene importancia relevante, en relación a las otorgadas ante juez (en el caso de los testamentos) o ante Agente Diplomático o Consular, pues la función pública otorgada a aquéllos es plena, pues pueden otorgar instrumentos públicos, en cualquier lugar de la República indistintamente; no sucede así --- cuando las escrituras son otorgadas ante los segundos, pues es sabido que los jueces sólo pueden autorizar testamentos solemnes en su COMPRESION JURISDICCIONAL, los Jefes de las Misiones Diplomáticas, sólo en el lugar en que tienen su asiento; y los Cónsules, -- por su parte, en todo el territorio del país en que desempeñan sus funciones, y en estos casos, si el o los instrumentos no son otorgados atendiendo a estas disposiciones, podrían dar lugar a la inexistencia o nulidad del mismo.

El orden cronológico es determinado por razones - de garantía y seguridad para los contratantes, lo que la ley trata de precaver es cualquier fraude o daño irreparable que por malicia o negligencia pueda causársele a estas mismas; por consiguiente, - es muy importante que el notario o funcionario autorizante preste la mayor atención a este detalle. Más para poder determinar los efectos y consecuencias que pueda acarrear un error de esta naturaleza, habría que examinar cada caso en particular; así por ejem--- plo: no debe aplicarse ninguna sanción si se trata de errores inevitables, en los cuales podrá verse que toda idea de fraude es imposible, como sería el caso que el instrumento se encuentre en el lugar que le corresponde en el Protocolo, pero en cuya fecha se ha enunciado un año por otro.

Asímismo puede verse la importancia del orden cronológico en los testamentos, pues el que prevalece sobre dos o más es el último otorgado,

La expresión del orden cronológico también sirve para probar la capacidad o incapacidad de los otorgantes en el momento que se perfecciona el acto o contrato.

Otorgante que no sepa el Idioma Oficial

Cuando en el instrumento o escritura pública autorizada, uno o más de los otorgantes, no sepa hablar el Castellano, tendrá la obligación de elaborar en su idioma y firmarla, una minuta que el notario deberá agregar junto con la traducción de la misma, hecha por el traductor, al legajo de anexos del libro de Procolo. Por minuta se conoce la elaboración de un instrumento elaborado en el idioma del otorgante, contentivo de las cláusulas de la convención o contrato que se va a pactar por escritura pública, y firmada por la parte u otro a su ruego. Dicho instrumento no es - necesario que lo redacte el otorgante personalmente ni es necesaa-ario que se haga manuscrito, puede hacerse por cualquier persona a ruego del otorgante, y por cualquier medio mecánico, tal como la - máquina de escribir; lo único que la ley exige, es la firma del o--

torgante, o cuando éste no pueda leer y escribir, que otro lo firme a su ruego.

"Art. 32 #30 Ley de Notariado: que concurren a su otorgamiento en su caso dos testigos instrumentales hábiles, conforme al Art. 34."

El Art. 34 por su parte dice así:

"No será necesaria la concurrencia de testigos de asistencia al otorgamiento de instrumentos públicos o de cualquier otro acto notarial excepto cuando se tratare 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.

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 o el cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del notario o de alguno de los otorgantes."

Testigo. Definición

Testigo en general, es toda persona que tiene conocimiento de un hecho controvertido que puede manifestar la verdad de los mismos, y que no es parte en el juicio respectivo.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles lo define de la siguiente manera: "Es la persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad." (1)

Don J. Escriche, por su parte lo define así: "Es la persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos." (2)

Don J. M. Mustárich, dice que "Testigo es una -- persona hábil que tiene conocimiento de un hecho o acto jurídico en el que no tiene interés personal." (3)

Resumiendo las definiciones anteriores podemos decir que testigo instrumental "es una tercera persona extraña al

(1) Código de Procedimientos Civiles, Art. 293

(2) J. Escriche, ob. cit. pg. 1499

(3) J. M. Mustárich, ob. cit. Tomo I, pg. 287

hecho o acto público que se otorga y que por mandato legal, debe estar presente al otorgarse dicho acto."

Orígenes

La intervención de los testigos nace con la institución del notariado, pues como ya hemos visto, desde los inicios de la misma, los negocios jurídicos eran sancionados en presencia del pueblo en general; luego con la invención de la escritura y por consiguiente, la consignación por escrito de los negocios jurídicos, presenciaban éstos, dos o más personas en calidad de testigos, y los cuales poco a poco fueron adquiriendo tal notoriedad e importancia, que en la época romana, éstos equivalían a avaladores o fiadores del negocio jurídico en que intervenían, asegurando así la participación moral y material de la parte interesada. Luego con la evolución del derecho, se llegó a distinguir la función de coautor o avalador de los actos jurídicos que tenía el testigo, con la del testigo en sí, cuya función es la de percibir el hecho o acto jurídico y darle publicidad. (1)

División, los testigos se dividen en instrumentales y judiciales.

Carnelutti, nos expone la división entre ambos - funcionarios: "El testigo judicial, a quien él denomina narrador, efectúa su misión, representando ante un tribunal judicial un hecho por él percibido, mientras que la función del testigo instrumental es percibir el hecho y su fundamento, es la necesidad jurídica de la publicidad de ciertos actos calificados expresamente - por la ley." (2)

La función del testigo instrumental es la comprobación por sus propios medios, del acto o contrato que se elabora, mientras que el testigo judicial es la reproducción en un litigio lo que por sus sentidos pudo percibir en un determinado momento, Existe además, otras clases de testigos que son los testigos de - actas, los testigos honorarios y los testigos de conocimiento. - De éstos últimos nos ocuparemos brevemente, pues son los únicos - que tienen cierta importancia en el estudio de nuestra legisla- - ción notarial. Así pues, son testigos de conocimiento los que -- sirven para identificar a una o más de las partes intervinientes en un negocio jurídico cuando el funcionario autorizante no los - conoce, y además no tiene un medio documental para cerciorarse de su identificación. Se discute si los testigos de conocimiento lo pueden ser asimismo del acto o contrato. La jurisprudencia ex- - tranjera, para el caso la española, ha dicho en varias sentencias que sí. Nos parece, por nuestra parte, que sí pueden serlo siem- pre y cuando los testigos de conocimiento llenen los mismos requi- sitos que los instrumentales.

En la Ley de Notariado de la República de Honduras, Art. 41, se regula expresamente que cuando los testigos ins-

(1) J. M. Mustápic, ob. cit. Tomo I, pg. 286

(2) Citado Por J. M. Mustápic, ob. cit. pg. 287

instrumentales conozcan al otorgante u otorgantes, a quienes el notario no conociere, pueden servir de testigos de conocimiento, y los testigos de conocimiento, a la vez, pueden servir de testigos instrumentales, siempre que llenen los requisitos que a éstos últimos se les exigen.

Importancia de los testigos. En la época actual se discute la importancia de la consignación de testigos en el otorgamiento de las escrituras públicas. La mayoría de los tratadistas del derecho notarial se inclinan por la supresión total de los mismos, que son únicamente un resabio o reminiscencia de viejos tiempos, en donde sí se hacía necesaria su intervención, porque el notario no estaba dotado de suficiente autoridad por parte del estado como para investir de plena fe a los instrumentos ante él otorgados, y para complementar ésta, es que se consignaban los testigos; pero en la actualidad cuando ya es funcionario autorizado para dotar de fe pública a los instrumentos ante él otorgados, es innecesario e incongruente que tengan que intervenir en el acto dos o más personas ajenas al mismo para dar mayor veracidad o credibilidad al mismo; además de que últimamente se ha convertido en un puro ritualismo sin ninguna razón práctica, pues cada notario tiene ya a ciertas personas a su disponibilidad que le pueden servir de testigos en un momento dado y éstos casi nunca se dan cuenta del momento de otorgamiento del acto o contrato, únicamente a posteriori, concurren a estampar su firma en el instrumento; sirven pues, únicamente para hacer más engorrosa y tardada la elaboración de los instrumentos con el consiguiente atraso para el notario e interesados.

En defensa de la teoría tradicionalista, se ha dicho, que si realmente los testigos no contribuyen en nada a dar calidad de auténtico al acto o contrato, sí constituyen un dique para el notario inescrupuloso; pero esta afirmación es fácilmente refutable, pues, como muy bien lo manifiesta el doctor J. A. López Ibarra, bien puede obviarse con la rigurosa escogitación de los aspirantes a notarios y el más rígido control del ejercicio profesional por parte del organismo correspondiente.(1)

En nuestra ley de Notariado vigente, a diferencia de la anterior, se consigna como regla general, que no es necesaria la concurrencia de testigos al otorgamiento de las escrituras públicas. Por excepción, es necesario consignar testigos cuando el otorgante u otorgantes lo pidan, o cuando éste sea ciego, mudo o no pueda hablar el idioma oficial, y en los testamentos y donaciones, de cualquier clase. Se ve en esto una tendencia del legislador del 62 a la supresión en general de la concurrencia de los testigos, siguiendo así la tónica moderna, y solamente, para no romper del todo con la tradición, consigna el requisito como excepción. Cabe admitir que también cuando el notario lo considera necesario, puede hacer las consignaciones dichas.

Requisitos que deben reunir los testigos. Los testigos deben de reunir los siguientes requisitos:

a) Deben ser generalmente en número de dos, excepcionalmente y como lo veremos más adelante, se requiere un número mayor; mayores de 18 años, de uno u otro sexo, conocidos del notario y domiciliados en la República; éste último requisito no es necesario cuando el instrumento se otorga ante Agente Diplomático o Consular. El domicilio, según el Código Civil, es la residencia a compañía real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella. Puede ser civil o político. (1). El primero es el que se tiene con relación a un lugar determinado del estado; y el segundo es el que se refiere al territorio del estado en general. A éste último se refiere el Art. 34 en comento.

b) Deben saber leer y escribir; este requisito se exige con el propósito de que los testigos puedan imponerse de la redacción del instrumento, para poder cumplir con su misión en un momento determinado.

c) Deben hablar el idioma Castellano y tener profesión u oficio, deben hablar el idioma oficial pues en Castellano se redactan los instrumentos, y si los testigos no lo hablaren, -- mal podrían atestiguar un asunto del cual no han podido darse cuenta por interponérseles la barrera del idioma. Con la última exigencia o sea, la de tener profesión u oficio, se evita que personas sin ninguna solvencia moral como serían por ejemplo: los vagos habituales, los ebrios consuetudinarios, los tahures, etc., puedan servir de testigos. Al hablar de profesión se refiere la ley a -- que el testigo tenga un medio honesto como ocupación habitual que le permita proporcionarse los medios necesarios para su subsistencia.

Los testigos pueden ser salvadoreños o extranjeros, la ley en este punto no distingue, con tal que reunan los requisitos anteriormente relacionados, pueden ser testigos los extranjeros, aunque no consideramos muy aconsejable poner testigos extranjeros, por los inconvenientes que podría acarrear su ausencia del país en un momento determinado.

Como ya lo manifestamos, los testigos son en número de dos, pero en los testamentos solemnes, por excepción, se requiere la presencia de más de dos testigos; así, en los abiertos se requiere la concurrencia de tres; y en los cerrados la concurrencia de cinco, tal y como lo prescribe el # 3º del Art. 40 de la Ley de Notariado.

Impedimento para ser testigos: pueden ser de dos clases: naturales y legales. Están impedidos por causas naturales: el demente, el ciego, el mudo, el sordo, el menor de 18 años. En la legislación anterior, también era impedimento de esta clase el ser mujer, pues sólo los hombres podían ser testigos. Son impedimentos por causas legales: a) haber sido condenados por delitos contra la propiedad, (robo, hurto, usurpación, alzamiento, quiebra, estafa, incendio y daños); b) los que han sido condenados por falsarios, -Art. 201 al

(1) Código Civil, Art. 57

266 Pn.-; c) los que tengan algún interés conocido en el acto o -- contrato. Interés que debe medirse desde el punto de vista econó-- mico; d) el cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consan-- guinidad o segundo de afinidad, del notario o de alguno de los o-- torgantes. La razón de ésto último, es sencilla y obedece a la im-- periosa necesidad de rodear de una aureola de imparcialidad al tes-- tigo como tercera persona que es ajena al acto o contrato que se o-- torga; pues es de suponerse que si un testigo está ligado por un -- vínculo afectivo con el notario o alguna de las partes, tiene que inclinarse en un momento determinado por el interés de estas perso-- nas con el consiguiente perjuicio para las demás.

"Art. 32 # 4º. Que se exprese en el instru-- mento el nombre, apellido, edad, profesión u o-- ficio y domicilio de los otorgantes y de los -- testigos e intérpretes, en su caso. Si alguno de los otorgantes fuere extranjero, se expresa-- rá también su nacionalidad. Si alguno de los otorgantes fuere mujer casada o viuda, se ex-- presará su apellido de soltera y el que conste en el antecedente si lo hubiere."

El nombre de una persona "es el que se da a una per-- sona determinada para distinguirla de los demás de su clase, como Juan, José, etc." (1)

"El apellido es el nombre patronímico de los ascen-- dientes de una persona." Jossierand, afirma que "el nombre tiene -- por misión asegurar la identificación de las personas, es como una etiqueta puesta sobre cada uno de nosotros. Cada individuo repre-- senta una suma de derechos u obligaciones, un valor jurídico, moral, económico y social; esto importa que este valor aparece al sólo anun-- ciar el nombre, sin equivocación, sin confusión posible. Es el a-- tributo primordial de la personalidad." (2)

Dentro de lo dicho estimamos que el notario, tiene la obligación de consignar con la mayor precisión posible, todo lo relativo al nombre o nombres de los otorgantes. El nombre completo de una persona en nuestro medio se forma del nombre en sí, o sea el nombre de familia, apellido o patronímico precedido del nombre propio o nombre "de pila" como se le llama; si la persona es hijo legít-- imo, es costumbre que después del nombre o nombres propios, se con-- signe el apellido del padre, seguido o no del de la madre; lo mismo sucede si el individuo conforme a nuestra ley es hijo reconocido. -- Si el individuo es hijo ilegítimo, sólo se consignan los nombres -- propios seguidos únicamente del apellido materno.

La edad, profesión u oficio y el domicilio de los otorgantes se consigna asimismo para individualizar un poco más a --

la persona, y no haya ninguna confusión o equívoco acerca de la identidad de la misma.

Debe entenderse que cuando la ley exige las características arriba mencionadas a los otorgantes, se refiere no sólo a éstos, sino también a las partes intervinientes.

Asímismo deben de consignarse las mismas características de los demás concurrentes al acto, como son los testigos de comparecencia y de identificación, y de los intérpretes.

Las partes en la Escritura Pública

Las partes de una escritura son las personas que contraen una obligación y en quienes, por ende, recaen los efectos jurídicos del acto o contrato. No tienen el carácter de parte, ni el notario autorizante, ni los testigos instrumentales o de conocimiento, ni los peritos. Mattiolo sostiene que "no deben considerarse como partes aquellos que de un modo cualquiera intervienen en la escrituración y la suscriben, sino sólo los que en el acto o contrato contraen una obligación, y respecto de las cuales el documento está destinado a servir de prueba." (1). Generalmente, las partes intervinientes son las mismas que otorgan el acto o contrato cuando comparecen personalmente, por derecho propio; pero hay ciertos casos en que los otorgantes son personas distintas de las partes; esto es, cuando dichas personas comparecen al otorgamiento del acto o contrato en representación de intereses de terceros; así los que comparecen como apoderados o representantes legales de otro, son simples comparecientes u otorgantes, más no son partes.

Número de partes en una escritura

Las partes en una escritura, son o deben ser ---- siempre en número de dos; no se da a este vocablo el significado de personas ni de individuos, sino el de una o varias voluntades, dirigidas a un mismo fin, de tal manera, que una parte puede estar representada por varias personas, o lo que es igual, por voluntades que proceden de varias personas, y están unificadas para formar un mismo fin." (2)

Esto explica por qué en una escritura pública se acostumbra poner que comparecieron POR UNA PARTE los señores A, B y C; y por OTRA PARTE los señores X y Z; el concepto de parte, no se refiere pues, al número de personas intervinientes en una escritura, sino a la posición que tienen en ella.

"Art. 32 #59. 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 aquéllos, por me--

(1) Citado por E. Pallarés, ob. cit. pg. 554

(2) Eduardo Pallarés, ob. cit. pg. 553

dio de sus respectivas Cédulas 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 consignará en el -- instrumento el número de la Cédula de Identidad, Pasaporte, tarjeta o documento, y los -- nombres y generales de los testigos de conocimiento según el caso."

Fe de Conocimiento

Cuestión esencial en el estudio de nuestro tema, es el análisis y concepto de la "fe de conocimiento", y por ello, recordaremos lo que hemos dicho acerca de la fe en general y de la fe notarial en especial. Dijimos que "fe es la creencia que se da a ciertas cosas por la autoridad de quien las dice." (1) Asimismo fe notarial es la creencia que se da a los actos y contratos autorizados por el notario, dentro de la órbita de sus funciones, por la autoridad de que está investido por parte del poder público.

La fe de conocimiento interpuesta por el notario es la fe que da de conocer a los otorgantes de una escritura pública.

Como dice Mengual, la fe del conocimiento notarial es la "afirmación hecha por el notario de que el sujeto compareciente al otorgamiento de una escritura pública es en sí, en su esencia, el mismo que se afirma en su identidad personal e idonidad subjetiva, y no otro distinto del mismo y de posible confusión." (2)

Dar fe de conocimiento que el notario tiene de los otorgantes, es tanto como afirmar por parte de aquel que existe identificación entre la persona física que comparece, y el nombre y demás generales que se atribuye. Es decir, que cuando el notario afirma que conoce al individuo, no solo lo hace de que conoce el nombre del mismo, sino las demás generales de ese sujeto y de que estas características corresponden a la persona física que se presenta ante él, al otorgamiento de una escritura.

Sanahuja y Soler, citado por J. M. Mustápic, -- nos habla de la importancia de la fe del conocimiento, y dice: -- "que es necesario que el notario garantice la identidad de las -- personas que intervienen en un negocio jurídico, porque la violación entre unas situaciones y otras exige, para dar certidumbre a las relaciones jurídicas, que se fundamente bajo la fe notarial, el punto de unión, de conexión, que es precisamente la persona -- que, ostentando un derecho lo transmite en favor de otras." (3)

(1) Diccionario de la Lengua Española, ob. cit. pg. 611

(2) Ob. cit. Tomo II, pg. 153

(3) Ob. cit. Tomo I, pg. 203

Nuestra ley no nos establece reglas para determinar cuándo el notario puede manifestar conocer al compareciente, y lo deja sencilla y prudentemente, al arbitrio de éste. En nuestro tiempo, cuando al notario se le hace materialmente imposible conocer a todos los que ante sus oficios comparecen al otorgamiento de escrituras, sino a un número muy limitado de los mismos, la ley establece la regla general que cuando el notario no conozca a los otorgantes, debe de cerciorarse de la identidad de los mismos por medio de un documento que la establezca, ya sea su cédula de identidad personal, el cual según el Art. 7 de la Ley de la materia vigente, constituye el documento necesario y suficiente para establecer la identidad de la persona, puede además identificarlo con su Pasaporte o con su tarjeta de extranjero residente, o con cualquier otro documento de identidad -dice la ley- dándole en este último caso potestad al notario de poder identificar al compareciente por cualquier documento que a su libre albedrío lo identifique plenamente.

Testigos de conocimiento

Además de los medios de identificación ya comentados, la ley establece otro más, y es la identificación del compareciente cuando no sea conocido del notario y carezca de cualquier documento probatorio de su identidad, por medio de dos personas llamadas testigos de conocimiento.

Los requisitos legales que según el número en comento, deben de reunir estas personas, son dos: que sean conocidos del notario, que sean idóneos; requisito éste último que da lugar a confusiones, pues pudiera creerse que al hablar de testigos idóneos la Ley de Notariado hubiera querido referirse a la idoneidad de los testigos judiciales, regulada en el Código de Procedimientos Civiles, pero ante ese vacío legal, creemos que es lógico que reunan por lo menos, los mismos requisitos que los testigos de comparecencia.

Cuestión práctica de consignar es el hecho de -- que en nuestro país aunque el notario conozca al o a los otorgantes, siempre se consigna otro medio de identificación, y así en las escrituras generalmente la comparecencia es de esta manera: - "Ante mí, _____, notario, del domicilio de _____, comparece el señor _____, _____ (generales) _____, a quien DOY FE DE CONOCER, y ADEMÁS IDENTIFICO con _____ (documento identificativo) _____." Costumbre muy sana que nunca ha dado lugar a fraudes de ley.

Cuando la ley exige que se consigne la nacionalidad del o de los otorgantes, cuando son extranjeros, lo que trata de precaver es un fraude, pues para que un extranjero pueda adquirir ciertos bienes situados en El Salvador, como lo serían los -- bienes raíces rústicos -debe haber reciprocidad entre el país del otorgante y el nuestro- es decir que en dicho país, los salvadoreños puedan adquirir bienes raíces sin más requisitos que los que aquí se exigen a los extranjeros. La disposición constitucional

pertinente, reza así:

"Art. 141. La propiedad de los bienes raíces rústicos no podrá ser adquirida por extranjeros en cuyos paíces de origen no tengan iguales derechos los salvadoreños, excepto cuando se trate de tierras para establecimientos industriales."

Nos parece que establece una prohibición que por ser de orden público produce nulidad absoluta del acto o contrato, que la viole.

Otorgantes. Hablamos en el comentario del numeral anterior, de -- las partes, hablaremos a continuación de un concepto que tiene íntima relación con aquél, y es el de los otorgantes. El nombre de otorgantes viene del vocablo latino AUTORICARE, que significa consentir en una cosa, condescender; son las personas que por derecho propio o en representación de otra persona concurren a la celebración de un instrumento público consignando hechos que vienen a --- crear, extinguir o modificar situaciones jurídicas. Julio Otero y Valentín, califica a los otorgamientos en activos y pasivos; los -- primeros se dan cuando comprenden facultades dispositivas de conce-- der, prometer, proponer, ordenar, etc., y los segundos cuando comprenden facultades como aceptar, ratificar, renunciar facultades o derechos, de manera deliberada cuando se disputan. En el Art. 32 en comento en sus numerales 4º y 5º, nuestra ley notarial toma como sinónimos el vocablo otorgante con el de comparecientes.

"Art. 32 #6º. 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 atribuída a los comparecientes en que -- éstos no hubieren convenido expresamente."

Las personas cuando desean celebrar un negocio ju-- rídico acuden ante el notario, a exponerle a éste los antecedentes del mismo y las condiciones o términos en que desean que se cele-- bre; el notario como función previa al otorgamiento del instrumen-- to, tiene que interpretar la intención de estas personas, adecuarlos a los preceptos legales. Si las partes se ponen de acuerdo en los términos del mismo, se procede a su redacción, la cual, obede-- ciendo a los preceptos legales debe hacerse consignando la rela--- ción exacta y clara de lo que las partes u otorgantes le manifies-- tan al funcionario; declaraciones que se refieren por una parte, a situaciones jurídicas anteriores al acto o contrato que se celebra y que se les llama ENUNCIATIVAS, y por otra parte declaraciones -- que se refieren a los términos y estipulaciones que regulan las o-- bligaciones de cada uno de los otorgantes con relación al objeto -- de las mismas y que se llaman DISPOSITIVAS. Las declaraciones lla-- madas DISPOSITIVAS, que se consignan por el notario en los instru--

mentos, no constituyen plena prueba, sino solamente contra las partes contratantes. Art. 1571 C., y las primeras o ENUNCIATIVAS, hacen plena prueba como los anteriores, sólo contra las partes pero con tal que tengan relación con las dispositivas del acto o contrato. Art. 1577 C.

Las declaraciones que hacen los notarios

No todas las declaraciones que los notarios hacen en los instrumentos públicos hacen plena fe, es conveniente distinguir lo que el notario afirma como sucedido en su presencia de lo que en la misma resulta declarado y afirmado por las partes, porque a éstas últimas declaraciones no se extiende el valor absoluto de la escritura pública. En efecto, si las partes declaran ante un notario hechos referentes al pasado, o en general, a hechos no sucedidos en su presencia, éste al autorizar la escritura pública podrá atestiguar la realidad de la declaración, pero no la veracidad de los hechos comprendidos en la misma; es decir, que la escritura pública acreditará de un modo absoluto que la declaración fue hecha en presencia del funcionario, pero siempre se podrá, en virtud de prueba en contrario, impugnar la verdad de su contenido. Así por ejemplo, si en una escritura pública de venta de inmueble, el notario declara que el pago del precio se hizo en su presencia, no se podrá discutir la verdad del pago a no ser por el medio excepcional de la llamada acción de falsedad. Más, por el contrario, si el documento notarial atestigua que los contratantes declararon que el precio de venta fue entregado en otro tiempo, o de cualquier otro modo hicieron referencia a hechos, convenios o inteligencias, anteriormente acaecidos no será necesario, para impugnar la verdad de tales declaraciones, recurrir a la acción de falsedad, sino que bastará simple prueba en contrario que sea admisible según los principios generales de derecho. (1)

La prohibición que establece el último párrafo -- del numeral en comento es obvia con la lectura posterior del instrumento y ratificación o rectificación que del mismo hacen los otorgantes y que veremos en apartado especial.

"Art. 32 #7º. que se escriban con letras -- las cantidades y las fechas."

El objeto del legislador al prohibir que se escriban con números las cantidades y las fechas es el de precaver fraudes, porque si se pudieran escribir de ese modo, sería mucho más fácil adulterarlos con el consiguiente perjuicio para las partes e interesados.

"Art. 32 #8º. Que no se escriba cosa alguna en el texto del documento con iniciales o abreviaturas, salvo las frases conocidas comúnmente para tratamientos, títulos de honor o expresiones de cortesía y respeto."

(1) Dr. S. R. Martínez, tesis doctoral, ob. cit, pg. 13

El objeto de esta prohibición es asimismo el de precaver cualquier fraude que se quiera hacer por parte del notario u otorgantes, así como evitar confusiones o equívocos en la interpretación del contexto de las escrituras. Con muy buen juicio, el legislador dejó el uso de las abreviaturas para las frases conocidas comunmente para tratamientos, títulos de honor y expresiones de cortesía y respeto; como por ejemplo: Ud. por usted; Dr. por doctor; Sr. por señor; etc., expresiones éstas que no dan lugar a confusión alguna, pues son conocidas de la generalidad de las personas.

Cuál será la sanción por un instrumento escrito usando abreviaturas? Siguiendo los artículos 33 y 63 de la Ley de Notariado, que respectivamente dicen así:

"Art. 33. 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 o por otra persona a su ruego, de acuerdo con esta ley, y firmado además por los testigos e intérpretes si los hubiere, salvo cuando se comprobare falsedad o cuando el vicio o defecto haga dudosa la inteligencia del instrumento respecto de la cuestión que se ventila, y en los demás casos especiales determinados por la ley."

"Art. 63. Las infracciones a la presente ley cometidas por el notario y que no produzcan nulidad del instrumento, serán sancionadas por la Corte Suprema de Justicia, previa audiencia del notario, con una multa de cinco a veinticinco colones.

Las infracciones en que incurra el notario, que produzcan la nulidad de un instrumento o de alguna de sus cláusulas, serán sancionadas con una multa de veinticinco a doscientos colones y si se tratare de un testamento, con una multa de doscientos a quinientos colones. Estas multas las impondrá el Juez de Primera Instancia en la sentencia definitiva, que recaiga en el juicio de nulidad, sin perjuicio de ser responsable el notario por los daños y perjuicios ocasionados y de ser inhabilitado o suspendido en su caso."

Creemos que si no se hace dudosa la inteligencia del instrumento, únicamente daría lugar a una multa para el notario autorizante; pero si por el contrario, resultaran dudas en la interpretación del instrumento, podría dar lugar hasta a una nulidad del mismo, sin perjuicio de las sanciones que podría imponerse

al notario.

"Art. 32 #9º. Que los borrones, enmendaduras, entrerrenglonaduras, 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."

Borrar, es hacer desaparecer por cualquier medio lo escrito con tinta, enmendar, es quitar los defectos a ciertas palabras en una escritura pública. Poner una palabra o frase entre líneas o entre renglones, es escribir algo intercalado entre los renglones o líneas de la escritura.

Puede el notario equivocarse en la redacción de una escritura, u omitir poner algo en la misma, y en estos casos la ley le da la oportunidad de rectificar, ya sea enmendando las palabras mal puestas, borrando las puestas de más, testando otras, y entrelineando lo que se omitió poner; pero todo esto debe salvarlo íntegramente al final de una escritura y antes de las firmas.

No nos habla expresamente la ley en el inciso en comento de las palabras que se ponen sobre líneas, pero al decir "cualesquiera otra corrección", creemos que está comprendida esta situación. El numeral en comento en su última parte, prohíbe usar el paréntesis para sustituir testaduras y evitar así la malsana -- costumbre observada bajo el imperio de la ley anterior de poner en tre paréntesis las palabras puestas de más y salvarlo al final des figurando de ese modo la verdadera función de ese signo así llamado.

Es muy importante la exigencia de este requisito, y el notario, por consiguiente, debe poner especial atención en su cumplimiento, pues la inobservancia trae aparejada nulidad, de acuerdo al Art. 263 Pr., que dice así:

"Art. 263. El instrumento roto o cancelado en parte sustancial, como en los nombres de -- los contratantes, testigos, Juez o Notario, en la fecha o en lo que perteneciere substancialmente al pleito, no hará fe. Tampoco el enmendado en estas mismas partes, si no estuviesen salvadas las enmiendas antes de firmarse por -- las personas que deban suscribirlo."

"Art. 32 #10º Que el notario explique a -- los otorgantes los efectos legales del acto o contrato y haga constar esta circunstancia en el instrumento."

Quando las partes -ya lo vimos anteriormente- acu

den al notario a celebrar cualquier negocio jurídico, le plantean a éste los términos en que desean que se celebre; el funcionario tiene la obligación de adecuar la voluntad de los contratantes a la ley y de explicar los efectos jurídicos que podría acarrear o producir el acto o contrato así redactado; tiene asimismo la obligación de consignar expresamente esta circunstancia en el instrumento. Cuando los efectos dichos no hay necesidad de explicarlos por ser conocidos del o de los otorgantes, es práctica usual consignar asimismo que no se explican aquéllos por ser ya conocidos, como lo sería el caso de la comparecencia de uno o más notarios.

"Art. 32 #110 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 designe."

Después de redactado el instrumento, el notario tiene la obligación de leerlo íntegramente a los otorgantes, lectura que debe hacerse en un solo acto. Este requisito se ha consignado con el fin principal de que los otorgantes puedan ratificar o rectificar el tenor de lo escrito en el instrumento, ya sea por haberse omitido algún detalle, o por haberse mal interpretado la voluntad de los mismos.

Cuando después de leído el instrumento por parte del notario y ante la presencia de testigos o intérpretes en su caso, y si los otorgantes quieren modificarlo, ya sea porque lo escrito no está conforme con sus intenciones o porque se retractan de sus dichos, el notario puede agregar a la escritura lo nuevamente manifestado y luego de leído por segunda vez, se firma.

Cuando las partes en el transcurso de la elaboración del instrumento, o cuando ya éste está concluido, manifiestan que se abstienen de firmar la escritura porque han desistido de celebrar el acto o contrato, el notario, agrega a la escritura -inconclusa o concluida- una razón indicativa de la circunstancia anterior, y que generalmente es de la siguiente manera: "en este estado y por voluntario desistimiento de las partes, se suspende la presente escritura y para constancia firmo. (firma del notario)."

"Art. 32 #12. Que leído el instrumento, -- sea firmado por los otorgantes, por los testigos e intérpretes si los hubiere y por 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 otro dedo que especificará el notario o si esto no fuere 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."

La 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." "Nombre y apellido, o título de la persona que no usa rúbrica, o no debe usarla, puesta al pie de un documento." (1)

La firma para don J. M. Mustápic, es "el nombre escrito por propia mano en caracteres alfabéticos, y de una manera particular al pie del documento, al efecto de autenticar su contenido." (2)

Nos parece más ajustada a la realidad la segunda de las definiciones transcritas, por lo tanto nos adherimos a ella.

Las características de la firma según la dicha definición, serían las siguientes:

1) Nombre escrito de una manera característica y por puño y letra del firmante. No es firma por lo tanto, un faccímil puesto al pie de una escritura;

2) Puesta al pie del documento a fin de autenticar su contenido, no autentica el contenido de un documento, una firma puesta al margen o en la parte superior del mismo y por lo tanto una escritura así firmada carecería de valor alguno, es decir sería nula.

Generalmente se acostumbra poner en la firma el nombre y apellido pero también es admitido sólo el uso del nombre; sólo del apellido o de las iniciales de la persona, según la costumbre de ésta.

En nuestro medio se acostumbra hacer constar en el instrumento la manera o forma de firmar de los otorgantes.

(1) Diccionario de la Lengua Española, XIX ed. 1970, pg. 621

(2) Ob. cit. Tomo I, pg. 260

Orden de Firmas. Las firmas puestas al pie de un instrumento deben de consignarse en el orden siguiente: a) otorgantes (éstos por el orden de comparecencia); b) testigos e intérpretes; y c) el notario. Cuando el o los otorgantes no saben o no pueden firmar, -- puede hacerlo a su ruego otra persona mayor de 18 años o uno de -- los testigos, pudiéndolo hacer por dos o más otorgantes que estu-- vieren en el mismo caso. Creemos que el vocablo "OTORGANTES" está tomado en un sentido amplio: como comparecientes y como partes. -- Por lo tanto la firma a ruego puede ponerse por dos o más compare-- cientes que representen ambas partes, o que representen sólo una -- de ellas.

La firma del notario seguida de las firmas de los otorgantes y demás comparecientes, es lo que da autenticidad al -- instrumento y lo hace plenamente valedero; con las reservas ya vis-- tas en apartados anteriores.

Sanción legal para la falta de firmas

Cuando en un instrumento faltan las firmas de los otorgantes, o la de los testigos e intérpretes en el caso de que -- concurren, así como la falta de firma del funcionario autorizante o notario, trae aparejada la nulidad del mismo, de acuerdo al Art. 32 de la Ley de Notariado y el cual ya hemos transcrito en aparta-- dos anteriores. Estas firmas como ya lo dijimos, deben ir al pie del instrumento, pues podría suceder que tuviera todas o algunas -- de ellas, al margen o en cualquier otro lugar que no sea al pie -- del documento, en este caso creemos que también el instrumento pú-- blico, carecería de valor.

"Art. 32 #132 Que se observen los demás re-- quisitos que las leyes exijan en determinados casos."

Se refiere este último numeral a los demás requi-- sitos que se encuentran dispersos en la legislación positiva y que se exigen a los notarios al redactar las escrituras matrices y así podemos enunciar los siguientes:

- | | | |
|---|---|---|
| 1 | Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes
(Tomado del folleto publicado por RR. EE.) | Art. 1, 4
y 11 |
| 2 | Ley de Cédula de Identidad Personal
(Tomado de Recopilación de Leyes. Asamblea - Legislativa, TommoIII) | Art. 7 #2
ya citado |
| 3 | Reglamento del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas
(Constitución y Códigos de la República de El Salvador, Ed. 1967) | Art. 24,
29,34 inc
40,50,60
y 60 |

- | | | |
|----|---|-----------------------|
| 4 | Ley de Impuesto Sobre la Renta
(Ministerio de Hacienda, 1963) | Art. 111
y 112 |
| 5 | Ley de Vialidad
(Rev. de Hacienda Nº 23, Tomo X, 4a. época) | Art. 3º |
| 6 | Ley de Impuesto de Alcabala
(Rev. de Hacienda Nº 23, Tomo X, 4a. época) | Art. 1, 5,
17 y 18 |
| 7 | D. L. Nº 38 de 1939 y reformas
(1/2 % Impuesto Adicional Progresivo de papel
Sellado y otras contribuciones)
(Rev. de Hacienda Nº 23, Tomo X, 4a. época) | |
| 8 | Ley de Impuesto Sobre Donaciones
(Rev. de Hacienda Nº 23, Tomo X, 4a. época) | Art. 4 y
16 |
| 9 | Ley de Gravamen de las Sucesiones
(Rev. de Hacienda Nº 23, Tomo X, 4a. época) | Art. 32 y
34 |
| 10 | Ley del Ramo Municipal
(D. L. Nº 16 dic./68. Recopilación de Leyes -
Administrativas relacionadas con el Ramo Muni-
cipal) | Art. 100,
167 |
| 11 | Ley de Garantía del Pago de Impuestos Municipa-
les
(Recopilación de Leyes Administrativas. Barra-
za, Tomo II) | Art. 1 |
| 12 | Decreto Nº 17 del 20/junio/41
(Plazos y Afianzamiento de Impuesto)
(D. O. 142, T. 130, 27/junio/41) | Art. 1, 9 |
| 13 | Ley de Registro y Matrícula de Comercio
(Rev. de Hacienda Nº 23, Tomo X, 4a. época) | Art. 12,
16 |
| 14 | Ley de Papel Sellado y Timbres
(Rev. de Hacienda Nº 23, Tomo X, 4a. época y -
reformas posteriores) | Art. 1 #
48 |
| 15 | Arancel Judicial
(Rev. del Ministerio de Justicia, Nº 1, 2a. é-
poca, 1959) | Art. 45 |
| 16 | Ley del Impuesto de Saneamiento y Pavimentación
(D. L. 4/enero/33, D. O. 31/marzo/33) | Art. 10 |
| 17 | Ley de Expropiación de Terrenos para obras del
I. V. U.
(Recopilación de Leyes. Asamblea Legislativa
1959-55, Tomo I) | Art. 11 |
| 18 | Ley Constitutiva de la Administración de Merca-
do de San Salvador | Art. 40 y
41 |

- (Rev. del Ministerio de Justicia, año II, Nº 4
1953)
- | | | |
|----|---|----------------------------|
| 19 | Ley de Prenda Agraria, Ganadera e Industrial.
(Rev. del Ministerio de Justicia, año II, Nº 4
1953). (1) | Art. 7, 8
y 9 |
| 20 | Ley de Propiedad Inmobiliaria por Pisos y Apartamentos
(Rev. del Ministerio de Justicia, 2a. época, -
Nº 3, 1962) | Art. 4, 5
y 24 |
| 21 | Código de Procedimientos Civiles
(Constitución y Códigos de la República, 1967) | Art. 606
inc. 1º,
8º |
| 22 | Ley de Adopción
(Constitución y Códigos de la República de El
Salvador, ed. 1967) | art. 6 |
| 23 | Ley de Extranjería | Art. 54 |
| 24 | Ley del Catastro
D. O. Nº 54 de 19/marzo/70 | Art. 37 |

*

- (1) Esta ley ha sido derogada expresamente por el Código de Comercio, en donde quedó regulada la materia en el capítulo de "Créditos a la Producción".
(Se omite citar los artículos correspondientes del Código de Comercio, debido a que ello significaría hacer referencia a -- las demás disposiciones de ese cuerpo legal que tienen relación con el notariado).

* Tomado sustancialmente del "Formulario de Cartulación",
Angel Góchez Marín, año 1970

b) LA ESCRITURA PUBLICA. CONTENIDO Y FORMALIDADES

Hemos hablado en el desarrollo de este capítulo de la ESCRITURA MATRIZ o ESCRITURA PUBLICA ORIGINAL. Hablaremos a continuación de las copias literales, que debidamente autorizadas y con las formalidades legales, se sacan de aquellas para poder -- proveer así a los efectos jurídicos de la misma, y que llamaremos ESCRITURA PUBLICA o TESTIMONIO, de acuerdo a la Ley de Notariado, que así los denomina en su Art. 2º, ya transcrito en apartados anteriores.

Testimonio. Concepto

En el antiguo derecho español, se entendía por -- testimonio, traslado, trasunto o ejemplar, como también se le llamaba a la copia de la primera copia original de la escritura matriz o Protocolo. La primera copia que se sacaba de la escritura ma---triz, era denominada ESCRITURA ORIGINAL Y PUBLICA. Nuestro Código de Procedimientos Civiles, inspirado en dicha legislación, dice en su Art. 257: "escritura original y pública es la primera copia que se saca del protocolo o libro de transcripciones y que ha sido hecho con todas las solemnidades necesarias por un funcionario públi--co autorizado para otorgarla.

En la actualidad, doctrinariamente, los testimo--nios son las copias que de las escrituras matrices expiden los fun--cionarios correspondientes, ya sea la primera, segunda y tercera o más copias, Siguiendo esta tónica moderna, nuestra Ley de Notaría--do vigente, que data del año de 1962, dice en su Art. 2º, que se --llama ESCRITURA PUBLICA O TESTIMONIO, "aquella en que se reproduce la escritura matriz ...", sin hacer distinción de que sea la prime--ra o subsiguientes.

Fernández Casado, distingue la escritura origi--nal que es la que definitivamente queda asentada en el protocolo, de las copias que de ella se sacan, y dice que copia "es la repro--ducción literal de un instrumento público protocolado, autorizado por notario competente con las formalidades de derecho." (1). Pa--ra Salvat, copia es "el testimonio literal de la escritura matriz, expedido en forma legal;" (2)

Aclarada la terminología usada por los cuerpos le--gales mencionados, es de advertir, según lo veremos adelante, que por ser el testimonio o escritura pública una reproducción literal e íntegra de la matriz, haremos caso omiso de los elementos consti--tutivos de esta última, circunscribiéndonos a aspectos meramente --formales, ya que como lo hemos dicho escritura pública o testimo--nio y escritura matriz, están íntimamente ligados y las primeras --sirven para proveer a los efectos jurídicos de las segundas.

(1) Citado por J. M. Mustápic, ob. cit. Tomo I, pg.421

(2) Citado por J. M. Mustápic, ob. cit. Tomo I, pg. 422

Caracteres. Los caracteres principales de los testimonios, o escrituras públicas, son los siguientes:

a) Copia o reproducción literal. Se dice que es la reproducción literal porque tiene que ser una copia fiel, exacta del acto o contrato que ha quedado incorporado en el Protocolo, aun con sus errores, enmendaduras, enterrerrenglonaduras, etc.

b) Revestido de ciertas formalidades. El testimonio o escritura pública, como la matriz, son instrumentos estrictamente formales, es decir, que para su validez necesita la observancia de ciertas formas expresamente determinadas por la ley.

c) Expedido por la persona o funcionario correspondiente. Toda escritura pública o testimonio para que sea válido, debe ir autorizado por el funcionario correspondiente; dichos funcionarios son los siguientes: 1) los notarios; 2) los jueces de Primera Instancia en caso de testamentos solemnes; 3) los agentes diplomáticos y consulares; y 4) el Secretario de la Corte Suprema de Justicia.

Formalidades. El testimonio debe ser expedido por el notario en el papel sellado correspondiente, cuando cause dicho impuesto; que todas las fojas de que conste, deberán sellarse en sus márgenes superiores; que después de copiar el instrumento literalmente, se ponga una razón indicativa de los folios y número del libro del protocolo, en que se encuentra la matriz a que se refiere el instrumento, la fecha de la caducidad de dicho libro, el nombre de la persona a quien se extiende, y el lugar y fecha de la expedición del testimonio. Dicha razón debe ir redactada de la siguiente manera:

"Pasó ante mí, del folio _____ (frente o vuelto) al folio _____ (frente o vuelto) del Libro _____ (número) _____ de mi Protocolo, que vence _____ (fecha de vencimiento) _____, y para ser entregado a _____ (interesado) _____, extendiendo, sello y firma este testimonio en la ciudad de _____ (lugar) _____, a _____ (fecha de expedición) _____."

Después de la razón dicha tienen que salvarse íntegramente las enmendaduras, enterrerrenglonaduras y testaduras a que diese lugar la saca del testimonio y después de esto, debe de llevar la firma y sello del notario o funcionario que lo autoriza y expide. Los testimonios extendidos por los agentes diplomáticos y consulares, se extenderán con una razón similar a la anterior, expresando el nombre de la oficina a que pertenece el Protocolo, aparte se debe poner una nota indicativa de los derechos percibidos y del papel sellado correspondiente, los cuales se cobrarán por medio de timbres del servicio exterior, que deben ir adheridos al testimonio.

Quiénes pueden expedir testimonios. Ya vimos que los testimonios pueden expedirlos:

a) Los notarios, dentro del año de vigencia del o de los libros del Protocolo y durante los 15 días subsiguientes.

b) Los Jueces de Primera Instancia, respecto a -- los testamentos solemnes que otorguen y únicamente durante el año calendario en que se otorguen y durante los 15 días del mes de ene ro del año siguiente.

c) Los Agentes Diplomáticos o Consulares, respec to de los instrumentos otorgados en libros de sus respectivas ofi cinas y mientras duren éstos en su poder.

d) El Secretario de la Corte Suprema de Justicia, respecto de los libros de Protocolo de los tres funcionarios ante riormente mencionados y que se encuentren en poder del organismo - dicho.

A quiénes deben expedirse los testimonios. En general los nota--- rios y demás funcionarios tienen la obligación de expedir testimo nios a los otorgantes o a quienes resulte un interés directo por - razón de las declaraciones de los otorgantes, o a quienes deriven su derecho de los mismos (Art. 43 Ley de Notariado), así en una -- compra-venta, se expide testimonio al comprador, en un contrato de mutuo, al acreedor, etc. Asimismo los funcionarios tienen la obli gación de expedir testimonios en papel simple para remitirlos al - Juzgado de Primera Instancia respectivo, o a la Sección del Nota-- riado, los cuales deben de hacerse dentro de los quince días subsi guientes al otorgamiento de la escritura. Cuando se trata del o-- torgamiento de testamentos nuncupativos, tiene el notario obliga-- ción de expedirlo en papel sellado de ₡0.15 y dentro de los cinco días siguientes al de su otorgamiento, para ser remitidos a la Cor te Suprema de Justicia por medio del Juzgado respectivo o a la Sec ción del Notariado de dicho organismo. En el caso de los testamen tos cerrados, deben de extenderse copias o testimonios en papel co mún del acta protocolizada, 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. Pueden asimismo -- los funcionarios extender copias o testimonios en papel simple a - los interesados, los cuales no gozan de ningún valor legal y única mente sirven para que dichas partes tengan simples constancias de la fecha del otorgamiento de las escrituras y las condiciones en - que éstas han sido redactadas.

Pueden asimismo los notarios expedir testimonios en papel sellado del valor de ₡0.30 que servirán exclusivamente pa ra presentarlos a las Delegaciones Fiscales Departamentales o a la Dirección General de Contribuciones Directas en diligencias para - la tasación de impuesto sobre donaciones, impuesto de renta y via lidad, impuesto de registro, matrícula de comercio y otros.

Número de testimonios que deben expedirse a los interesados: El - número de testimonios que deben expedirse a los interesados depen de de la clase de testimonio de que se trate y de la naturaleza -- del acto o contrato contenido en el instrumento. Así, en caso de

los testimonios que deban extenderse a las partes o interesados, o interesados, o terceros que deriven su derecho de éstos, se establece como regla general que puede el notario o funcionario autorizante, expedir tantas copias o testimonios, como se le soliciten, anotando cada saca al margen del Protocolo, con expresión de la persona a quien se expide (Art. 43 inc. 1º Ley de Notariado) y todos éstos, como veremos, tienen el mismo valor legal. Excepción por demás importante a esta regla es el caso de que el negocio jurídico celebrado es de aquellos que dan acción para cobrar o pedir una cosa o deuda cuantas veces sea presentado, como sería por ejemplo el de escrituras que contienen la obligación de pagar sumas de dinero, en cuyo caso no debe extenderse más que un solo testimonio; para otro posterior (Art. 43 inc. últ. Ley de Notariado) se necesita decreto de juez competente y éste previa citación de parte contraria, cuando ésta estuviere presente en el país, ordenará que se extienda nueva copia o testimonio. Cuando la parte contraria estuviere ausente del país o no se sepa su paradero y no estuviere declarado ausente, el interesado pedirá el nombramiento de un curador para los efectos de citación, previa información sumaria de las circunstancias ya dichas, conforme al Art. 141 Pr., y en caso de ser favorable la solicitud, el testimonio tiene que principiarse al pie de las diligencias, que ordenan su expedición, dejando constancia de ello en el protocolo.

Importancia de la citación. La citación a la parte contraria o interesados, por parte del juez, y la intervención de aquellas en las diligencias iniciadas a fin de que se extienda un nuevo testimonio en los casos ya vistos, es de carácter restrictivo, como lo manifiestan algunos tratadistas del derecho, pues tiene únicamente por objeto comprobar que la copia que se va a extender es concordante en todos sus puntos con la escritura asentada en el libro de Protocolo. El doctor Salvat, manifiesta por el contrario "que la dicha citación debe de tener un sentido más amplio que el de la simple confrontación de la copia con su matriz, debe de evitarse daños y perjuicios y el derecho de oponerse a la expedición de ella en virtud de justas causas." (1). El doctor Juan Antonio López Ibarra en su tesis doctoral, analizando el objeto de la dicha citación nos manifiesta: "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 cualquiera acción indebida que pueda intentar el solicitante, ya que en estas diligencias de jurisdicción voluntaria, no puede entrarse a conocer sobre el fondo del asunto, es decir, que aunque la contraparte alegue que la obligación a que la matriz se refiere ya fue satisfecha, y que carece de objeto la expedición de un nuevo testimonio, éste siempre debe de darse, pues tal alegación no es materia de estas diligencias, sino de un juicio contencioso..." Agrega el mencionado profesional: "... en casos en que la parte citada alegare justa causa para oponerse a que se extienda el testimonio, la ley dispone que el testimonio debe iniciarse a continuación de las diligencias que ordenan su expedición, y en esa forma, la parte contraria al comparecer ante el juez bien podría acompa--

(1) Citado por J. N. Mustárich, ob. cit. Tomo I. pg. 436

ñar a su escrito para que se tome razón y se le devuelva, la carta de pago o documento que acredita que ya satisfizo la obligación a que la escritura se refiere." (1)

Por nuestra parte, nos adherimos a lo expuesto -- por el doctor López Ibarra, agregando únicamente en abono de esta posición, que no puede en simples diligencias de información como lo serían las diligencias en comento, entrarse a conocer el fondo del asunto, el cual tiene que ser dilucidado en el juicio y tribunal correspondiente.

Todo lo dicho anteriormente se aplica también al caso de que los mencionados testimonios se soliciten a la Corte Suprema de Justicia.

c) ESCRITURA MATRIZ Y ESCRITURA PUBLICA. VALOR PROBATORIO DE CADA UNA DE ELLAS

Como ya dijéramos anteriormente, las copias o testimonios que se sacan de la escritura matriz con las formalidades legales, son las que sirven para proveer a los efectos jurídicos de ésta. Lo anterior significa que en general para probar las estipulaciones contenidas en la escritura asentada en el libro de -- Protocolo, basta con presentar el testimonio o copia correspondiente.

El Art. 28 de la Ley de Notariado 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 de terminados por la ley."

Este artículo nos establece la regla general, cuáles son las excepciones a que se refiere? De acuerdo a las reglas del "onus probandi" o carga de la prueba, lo normal se presume y lo anormal tiene que probarse. En estos casos lo normal es que el testimonio o copia sacado de la escritura matriz, esté acorde con ésta, pues debe de ser una copia fiel, literal; más lo anormal sería que ambas escrituras, matriz y testimonio, fueran discordantes y para probar esta discordancia, así como para probar alguna nulidad o falsedad en los mismos, la parte interesada puede pedir al juez o tribunal, se confronten ambos, de acuerdo al Art. 256 Pr. - que dice:

"Caso que, a petición de partes o de oficio, el Juez juzgue necesario confrontar el protocolo o libro de transcripciones con la escritura que se presenta de prueba, el Juez con su Secretario, previa citación de las partes y con señalamiento de lugar, día y hora, pasará al oficio del cartulario a confrontarla, poniendo

escrupulosamente el resultado de la confrontación. Lo mismo practicaré por exhorto si la diligencia hubiere de evacuarse en otra jurisdicción; más en circunstancias particulares en que las Cámaras de Justicia crean indispensable, para fallar con acierto, la inspección ocular del protocolo y confrontación con la escritura, proveerán la presentación de dicho protocolo o libro de transcripciones, con las precauciones debidas para evitar su extravío o alteración."

Pero lo último, como ya dijimos, constituye la excepción a la regla. En adelante al hablar de ESCRITURA PUBLICA, lo haremos tomando en cuenta las consideraciones anteriores.

Plena fe o Plena Prueba

La escritura pública hace plena fe o plena prueba. Quiere lo anterior significar que por sí sola basta para acreditar el hecho a que se refiere, sin que sea necesario el auxilio de otros medios para que produzca la convicción dicha; pero lo anterior no significa desde ningún punto de vista que la plena fe no se pueda impugnar por otros medios de prueba. No! Por el contrario, ésta puede ser desvirtuada por otros medios probatorios como adelante lo veremos.

El Código Civil, distingue el valor probatorio de la escritura entre las partes y terceros, por una parte, y el valor probatorio en cuanto al otorgamiento del instrumento, a su fecha y a la verdad de las declaraciones que contiene.

Valor Probatorio entre las partes

"Art. 1571 C. El instrumento público hace fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. EN ESTA PARTE NO HACE PLENA FE, SINO CONTRA LOS DECLARANTES."

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

Así en un instrumento o escritura pública se acredita que se otorgó en tal fecha, que comparecieron tales personas, etc., etc.

En cuanto a las declaraciones en el contenidas, -- hay que distinguir, como ya lo viéramos anteriormente, las declara-

ciones que hace el notario o funcionario autorizante de hechos por él comprobados, o percibidos por sus propios sentidos y que hacen plena fe o plena prueba, como lo sería el caso de que el vendedor en un contrato de compraventa recibió el precio de la venta en su presencia, de que se cercioró de la identidad de los comparecientes por medio de sus cédulas respectivas, las cuales tuvo a la vista; de las declaraciones que el notario o funcionario hace confiando en lo que le manifiestan las partes y que no constituyen plena prueba.

Declaraciones de las Partes

De acuerdo al Art. 1571 C., el instrumento o escritura pública no hace plena fe en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho; sino contra los declarantes. En este punto hay que distinguir entre la formulación de las declaraciones y la veracidad de los mismos.

Hace plena prueba, el hecho de que el notario manifieste que las partes u otorgantes le manifestaron esto y lo otro, pues es un hecho comprobado por él mismo.

En cuanto a la veracidad de lo declarado por los otorgantes, o sea la sinceridad de esas declaraciones, hay que distinguir entre las disposiciones dispositivas y las meramente enunciativas.

En cuanto a las Declaraciones Dispositivas

Conforme el Art. 1571 C., el instrumento no hace fe de la verdad de las declaraciones dispositivas, que son como hemos visto los que son objeto del acto o contrato; quiere esto significar que no garantiza la sinceridad de dichas declaraciones, -- más aunque dichas disposiciones no hacen plena fe, SE PRESUMEN verdaderos de acuerdo con las reglas del "onus probandi", o carga de la prueba, lo normal se presume, y lo anormal debe de probarse, y en estos casos constituye lo normal que el contenido de las declaraciones que hacen los otorgantes sea sincero y no falso, sin embargo, puede probarse la falsedad de los mismos por los medios generales de prueba.

En cuanto a las Disposiciones Enunciativas

Las declaraciones enunciativas, ya lo vimos, son las que hacen los otorgantes o partes en el otorgamiento de un acto o contrato, y que no constituyen objeto del mismo. Con respecto a éstos, el instrumento también hace plena prueba en cuanto al hecho de haber sido formulado, pero por regla general, no constituyen plena prueba acerca de la sinceridad de los mismos, y NI AUN SE PRESUME esta sinceridad.

Por excepción, hay cierta clase de declaraciones enunciativas, que aunque no están investidas de plena fe en cuanto a la sinceridad de los mismos, SI SE PRESUMEN SINCERAS O VERDADES--

RAS, y estas son las que están íntimamente relacionadas con lo dispositivo del acto o contrato. Así el Art. 1577 C., dice: "El instrumento público o privado hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato." Así una declaración enunciativa de esta clase sería la que el funcionario consigna que le manifestaron las partes, que el precio de una compraventa se pagó anticipadamente.

Valor probatorio respecto de terceros

La escritura o instrumento público hace plena fe respecto a terceros, conforme al Art. 1571 C., ya transcrito, en cuanto a su otorgamiento (comparecencia, fecha, lugar), y en cuanto a la formulación de las declaraciones que hacen los otorgantes. - En lo que respecta a las declaraciones dispositivas, NO HACEN PLENA PRUEBA, aunque sí SE PRESUMEN VERDADERAS, conforme a las reglas del "onus probandi", esto significa que pueden destruirse con prueba aportada en contrario, conforme a los principios generales de la prueba. Pero mientras tanto, los terceros deben partir de la base de que las mencionadas declaraciones son verdaderas.

En cuanto a las Declaraciones Enunciativas

Estas declaraciones no constituyen plena prueba y tampoco se presume su veracidad; pero con respecto a la sinceridad de los enunciativos en relación con lo dispositivo del acto o contrato. El chileno don Víctor Santa Cruz S., en su estudio "El instrumento público", nos dice refiriéndose al Art. 1706 del Código Civil Chileno, equivalente al 1577 de nuestro Código Civil, opi--nión que transcribimos íntegra por considerarla aplicable a nues--tra manera de pensar: "Ya lo vimos: las enunciativas que se rela--cionan directamente con las declaraciones dispositivas, se presu--men, al igual que éstas, ser sinceras o verdaderas entre las par--tes. Existe igual presunción frente a terceros."

El Código sólo se refiere a las partes y con eso da a entender que excluye a terceros. Sin embargo, esto tiene una explicación: el artículo 1706 - 1577 C. ha copiado al artículo --- 1320 del Código Francés, que sólo se refiere a las partes, mante--niendo la ya anotada confusión del efecto obligatorio con el efec--to probatorio. Pese al texto del artículo 1706 ó 1577, sostenemos, dice Santa Cruz, que las declaraciones enunciativas que se relacio--nan directamente con las dispositivas se presumen sinceras o verda--deras, tanto entre las partes como frente a terceros. En efecto, si las reglas del "onus probandi" llevan a presumir sinceras o ver--daderas las declaraciones de voluntad o dispositivas, si hay enun--ciativas que tienen íntima e indestructible unión con dichas decla--raciones dispositivas. Cómo nopresumir también verdaderas estas -enunciativas? Ellas se incorporan a la declaración dispositiva, -están unidas con ella, le imprimen carácter, la presunción de ver--dad que ampara a las dispositivas debe amparar también a la enun--ciativa. Y esta presunción de verdad que existe indudablemente entre las partes debe existir también para terceros. Lo que se tie-

ne por verdadero para unos no puede tenerse por falso para otros. - De otro modo, concluiríamos que para las partes el acto o contrato se prueba íntegro, con el carácter y modalidades que le impriman -- las enunciativas, y en cambio, para terceros, el instrumento probaría un acto distinto, sin ese carácter, sin esas modalidades que -- le imprimen las enunciativas, y esto sería absurdo. (1)

Impugnación de las Escrituras Públicas

Se entiende por impugnación de un instrumento público la refutación que de él se hace y que va destinada a destruir su fe probatoria. El instrumento público según Alessandri-Somarriva, puede impugnarse por vía de NULIDAD y por vía de FALSEDAD o falta de autenticidad. (2)

Nulidad

Salvat, al hablar de la nulidad nos dice: "Que un acto público está afectado de nulidad cuando la ley, en virtud de causas existentes desde el origen mismo del acto le priva de los efectos que regularmente debía producir." (3)

El Código Civil prescribe ciertas reglas para la validez o invalidez de los actos o contratos, los cuales pueden y deben aplicarse en cuanto a la validez o nulidad de los instrumentos o escrituras públicas, salvo cuando la Ley de Notariado -Art. 34- prescriba otra sanción que no sea la nulidad. Así el Art. 1551 C., dice: "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes." "La nulidad puede ser absoluta o relativa."

El inc. 1º del Art. 1552 C., dice: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas."

La nulidad puede referirse: a) al funcionario autorizante; y b) al instrumento mismo.

a) Es nulo el acto o contrato a que se refiere el instrumento cuando el funcionario autorizante no lo es en realidad, como cuando es nulo su nombramiento, o cuando el funcionario es incompetente por razón del territorio, así podría impugnarse de nulidad un testamento solemne otorgado ante un juez de Primera Instancia en otro lugar distinto al de su jurisdicción.

Es nulo asimismo todo acto o contrato autorizado -

(1) Citado por Alessandri-Somarriva, ob. cit. Tomo I, Vol. II, pg.3

(2) Ob. cit. Tomo I, Vol. II, pg. 40

(3) Citado por J. W. Mustápic, ob. cit. Tomo I, pg. 445

por funcionario incompetente, cuando de este resulta 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. Art. 9 Ley de Notariado.

b) Nulidad que se refiere al acto mismo. Aplicado el Art. 1552 C., anteriormente transcrito, la omisión de cualquier requisito o formalidad que debe llevar el instrumento público trae aparejada la nulidad del mismo. Así por ejemplo, es nulo el instrumento o escritura a la cual falta la firma de los otorgantes, o de los testigos en el caso de que comparezcan.

Sin embargo no existe o no puede alegarse nulidad cuando la ley expresamente establece que la omisión no produce nulidad, como sería por ejemplo que no se consigne expresamente en el instrumento la lectura del mismo por el notario.

Pruebas de la Nulidad

Los hechos que dan motivo a la nulidad del acto o contrato contenido en el instrumento por las razones ya vistas, -- pueden probarse por cualquier medio legal de prueba, inclusive el de los testigos, pues las limitaciones que en el Código Civil se establecen (Arts. 1579 a 1582 C.) se refieren a la prueba de los ACTOS y CONTRATOS y en el caso de que nos ocupamos se refiere a -- simples hechos materiales.

Impugnación por falsedad o falta de autenticidad

Un instrumento público puede ser asimismo impugnado por ser falso, o sea por: a) no haber sido autorizado por el -- funcionario que se indica; b) por no haber sido otorgado por las -- partes que en él aparecen; y c) por haberse alterado las declaraciones que las partes hacen en él.

En estos casos puede impugnarse la autenticidad -- del mismo y puede perfectamente hacerse por cualquier medio de --- prueba admitido por nuestras leyes como lo serían el cotejo de letras, testigos, confesión de parte. presunciones, informes de peritos, etc.

En el caso de presentar testigos, para demostrar la falsedad de un instrumento o escritura pública, se necesitan -- por lo menos CUATRO TESTIGOS idóneos conforme le ley. Art. 321 -- inc. 2º Pr.

Protocolizaciones

La protocolización es la incorporación literal a los libros de Protocolo de los documentos privados y auténticos, -- con las formalidades legales. El Art. 55 Ley de Notariado dice:

"Art. 55. Podrán protocolizarse:

- 1º Los instrumentos públicos o auténticos;
- 2º Los documentos o diligencias cuya protocolización se ordene por ley o por resolución de tribunal competente. En estos casos el notario actuará por sí y ante sí;
- 3º Los documentos y otros papeles de carácter privado con firmas previamente legalizadas, para lo cual bastará la comparecencia de la persona a cuyo favor se otorgó o estuviere dirigido;
- 4º Los documentos o papeles privados sin legalización de firma, concurriendo todos los que los suscriben."

Las protocolizaciones deberán hacerse con observancia de las formalidades de los instrumentos públicos, transcribiendo íntegramente el documento de que se trata, debiendo hacer constar la concordancia de la transcripción con el original. Después de protocolizado el documento se devolverá al interesado con una razón firmada y sellada por el funcionario, indicativa del número del instrumento, folios, libro en que quedó asentado, o se agregará al legajo de anexos, a conveniencia de los interesados, poniendo en el último caso en el instrumento o escritura de protocolización, una razón en la que se haga mención de esta circunstancia. Arts. 56 y 57 Ley de Notariado.

Valor probatorio

El valor probatorio de los documentos protocolizados, cuando son instrumentos privados no tienen más fuerza que la que tenían por sí, a menos que la misma se haga con el consentimiento expreso de la parte contraria, pues en ese caso, adquieren la fuerza que tienen los registros de los libros de Protocolo, es decir que hacen PLENA PRUEBA y se rigen por las reglas de la prueba de los documentos públicos que ya viéramos anteriormente.

Fecha de adquisición del carácter de instrumento público

La fecha de la adquisición del carácter de público del instrumento privado protocolizado, es desde el momento de su incorporación en el registro o libro de protocolo correspondiente, aunque, para las partes concurrentes al acto, los efectos se retrotraen al momento de la firma del instrumento privado, así por ejemplo, un documento de mutuo suscrito privadamente en el cual consta que A es en deber a B cantidad de colones, y ambas partes ocurren al notario a fin de protocolizarlo, la fecha de adquisición de la categoría de instrumento público, será esta última, pero sus efectos se tetrotraerán a la fecha de la convención privada, no ocurre lo mismo con los terceros, pues los documentos privados, protocolizados o mandados a protocolizar, no surten sus efectos para con estos, sino desde la fecha de la protocolización de acuerdo al Art.

1574 C.

"Art. 1574. La fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de terceros sino -- desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que haya tomado razón de él o le haya inventariado un funcionario competente, en el carácter de tal."

d) CONTRAESCRITURAS

"Art. 1578 C. 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 contraescritura."

Acepciones de la palabra contraescritura

En sentido lato, se entiende por contraescritura "todo instrumento público o privado otorgado por las partes para alterar, modificar o derogar en todo o parte lo expresado por ellos mismos en otro instrumento." Estricto sensu, es contraescritura "todo escrito destinado a permanecer secreto entre las partes y que contradice a otro realizado entre ellos de una manera ostensible." (1)

Las características de las contraescrituras tomadas en sentido estricto, son las siguientes:

1) Su objeto es verificar la simulación total o parcial de un acto OSTENSIBLE;

2) La contraescritura no expresa una nueva convención. Es decir que forma un solo todo con el acto aparente. Por consiguiente, "no habría contraescrituras en un acto adicional, me diante el cual las partes cambiaran o modificaran un acto sincero

(1) Alessandri-Somarriva, ob. cit. Tomo I, Vol. II, pg. 56

y serio celebrado anteriormente por ellas, dice Bavdry-Lacantine--rie. (1)

3) La contraescritura debe ser clandestina, y no desaparece la clandestinidad por el hecho de que se haya hecho por escritura pública, pues bien podrían las partes exhibir a los terceros la escritura y guardarse de mostrar la contradscritura.

En nuestra ley está tomado en sentido lato o en sentido estricto?

Don Arturo Alessandri Rodríguez, comentando el -- Art. 1707 del Código Civil chileno, que es exactamente igual al -- 1574 C. nuestro, dice: "Que la palabra contraescritura está tomada en su sentido amplio, pues el dicho artículo no ha restringido su alcance y habla de toda escritura privada y contraescritura pública destinada a ALTERAR lo pactado en otra. Luego, quedan incluí-- dos en el concepto de contraescritura toda escritura o instrumento en que las partes modifiquen en todo o parte en sus elementos esen ciales o accidentales, los contratos celebrados, sea para dejarlos totalmente sin efecto, sea simplemente para introducir modificaci^o nes sustanciales o en detalle." (2)

Otros tratadistas dicen que el artículo en comento refiriéndose al Código Chileno, se refiere al concepto estricto de la contraescritura, que implica la idea de SIMULACION. Creemos por nuestra parte que es en este último sentido que debe entenderse en nuestro Código el concepto de contraescritura, pues entendemos que el espíritu del legislador chileno y del español, Francisco García Goyena en su proyecto inédito del Código Civil Español, que fue de donde don Andrés Bello tomó y transcribió íntegro el artículo en mención, fue la de prevenir fraudes, o sea que las con traescrituras, y sobre todo cuando se hacen al tiempo mismo de con traída la obligación, encierran intención culpable de engañar a -- terceros por un acto aparentemente serio." (3)

Clases de Contraescrituras

Pueden ser instrumentos públicos o privados. La escritura que se altera, puede ser asimismo pública o privada.

Efecto de la Contraescritura entre las partes

Éstos surten plenos efectos entre las partes, pues según el Art. 1416 C., todo contrato legalmente celebrado es obliga torio para los contratantes.

En relación al valor probatorio, ambos lo tienen - por igual entre las partes, prevaleciendo la contraescritura pues -

(1) Citado por Alessandri-Somarriva, ob. cit. Tomo I, Vol. II, pg. 58

(2) Alessandri-Somarriva; ob. cit. Tomo I, Vol. II, pg. 59

(3) Florencio García Goyena, citado por Alessandri-Somarriva, ob. cit. Tomo I, Vol. II, pg. 59

es posterior y es la que de acuerdo a la ley debe tomarse como valedera.

Efectos con respecto a terceros

Las escrituras públicas y privadas, de las cuales no se ha tomado la razón mencionada en el Art. 1574, NO PRODUCEN EFECTO ALGUNO CONTRA TERCEROS.

Hacen notar los tratadistas que el concepto de terceros no puede referirse a los terceros ABSOLUTOS, puesto que para estos no sería necesario el consignarlo en una disposición especial, ya que de acuerdo a la relatividad de las convenciones, aún hasta la misma escritura OSTENSIBLE les es INOPONIBLE. Se refiere a los terceros interesados en invocar las disposiciones del acto ostensible, es decir los terceros que derivan sus derechos de las partes.

e) COMPULSAS

Concepto. Compulsar es, dice don Eduardo Pallarés, examinar dos o más documentos para verificar la autenticidad o exactitud de cada uno de ellos. (1)

Con Joaquín Escriche, por su parte nos dice que -- "compulsa es la copia, trasunto o ejemplar de alguna escritura, instrumento o autos, sacado judicialmente y cotejado con su original." (2)

Nuestra ley. En el Código de Procedimientos Civiles, no encontramos una definición de compulsas, pero si debemos entender que lo toma en un sentido amplio, y así se entiende por compulsas, tanto la CONFRONTACION o COTEJO de documentos, como la copia que se saca de un proceso o instrumento distinto.

En el primer caso, se refiere a los documentos que se presentan con la demanda o su contestación, o se presentan en el término de prueba. En ambos casos puede la parte o interesado presentar los documentos originales para que se copien, se certifique la copia y se agregue con las formalidades legales al juicio, o presentar a la vez los documentos originales y su copia para que se tome razón y se agregue la copia con las formalidades legales.

En el segundo caso, que es la COMPULSA PROPIAMENTE DICHA, y tiene lugar cuando se pide al tribunal, que de un proceso o tribunal distinto donde se encuentra agregada la escritura original o testimonio (el testimonio o escritura pública y cualquier otra copia o testimonio, como los llama respectivamente la Ley de Notariado) mande el Juez o tribunal a sacar una copia, para agregarla al proceso con las formalidades legales.

(1) Ob. cit. pg. 146

(2) Ob. cit. pg. 474

El Art. 271 Pr., contempla ambos casos y así dice:

"Cuando en el término de prueba se pida la compulsas de algún proceso o instrumento, se mandará librar, previa citación contraria.

Ya sea en este caso o en el del artículo anterior, la parte que pretendiere la toma de razón de documentos que ella misma presentare, podrá acompañar, en el papel correspondiente, una copia clara y exacta de los mismos, que se confrontará y agregará a los autos con las formalidades de ley. Si la parte interesada en esa compulsas no lo hiciere así y no presentare oportunamente el papel necesario para dicha copia, se agregarán originales a la causa mientras aquel se suministra; pudiendo en tal caso pedirse la compulsas y desglose de dichos atestados, en cualquier tiempo por el respectivo interesado. Si se tratare de algún proceso o instrumento no acumulable por su naturaleza o porque exista en otra oficina pública, podrá asimismo la parte proveer de escribiente apto para que la confrontación pueda hacerse en el día y hora señalados; pero sin que ello sea motivo para que el Juez interrumpa el curso del procedimiento por la falta de compulsas exigida."

Como claramente puede verse, en el primer inciso y en la primera parte del segundo, se refiere al caso de los documentos presentados en el juicio, y en la segunda parte del inciso segundo se refiere al caso del instrumento (o proceso) que se encuentre en otro juicio o tribunal.

Valor Probatorio. Las copias o testimonios compulsados de orden del Juez o Tribunal, previo señalamiento de día y hora y con citación contraria, HACEN PLENA PRUEBA, de acuerdo a los Arts. 258, -- 272 y 273 Pr., que respectivamente dicen:

"Art. 258. Las escrituras públicas y los testimonios sacados de ellas por autoridad de Juez competente y con citación contraria, hacen plena prueba. C. 1571 y 1577."

"Art. 272. Los testimonios compulsados de orden del Juez y con citación contraria, hacen fe como se ha dicho; pero si existe la escritura original, puede siempre exigirse la presentación de ésta y cotejo con el testimonio a solicitud de parte, siempre que sea posible a juicio discrecional del Juez."

"Art. 273. Cuando la escritura original no exista, los testimonios compulsados de la manera --

ya dicha hacen plena fe, pudiendo cotejarse con el protocolo o libro de transcripciones a solicitud de parte y de la manera prevenida en el artículo 256."

Asímismo hace fe para probar los gravámenes, obligaciones o exoneración de los mismos los traslados o copias que de orden del juez, y con señalamiento de día y hora y citación contraria, se saque o se copie del Registro de Hipotecas o de cualquier otro Registro público, comprobación de la pérdida casual del Libro de Protocolo, del de transcripciones (esto último derogado por el Art. Ley de Notariado) y de la escritura pública, conforme el Art. 276 -- Pr. que dice así:

"Art. 276. Comprobada plenamente la pérdida casual del protocolo, del libro de transcripciones y de la escritura original, y no habiendo -- ningún testimonio legalizado, hará fe para probar el gravamen, obligación o exoneración, cualquier traslado que, previa citación contraria y decreto judicial, se compulse del registro o toma de razón de la Notaría de Hipotecas, o de --- cualquier otro registro público."

También hacen PLENA PRUEBA los testimonios o traslados sacados sin citación de parte y decreto judicial en los casos en que se hace necesario, o sea cuando la escritura es de aquellas que dan acción para cobrar una cosa o deuda cuantas veces se presente. - (Art. 43 inc. últ. Ley de Notariado) en los casos contemplados por el Art. 274 Pr. que dice así:

"Art. 274. Los testimonios o copias que se han sacado sin citación de parte y decreto judicial en los casos necesarios ya del protocolo, del libro de transcripciones ó de la escritura original, por el mismo Juez o escribano ante quien se otorgó la escritura o por el Secretario del Supremo Tribunal de Justicia, harán fe en los casos siguientes:

1º Si la parte contra quien se oponen nada rearguye contra ellos, desde que se presentan en juicio hasta la sentencia;

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

LA ESCRITURA PUBLICA

CAPITULO I

INTRODUCCION

- A Generalidades sobre las pruebas
- B Estudio del instrumento en general
- C Breve desarrollo histórico de los instrumentos

CAPITULO II

- A Breve estudio de las distintas clases de instrumentos en la Doctrina
- B Breve estudio de las distintas clases de instrumentos en la Legislación Patria

CAPITULO III

- A Estudio doctrinal de la escritura pública. Conceptos
- B La escritura pública en la Legislación Positiva
 - a) Escritura matriz. Forma y contenido
 - b) La escritura pública. Forma y contenido
 - c) Escritura matriz y escritura pública. Valor probatorio de cada una de ellas
 - d) Contraescrituras
 - e) Compulsas

BIBLIOGRAFIA

- I TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE DERECHO NOTARIAL
José María Mustápic, Tomos I y II
- II ELEMENTOS DE DERECHO NOTARIAL
José María Mengual y Mengual, Tomos I, II y III, ed.1933
- III DICCIONARIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA
Joaquín Escriche, nueva edición, año 1912
- IV DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA
Real Academia de la Lengua, décimo novena edición, 1970
- V DERECHO Y PRACTICA NOTARIAL
Tesis Dr. Santiago Picardo Martínez,
Universidad de El Salvador, 1961
- VI LOS INSTRUMENTOS NOTARIALES
Tesis Dr. Juan Antonio López Ibarra,
Universidad de El Salvador
- VII FORMULARIO DE CARTULACION
Dr. Angel Góchez Marín, año 1970
- VIII CURSO DE DERECHO CIVIL
Manuel Somarriva U., y Arturo Alessandri R.
Tomo I, Vol. II, Parte General.
- IX DE LAS PRUEBAS EN DERECHO CIVIL Y EN DERECHO PENAL
Eduardo Bonnier,
Tomos I y II, 5a. edición francesa, año 1928
- X DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL
Eduardo Pallarés, IX edición.
- XI CONSTITUCION Y CODIGOS DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR,
Edición 1967