

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DERECHO

**LA NECESIDAD DE MODIFICAR LA LEY DEL NOTARIADO DEL 5 DE
MARZO DE 1858, CON RELACIÓN A LOS TESTIGOS
INSTRUMENTALES Y DE CONOCIMIENTO**

MONOGRAFÍA

Presentada por optar al título de licenciatura en Derecho

Modalidad: PETAENG gestión 2010

Postulante: ANASTASIO MAMANI MAMANI

Tutor: Dr. JUAN ALBERTO RETAMOZO

La Paz Bolivia

NOVIEMBRE 2011

DEDICATORIA

En memoria de mis señores padres:

Don Antonio Mamani Paco

Valentina Mamani

AGRADECIMIENTO

Expreso mi sentido reconocimiento al Dr. Juan Alberto Retamozo, quién con su valiosa orientación, guió la elaboración del presente trabajo.

También agradezco a todos los docentes y compañeros universitarios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas que me formaron, educaron y prepararon para la vida profesional y humana.

ÍNDICE

PRÓLOGO	6
1. INTRODUCCIÓN	9
2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	11
3. PROBLEMATIZACIÓN	13
4. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS	13
OBJETIVOS GENERALES	13
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	14
5. ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN	14
TIPO DE INVESTIGACIÓN	14
DELIMITACIÓN TEMÁTICA	15
DELIMITACIÓN TEMPORAL	15
DELIMITACIÓN ESPACIAL	15
6. MARCO DE REFERENCIA	15
6.1. MARCO HISTÓRICO	15
6.1.1. ANTIGÜEDAD	15
6.1.2. EDAD MEDIA	19
6.1.3. EDAD MODERNA	23
6.1.4. LOS NOTARIOS DE FE PÚBLICA EN LA HISTORIA DE BOLIVIA	25
7. MARCO TEÓRICO	28
7.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL FORMALISMO EN EL DERECHO	28

7.2.	VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LAS FORMAS EN EL DERECHO MODERNO	29
7.3.	CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SUS FORMAS	30
7.4.	LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS	33
7.5.	TEORÍAS SOBRE EL DERECHO NOTARIAL	36
7.6.	MARCO CONCEPTUAL	40
7.7.	MARCO JURÍDICO	44
8.	DISEÑO METODOLÓGICO	48
8.1.	MÉTODOS GENERALES	48
8.2.	MÉTODOS ESPECÍFICOS	49
8.3.	TÉCNICAS	49
8.4.	INSTRUMENTOS	50
 CAPITULO I		
LA FUNCIÓN Y LA FE PÚBLICA NOTARIAL		51
1.	LA FUNCIÓN NOTARIAL	51
1.1.	CONCEPTO	51
1.2.	MEDIOS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL	53
1.3.	PRINCIPIOS DEL DERECHO NOTARIAL COMO DISCIPLINA JURÍDICA INDEPENDIENTE	54
1.4.	AGENTE DE LA FUNCIÓN NOTARIAL (EL NOTARIO)	56
1.5.	REQUISITOS PARA LA DESIGNACIÓN DE NOTARIO	58
2.-	FE PÚBLICA	66
2.1.	FUNDAMENTO Y NECESIDAD DE LA FE PÚBLICA	67
2.2.	DIVISIÓN DE LA FE PÚBLICA	67

2.3.	FASES DE INTEGRACIÓN DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL	68
2.4.	FUNCIÓN DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL	69
2.5.	CARÁCTER CIVILISTA DEL DERECHO NOTARIAL	69
CAPÍTULO II		
EL INSTRUMENTO PÚBLICO EN FUNCIÓN NOTARIAL		70
1.	LA ESCRITURA PÚBLICA	70
2.	ESTRUCTURA DE LA ESCRITURA PÚBLICA	71
3.	PLANOS DE LA ESCRITURA PÚBLICA	82
CAPÍTULO III		
LOS SUJETOS DEL INSTRUMENTO PÚBLICO		84
1.	EL OTORGANTE	84
1.1.	SUJETO. PARTE. CONCURRENTE	85
1.2.	NEGOCIO E INSTRUMENTO	85
1.3.	IDENTIFICACIÓN Y FE DE CONOCIMIENTO	86
1.4.	PERSONAS JURÍDICAS	87
1.5.	NATURALEZA DE LA PERSONA JURÍDICA	88
2.	TESTIGOS INSTRUMENTALES	89
2.1.	DEFINICIÓN	89
2.2.	CLASES DE TESTIGOS	90
2.3.	CARÁCTER DE SU INTERVENCIÓN	90
2.4.	CAPACIDAD	91
2.5.	CLASIFICACIÓN	92
2.6.	DOCTRINA	92
2.7.	SOBRE LA NECESIDAD TESTIFICAL	92

2.8. DECLINACIÓN DEL TESTIGO Y PROSPERIDAD DEL DOCUMENTO NOTARIAL	95
2.9. DECLINACIÓN DEL TESTIGO Y PROSPERIDAD DEL DOCUMENTO NOTARIAL CON RELACIÓN AL VALOR PROBATORIO	96

CAPITULO IV

JUSTIFICATIVOS PARA LA MODIFICACIÓN EN CUANTO

A LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES Y DE CONOCIMIENTO

EN LA ESCRITURACIÓN NOTARIAL	97
1. CARÁCTER DE SU INTERVENCIÓN	102
2. TESTIGOS DE CONOCIMIENTO	105
3. NUESTRA REALIDAD NACIONAL	106
4. MODIFICACIÓN.....	109

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES.....	111
ANTEPROYECTO DE LEY MODIFICATORIA	116
1. CONCLUSIONES	111
2. ANTEPROYECTO DE LEY MODIFICATORIA A LA LEY DEL NOTARIADO DE 5 DE MARZO DE 1858	116
3. BIBLIOGRAFÍA.....	118

LA NECESIDAD DE MODIFICAR LA LEY DEL NOTARIADO DEL 5 DE MARZO DE 1858, CON RELACIÓN A LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES Y DE CONOCIMIENTO

PROLOGO

Durante mis estudios superiores en la Carrera de Derecho obtuve una serie de conocimientos jurídicos, habilidades, destrezas, aptitudes y valores que contribuyeron a mi formación integral en éste apasionante campo de las Ciencias Sociales; luego de haber transcurrido los años y habiendo culminado satisfactoriamente mis estudios, nació el firme deseo de realizar un trabajo de investigación con el cual pueda contribuir y por tanto aportar en la permanente transformación del ordenamiento jurídico actual.

Esta tarea no fue fácil, porque a veces la fuerza de voluntad se interrumpe por diversos factores, pero cuando se recuerda el ímpetu y la vocación con la que comenzamos la Carrera, renace en lo más íntimo el interés de superar cualquier obstáculo con la premisa de que la abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia.

Mi humilde deseo es que el presente trabajo de investigación se constituya en un aporte a la sociedad boliviana y en particular a todos aquellos que se interesen en el estudio del Derecho como Ciencia Social: abogados, egresados de derecho y estudiantes; que sirva para que se pueda actualizar el ordenamiento jurídico vigente, mejorando las leyes en actual aplicación adecuándonos a las nuevas realidades en el país y a las necesidades que enfrentamos en un mundo cada vez más dinámico y competitivo.

1. INTRODUCCIÓN

El fin del Derecho es resolver en justicia la relación jurídica en el marco de la aplicación de la norma justa. Esa relación entre el Derecho y la norma se mantiene en el ámbito socio jurídico donde se insertan como expresión de la vida jurídica, en cuyo campo vital se desenvuelve la actividad del Notario.

La función notarial consiste en autenticar o legalizar lo que el Notario ve, oye y percibe por sus sentidos "de viso et auditu", tanto en la estructura de forma y de fondo de la escritura, como en el terreno de los hechos plasmados en actas. La seguridad de los actos y negocios jurídicos se materializa por la intervención del Notario; actuación que se objetiviza en el campo documental y es exclusiva de éste. La labor del Notario por tanto se encuadra en su autoridad fedataria, que es una función pública, en relación al acto que se realiza en su presencia, en el marco de la legalidad calificada por el Notario y de los actos y circunstancias del contenido del documento, en cuya estructura deberán incorporarse los requisitos exigidos para su autorización, cumplidos los cuales, el fedatario determinará y certificará la legalidad del acto jurídico contenido del documento público.

En el campo de la seguridad jurídica notarial no vale solamente el instrumento, sino que el acto jurídico que lo genera debe estar acompañado de las funciones que realiza el Notario en torno a elaboración del documento.

Así tenemos la aprehensión que hace el Notario de las declaraciones de voluntad de las partes, en su capacidad, su licitud.

Por otro lado, los hechos y actos jurídicos son el contenido material de todo instrumento público, que por esta cualidad expresa una manifestación de voluntad, una adhesión de consentimiento o una relación de hechos relevantes. En esa perspectiva es dable percibir en el instrumento la concurrencia de dos planos relacionados entre sí: el plano del negocio y el plano del instrumento.

El plano del negocio está referido al derecho material, es decir, que cuando el análisis capta a las personas del instrumento público, surgen los conceptos de otorgantes y testigos.

El otorgante o compareciente es la persona que interviene como sujeto en el instrumento público, en acto de comparecencia física, pudiendo tener o no tener la calidad de parte en el negocio que se instrumenta, puesto que tal comparecencia puede darse por representación, en cuyo caso el apoderado o representante actúa sólo con fines de prestación del consentimiento en el instrumento.

Por otro lado, en el campo notarial el testigo es la persona que debe concurrir a la celebración de ciertos actos jurídicos, en los casos señalados por la ley o requeridos por los particulares para solemnidad de dichos actos y poder dar fe y servir de prueba.

En los instrumentos o documentos notariales, testigo es el que firma junto al Notario para dar solemnidad al acto y aseverar así el hecho y su contenido.

La presencia testifical en la otorgación del instrumento notarial se ha vuelto, en los tiempos que corren un tema controvertido, sin embargo en nuestra legislación los artículos 17, 21, 22 in fine y 25 de la Ley del Notariado determinan que en la otorgación de las escrituras públicas deben participar necesariamente los testigos instrumentales y los de conocimiento quienes son los que presencian el acto de la lectura, consentimiento, firma y autorización de una escritura pública, aseverando con su firma en el instrumento la veracidad del relato notarial.

Según una fuerte corriente doctrinaria que desarrollaremos a lo largo de la monografía los testigos instrumentales son innecesarios en la otorgación de las escrituras públicas porque no son ellos sino el Notario quien les puede dar el carácter de públicos; por lo demás, en el terreno de la fe pública, los testigos no intervienen sino por vía de solemnidad. Por otro lado, el valor instrumental de los testigos se determina porque si bien no ha llegado a ser una ficción, ha sido, al menos en muchos casos, un requisito cumplido en serie por verdaderos profesionales de la testificación.

En nuestro medio lamentablemente la intervención de los testigos instrumentales han derivado en un verdadero anacronismo que en nada justifica su participación en el instrumento notarial, porque se trata generalmente de sujetos remunerados por el Notario que aparecen ocasionalmente en la Notaría y cuya actuación nada tiene que ver con el otorgamiento de la escritura.

Por si fuere poco, muchos notarios, especialmente los antiguos han ido otorgando una serie de documentos públicos sin la intervención de los mencionados testigos, de tal forma que cuando se solicita un duplicado surgen una serie de problemas que deben ser resueltos por los interesados a través de una serie de largos procesos judiciales que giran en torno a personas a quienes ni siquiera se conoce, aspectos que justifican nuestra propuesta.

2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

La mayoría de los tratadistas han llegado a la conclusión de que los testigos asistentes al acto instrumental, pese a su contacto con las partes y el Notario y aun al conocimiento directo del negocio jurídico, no son más que agentes pasivos de pura comprobación de la otorgación del acto, que solo oyen las declaraciones de las partes y la lectura del instrumento por el oficial público y asimismo escrutan a los circunstantes con el objeto de formarse en último análisis y con clara visión un exacto juicio del acto del cual son espectadores, sin embargo es necesario que se impongan del fin que sigue el curso del proceso instrumental, no solamente observen lo actuado, sino que sepan entender, interpretar, y que no estén presentes solamente para tener únicamente un recuerdo vivo de su presencia al acto, sino que es necesario que sepan traducir la noción exacta de lo que el acto importa, para ello se requieren que sean idóneos.

De lo anterior se colige que, los testigos instrumentales son entes pasivos, en todo caso su actividad radica en el hecho de suscribir en unidad de tiempo y acción con las partes y el Notario el acto que oyeron y percibieron (*auditu et suis sensibus*).

Si se mantuvieran a los testigos instrumentales y de conocimiento en los actos notariales, el Notario quedaría reducido a un mero custodio de los documentos que se hallan en su archivo y en tal supuesto solo podrá dar certificación de ellos, pero no de lo notarial, en suma se propugna la supresión de los testigos, porque como sabemos la "Fe Pública Notarial", es indivisible.

El tratadista Fernández Casado comparte la tesis de la supresión de los testigos y dice "que los testigos son innecesarios en los instrumentos públicos, porque no son ellos sino el Notario quien

les puede dar tal carácter de públicos", por lo demás aclara que los testigos no intervienen por vía de prueba, sino de solemnidad .¹

Es más existen autores que dicen que la intervención de los testigos en el protocolo atenta contra la naturaleza secreta de este, con buen criterio la ley de 1 de abril de 1.939 de España, ha dado un gran paso en la supresión de los testigos en los instrumentos públicos, porque no son necesarios y que generalmente los testigos son firmantes que no conocen el contenido del acto, casi siempre son agentes retribuidos al servicio del Notario.

Nuestra legislación desde hace 153 años nos impone por imperio del art. 21 de que si los otorgantes no son conocidos del Notario, este recurrirá a dos testigos del lugar para que certifiquen sobre su identidad en calidad de testigos de conocimiento, minimizando la responsabilidad del Notario sobre la obligación que tiene de dar fe de conocimiento o de identificación.

Por otro Lado, nuestra legislación en la forma como se la promulgo, está redactada con la incorporación de los testigos de conocimiento, dando lugar si se mantiene a la existencia de dos tipos de escrituras: 1) una plena, intachable, perfecta, solamente denunciabile de falsedad y 2) otra de categoría inferior eventualmente discutible, que no da certeza en grado de seguridad, en que los contratantes sean efectivamente los que dicen ser, toda vez que la identificación de las partes lo hacen los testigos.

Lo más grave que ocurre en nuestro medio, es cuando el Notario, seguramente por la poca lectura, temerariamente afirma conocer y da fe de conocimiento de las partes contratantes o sujetos negociables, cuando en verdad los ha visto por primera vez y sin saber si realmente son los que dicen ser, ni recurrir siquiera a los testigos de conocimiento, porque en ningún protocolo consta esta última circunstancia, de donde resulta que el Notario es fácil presa de engaño, agravando su responsabilidad.

En mérito a lo señalado planteamos las siguientes interrogantes de investigación:

¹ GUZMÁN Farfán Saúl, Derecho Notarial y Registros Públicos, Edit. Colorgraf, Cochabamba Bolivia, pag.469.

- ¿De acuerdo a la Ley del Notariado en actual vigencia, la intervención de los testigos instrumentales y de conocimiento además de otros requisitos establecidos expresamente en dicha disposición legal forma parte de las solemnidades necesarias en la otorgación de las escrituras públicas?
- ¿Desde el punto de vista de la función notarial y la teoría del instrumento público es imprescindible la intervención de los testigos instrumentales en la otorgación de escrituras públicas?

3. PROBLEMATIZACIÓN

- La legislación notarial vigente en nuestro país establece como requisito formal en la otorgación de las escrituras públicas la intervención de los testigos instrumentales bajo alternativa de nulidad del acto, aspecto que en nuestro medio ha derivado en prácticas anacrónicas porque se trata generalmente de personas que reciben cierta remuneración a cargo del Notario, aparecen ocasionalmente y cuya actuación nada tiene que ver con el otorgamiento mismo de la escritura, con la legalidad del acto jurídico o su solemnidad y publicidad.
- Desde el punto de vista de la función notarial y la teoría del instrumento público la intervención de los testigos instrumentales en la otorgación de las escrituras públicas es innecesaria porque no son ellos sino el Notario quien les puede dar el carácter de públicos; por lo demás, en el terreno de la fe pública, los testigos no intervienen sino por vía de solemnidad.

4. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS

4.1. OBJETIVOS GENERALES

- ESTABLECER si la legislación notarial vigente en nuestro país estipula entre los requisitos de forma la imprescindible intervención de los testigos instrumentales y de conocimiento en la otorgación de las escrituras públicas, sancionando dicha omisión con la nulidad absoluta del documento.

- DEMOSTRAR que desde el punto de vista de la función notarial y la teoría del instrumento público la intervención de los testigos instrumentales y de conocimiento en la otorgación de las escrituras públicas es innecesario en la medida en que no son ellos sino el Notario quien les puede dar el carácter de públicos; por lo demás, en el terreno de la fe pública, los testigos no intervienen sino por vía de solemnidad.
- FORMULAR un Proyecto de Ley sobre modificaciones a la Ley del Notariado de 5 de marzo de 1858 en cuanto a la no participación de los testigos instrumentales y de conocimiento.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- DESCRIBIR el procedimiento notarial vigente en nuestro país sobre la otorgación, vigencia y revocación de las escrituras públicas.
- EXPLICAR cada uno de los requisitos de fondo y de forma en la otorgación de las Escrituras Públicas por parte de los Notarios de Fe Pública.
- ANALIZAR los principales problemas jurídicos derivados de la no presencia de testigos instrumentales y de conocimiento en la otorgación de escrituras ante Notarios de Fe Pública.
- EVALUAR los alcances jurídicos y eficacia de la Ley del Notariado en cuanto a la problemática planteada.

5. ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN

5.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La Monografía: “LA NECESIDAD DE MODIFICAR LA LEY DEL NOTARIADO DEL 5 DE MARZO DE 1858, CON RELACIÓN A LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES Y DE CONOCIMIENTO” para la otorgación de escrituras públicas, va más allá de la simple descripción de conceptos o fenómenos sociales. Pretendemos determinar las causas y efectos de un fenómeno jurídico real, actual y medible, contrastando las hipótesis propuestas, someterlas a prueba y verificación; por tanto se trata de una investigación causal explicativa. Los resultados

obtenidos darán lugar a la conformación de una teoría, en cuanto se haya logrado la contratación de las hipótesis, explicación de una realidad y consiguiente solución jurídica.

5.2. DELIMITACIÓN TEMÁTICA

La presente investigación jurídica se caracteriza porque tiene dos enfoques: En primera instancia corresponde al ámbito del Derecho Civil porque la teoría del instrumento público y de la escritura pública son figuras jurídicas de esta materia y en segundo lugar se considera al Derecho Notarial porque el Notario ejerce una función pública en representación del Estado.

5.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL

El estudio causal explicativo será desarrollado desde el año 2000 hasta el presente; tiempo metodológicamente razonable para determinar los alcances, virtudes y problemas de la legislación notarial.

5.4. DELIMITACIÓN ESPACIAL

Siendo que el estudio pretende incorporar modificaciones a la Ley del Notariado vigente desde el 5 de marzo de 1858, el análisis se circunscribirá a la ciudad de La Paz.

6. MARCO DE REFERENCIA

6.1.- MARCO HISTÓRICO

6.1.1.-ANTIGÜEDAD

a) Sociedades Prerrománicas

En los pueblos de la antigüedad los acontecimientos, actos solemnes y dignos de memoria se transmitían por vía oral y formaban la tradición histórica de la comunidad. El posterior desarrollo de las fuerzas productivas tornó más complejo el ámbito de las relaciones sociales y a la tradición retentiva nemotécnica, insuficiente para memorizar el acontecer social, hubo que sustituir por el uso de signos, gráficos, ideográficos, pictográficos, etc., hasta llegar al alfabeto que fue el punto de partida para el desarrollo de las formas de escritura actual, cuya textura permite hacer constar los hechos, sucesos y acontecimientos para memoria de las generaciones del futuro.

Ese trabajo fue obra de redactores que tallaron, dibujaron, pintaron o escribieron esos hechos y que pueden ser considerados como el precedente más antiguo del arte notarial. Ese procedimiento de gratificar hechos y acontecimientos no sería posible sin el perfeccionamiento de la escritura y la presencia del redactor, cuya relevancia es obvia cuando lo escrito relata actos de relacionamiento entre las personas que acuerdan o se reconocen mutuamente derechos y obligaciones. Es entonces la necesidad social que engendra al documento como modo de valerse el ser humano para configurar el acontecer que lo vincula con otros o que le reconoce sus derechos. Esas necesidades han creado al redactor, como persona que escribe documentos, los conserva y les da autenticidad; esa persona es el Notario.

La historia de Egipto "atrae singularmente a los Notarios en lo que concierne a los ancestrales orígenes que pudiere tener su profesión por la existencia de un personaje de muy marcados caracteres como de trascendente importancia dentro de la sociedad egipcia, al que, precisamente por valoración fonética, se le tiene como antepasado del Notario: es el escriba" ².

Estos escribas, ejercían la fe pública que les delegaba la persona de quien dependían. En Egipto, los escribas fijaron las liturgias arcanas en los motivos de las pirámides, documentos de caracteres monumentales, creando así la literatura religiosa más antigua que conocemos. Algunos escribas servían al faraón y otros a las autoridades locales. ³ La organización social y religiosa de Egipto, hicieron de sus escribas personajes de verdadera importancia intelectual dentro de aquel engranaje administrativo.

En la historia antigua de Egipto se conocieron dos clases de documentos, el "casero" y "del escriba y testigo". En el "casero" una persona contraía simplemente una obligación de hacer como lo era casi siempre la transmisión de la propiedad de un objeto, lo que se hacía con tres testigos y la firma de un funcionario de jerarquía. En el caso conocido como "documento del escriba y testigo", lo era una declaración de persona, la que firmaba el escriba y en forma tal que resultaba casi imposible el que pudiera alterar el papiro sobre el cual los egipcios fueron verdaderos maestros al grabarlos.

² www.trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml-l16k.

³ Villarroel Claure, Ramiro. Fundamentos de Derecho Notarial y Registral Inmobiliario. 2005, págs. 50-51.

Este documento "despierta curiosidad en cuanto que, el escriba pudo haber sido un antecesor del Notario."

En Babilonia la actividad de tipo civil como las manifestaciones religiosas estaban íntimamente unidas, y la administración de justicia la impartían los jueces con la colaboración de los escribas. Es conocido el Código de Hammurabi.

En los pueblos Indios, lo jurídico y religioso están en estrecha relación, y su regulación en la antigüedad estaba consagrada por las célebres Leyes de Manú.

Dentro de la organización social de los hebreos, habían varias clases de escribas por ejemplo: el del rey, que autenticaba todos los actos de importancia en la actividad monárquica. El escriba del pueblo, redactor de pactos y convenios entre los particulares. El escriba del Estado, de funciones judiciales y como secretario de Consejo de Estado. Y el más importante de todos, el escriba de ley al que, se le tenía en mucha autoridad e influencia, dada su misión de interpretar la ley. Sólo ellos interpretaban la ley, y no admitían sino las explicaciones por ellos manifestadas. Ellos se creían los depositarios de la verdad contenida en la ley.⁴

En Grecia, se encuentra la figura de los "mnemon" que viene de "Mnemosina", diosa madre de las nueve musas y personificación de la memoria que tenían a su cargo formalizar y registrar los tratados públicos y las convenciones y contratos privados. También se encuentra los "singraphos", a quienes Aristóteles consideró verdaderos notarios y a cada tribu tenía dos de ellos que gozaban de grandes consideraciones y honores.⁵

b) El Notario de Fe Pública en Roma

En esta sociedad la función notarial como actividad pública, en una primera etapa, fue ejercida por tabularios, redactores y asesores que, según Ulpiano, ejercían fe pública en lo afectante al censo y custodiaban los documentos privados, generalmente redactados por ellos mismos.

Los investigadores, hablan del tabellio, tabullarius, notarios amanuenses, argentarlos; denominativos que demuestran que esta función estaba muy extendida. El tabullarius y el tabellio

⁴ www.trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml-116k

⁵ Cano Reverte, José María. El Notario, Concepto Doctrinal y Legal: 713, 1966, Conferencias en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Málaga.

configuran la primera imagen del Notario. Aparece el primer antecedente legislativo de la institución notarial, haciendo del tabellión profesional de carácter privado que redacta y conserva testamentos y otros documentos, delegándose a estos funcionarios su intervención personal en los contratos, la obligación de conservar las "schelulas", documento que certifica la aparición del instrumento público, llegándose a regular en la Constitución de Roma, los requisitos del ingreso o acceso al cuerpo de los tabúlanos. En Roma, el tabellión fue asesor profesional y órgano de seguridad y de permanencia del documento.⁶

En Roma hubo una serie de personas que redactaban documentos, "fueron conocidos como Notarii. scribal, tabelione, tabularii. chartularii, actuari, librari, amanuenses, logrographi, refrandarii, cancelarii, diastoleos censuales libelenses, numerarii, scriniarii. comicularii, exceptores, epistolares, consiliarri, congnitores. Muchos notarialistas ven "esta gran gama de personajes, a los antecesores del Notario actual, sin embargo -afirma Pondé- "llegaríamos al extremo absurdo de significar que todo aquel que supo escribir y fue capaz de redactar un documento a petición de un tercero ha sido antecesor del Notario".⁷ De un análisis metodológico de la naturaleza de la actividad ejercida por tales funcionarios, se llega a la afirmación de que en Roma cuatro funcionarios son los que verdaderamente pueden citarse de genuina antelación del Notario: el escriba, el notarii, el tabularii y el tabellión.

El escriba tenía las funciones de depositario de documentos, y redactaba decretos y mandatos del pretor. El notarii era aquel funcionario que trasladaba a la escritura las intervenciones orales de un tercero y debía hacerlo con exactitud y celeridad. El tabularii era el funcionario encargado de hacer las listas de aquellos romanos sujetos al pago de impuesto.

El tabellión tenía la finalidad de redactar actas jurídicas y los convenios entre los particulares.⁸ En suma, la especial condición de actuar en los negocios privados, de tener una intervención netamente particular, completada por su aptitud redactora; el conocimiento del Derecho, les permitía actuar de manera de asesor jurídico, y la posibilidad de procurar la eficaz conservación

⁶ Villarroel Claure, Ramiro, ob. Cit págs. 51,52

⁷ Fernández Casado. Cita: www/trabajos16/derecho-notafial/derecho-notarial.shtml-116k-

⁸ www/trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml-l 16k

de los documentos, hacen que el "tabelión", pudiera considerarse antecesor del Notario dentro de la interpretación caracterizante del Notario de tipo Latino.⁹

El desarrollo del pensamiento jurídico en Roma, en sus distintas épocas, fue intenso, y ello condujo a varios intentos de compilación legislativa, como la de Justiniano (527-565), quien dio inicio a su extraordinaria labor jurídica de compilación. Su trabajo de codificación que comprende: el Código, el Digesto o Pandectas, las Instituciones y las Novelas.

En las Novelas, se encuentran normas reguladoras de la actividad del "tabelión", así como los requisitos documentales. Era indispensable la presencia del tabelión hasta el punto que su ausencia era sancionada con la pérdida de la "plaza". La lectura del documento requería de varios momentos o fases, que se pueden resumir así: las partes acudían al Tabelión manifestando el deseo de realizar un negocio jurídico o contrato. Era la "rogatoria", la que generalmente estaba a cargo de subalternos llamados "ministrantes"; el segundo momento lo constituía la "speda", especie de proyecto que se leía a las partes, a los fines de su aprobación corrección, etapa conocida como "initium". Aprobado el contenido de la "Speda", se pasaba en limpio para que las partes lo firmaran o suscribieran; esto se hacía en hojas de papiro y se conocían como "protocolum"; finalizada la escritura en el "protocolum", venía la autorización por parte del Tabelión, conocido como "completio". Estas regulaciones justinianas del tabelionato romano, advierten la afloración de principios estrictamente apegados a las normas del Notariado. Dichas novelas, en fin, ofrecían una detallada regulación de la actividad del Tabelión romano; además de otorgar seguridad y certeza al acto, podía servir de fundamento para el adelanto técnico jurídico de la ciencia notarial.¹⁰

6.1.2.-EDAD MEDIA

En la Edad Media y en su largo espacio temporal histórico, la sociedad de esa época confronta un rápido impulso del desarrollo de las fuerzas sociales y económicas que preanuncian la sociedad moderna: impulso del comercio, incremento y perfeccionamiento del sistema bancario, nacimiento de las sociedades mercantiles, tráfico acelerado de títulos de valor, progreso y expansión de las compañías de navegación. Todos estos factores demandaron y promovieron un

⁹ [www//trabajos16/derecho-notariaVderecho-notarial.shtml-116k](http://www.trabajos16/derecho-notariaVderecho-notarial.shtml-116k)

¹⁰ [http//ww.trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml-116k](http://ww.trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml-116k)

destacado desarrollo del Derecho, sobre todo en su rama civil. Consecuentemente la profesión notarial evolucionó y fue regulada de modo más preciso. En el Bajo Imperio de Occidente aparece la "fe notarial" que se materializa en la "instrumenta pública confecta" de valor probatorio cuando era autorizada por el Escribano con su firma, dándole mérito fidedigno o dotándole de autenticidad o veracidad.

El año 832, Carlomagno, en las "Capitulaciones", instituye una ley referente al Notariado, reconociendo al Notario la calidad de funcionario en el ámbito contractual privado con categoría semejante a la de los jueces, nombrado por el Rey y con la obligación de usar su signo tabelional. A su vez, el Juez, para aliviar su trabajo y por haberse ya definido algunas características en esta parte de sus funciones, delegó el conocimiento de la actividad no contenciosa (jurisdicción voluntaria) al Notario (Chartularii), cuyo documento adquiere autenticidad y eficacia plena o fe probatoria, derivadas de la intervención de este tabelión o Notario, dotado ya de una potestad fedante.¹¹

a) Los francos

En lo que respecta al Notariado, en la época de Carlomagno, se encuentran funcionarios llamados "scabini" que "tenían un quehacer similar al del Notario". Dichos scabini, desempeñaban funciones judiciales y tenían una tarea estrechamente ligada a la del Notario, que era dar fe. El Notario podría haber nacido al amparo del Juez como consecuencia de que éste, de su imposibilidad de atender tantos casos, especialmente denominados de jurisdicción voluntaria, le comisionó para atenderlos en comparación con los caracteres de la "iudici Chartularii" que culminó con el Notariado de nuestros días.¹²

"En su desarrollo histórico los escribas van convirtiéndose en Notarios en el curso de los siglos XI y XII. Los países románicos, a lo largo del medioevo, los señores feudales y los municipios reconocieron la necesidad social, sentida y vivida, de que ciertas personas idóneas, y previamente seleccionadas al efecto, documentaran las relaciones sociales, y para ello les invistieron del poder

¹¹ <http://www.trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml-116k->

¹² Villarroel Claire, Ramiro, ob. Cit., pág 55

de dotar a los documentos que redactaran, en el ejercicio de estas funciones, de una eficacia especial." ¹³

b) La Escuela de Bolonia

Fue en Bolonia, donde nació la enseñanza pública del arte de la Notaría, "Ramiero de Perusa (Irmerio Ramieri Di Perugia), fue un gran glosador (1050- 1130) fundador de la escuela jurídica de Bolonia. Profesor del arte de Notaría. Su obra Summa ars Notarial, expone la interpretación de las leyes romanas, longobardas y las propias. Se tenía el ejercicio de la Notaría como un arte y no es de extrañar que las primeras manifestaciones de una teoría notarial respondieran a la idea de arte, ya que éste hubo de ser anterior a la ciencia." ¹⁴

En los años de vigencia de las culturas de la ciencia notarial en Bolonia y muy posteriores a él, se desarrolló bastante la doctrina en los tres aspectos del arte notarial: teórica, práctica y arte. Entre muchos autores, Vicent Gibert, definía a la teoría del arte de Notaría como "la investigación que comprende la naturaleza de las personas, cosas y negocios que se manejan lícitamente por los hombres y se transmiten a la posteridad"; y define la práctica como "el acto o ejercicio correspondiente al designio de la teoría", y el arte "que enseña como fundamento a redactar auténticamente los negocios legítimos de los hombres" ¹⁵

"Ciencia y actividad notarial fueron la expresión más elocuente de la cultura jurídica en Bolonia. Allí, el desarrollo de la ciencia del Derecho Notarial, fue, sin duda alguna, esplendoroso. El destello notarial de Bolonia dio a la cultura universal primero en tal intelectual de los maestros glosadores, y luego, la calidad científica de los comentadores y post glosadores. La influencia de los estudios notariales de los maestros de Bolonia fue verdaderamente positiva a las naciones vecinas, en las cuales se dictaron una serie de normas reguladoras de la actividad notarial. Así se produjo el caso del Piamonte mediante el célebre estatuto de Pedro II en el año 1265. Contiene dos aspectos fundamentales: la fundación de depósito de documentos (cartulario), donde quedaban guardados (archivados) las imbreviativas que, un momento dado, pudieran ser cotejadas. Aparece el origen de protocolos. Y por otra parte, una cuestión que ha sido

¹³ Villarroel Claire, Ramiro,, ob. Cit., pág 56.

¹⁴ <http://www.trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml-116k->

¹⁵ <http://www.trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml-116k->

característica inherente al notariado en su sistema de retribución arancelaria. La forma de emolumentos ha sido tan específica en los sistemas notariales, que el "salario no aparece en la historia notarial, sino como desvío de períodos declinantes." ¹⁶

Por virtud de los estudios de Bolonia, el documento notarial constituyó en la Edad Media, verdadera perfección no sólo en su redacción, fiel intérprete del querer de las partes, sino por sobretodo en sus formas jurídicas.

"De allí surgió el documento público en su concepto filosófico y doctrinario, como expresión de lo verídico, de lo cierto de su contenido y de su seriedad como emanado de mano de persona pública, como algo que no dejará dudas por su claridad en sus consecuencias prácticas." ¹⁷

c) El Notariado en España

En España la evolución de la actividad notarial tuvo ciertas características con elementos peculiares y de progreso. Los fueros provinciales, el sentido igualitario e individualista, las relaciones entre el Monarca y los señores feudales, dieron a la vida social española un profundo contenido jurídico y político. Con tal sentido jurídico que los ordenamientos legales, no podían escapar del que hacer notarial.

El aspirante a Notario recibía una enseñanza directa por parte de otro Notario, con quien compartía durante años los quehaceres, recibiendo indicaciones y aplicándolas. Esta proximidad entre el maestro y discípulo llegaba al grado de compartir no solamente los quehaceres profesionales, sino también su mesa, como para captar del maestro hasta los gestos, las actitudes y las posiciones correctas, culminando con la necesidad de que determinadas etapas de la enseñanza, debían cumplirse viviendo en la propia casa del notario constituido en su maestro. Además de esta enseñanza que duraba varios años, el aspirante debía someterse a riguroso examen, con jurado integrado por personas versadas en la materia y dos notarios y "juristas de la alcurnia propia de los sabios". Era una organización estricta y agrupados los notarios se les conocía como "Colegio Insigne." ¹⁸

¹⁶ <http://www.trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml-116k->

¹⁷ <http://www.traxxbajos16/clerecho-notarial/derecho-notarial.shtml-116k->

¹⁸ <http://www./trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml-116k->

Entre los años de 1256 y 1268 se promulgó el célebre código de Alfonso X, conocido como "Las Siete Partidas". Se ocupa este código no sólo de la organización notarial y su función, sino que llega a contener fórmulas para la autorización de los instrumentos y plantillas para la redacción de determinados contratos. Establece las condiciones éticas que ha de reunir los escribanos, de su lealtad, de su competencia. Señala dos tipos de escribanos, los que escribían las cartas y despachos de la casa real, y los escribanos públicos, quienes redactaban los contratos de los hombres".¹⁹

6.1.3.-EDAD MODERNA

En el orden del tiempo y venida la edad moderna, muchas realidades políticas, sociales o bien económicas habían cambiado casi en forma radical. Estas transformaciones, debieron influir, en el ámbito de la vida del Derecho. El paréntesis de tiempo habría sido largo desde Las Siete Partidas para encontrar otra regulación jurídica de interés histórico notarial.

En 1493 Maximiliano de Austria, emperador del Sacro Imperio Romano - Germano. Promulgó un estatuto conocido como "Constitución Imperial sobre notariado" (1512). Comienza, conforme a costumbre de la época, con una especie de "invocación" a manera de petición de principios objeto de la materia que va ser regulada, modificada o rectificada, y expresa el deseo de que los hechos de los hombres dejan memoria determinada, cierta y perpetua. Así indica de "no sólo mantener la justicia y la paz, sino también para solucionar aquellas cosas que acontecen todos los días en el Gobierno de la República y entre los ciudadanos; es necesario que exista el oficio de Notario estudioso del Derecho, por el cual los deseos, voluntades y hechos de los hombres (a fin de que no caigan en el olvido o en la debilidad de la memoria), por medio de la escritura y públicos documentos firmados, se transmitan y permanezcan de una manera determinada cierta y perpetua."²⁰

Establece esta constitución las solemnidades notariales traducidas en muchas formalidades; regula el modo de tener acceso al cargo notarial; señala la manera que han de llevarse los protocolos; la forma muy solemne de los testamentos; previene a los Notarios sobre la falsedad.

¹⁹ <http://www.trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml-116l->

²⁰ <http://www.trabajos16/derecho-notarial/derecho-notarial.shtml-116k->

Impone una regulación cuidadora y, sobretodo, proyecta una serie de prohibiciones a los Notarios a manera de ejemplos morales en aquello que no deban incurrir.

Esta obra, trae una serie de documentos de suma importancia, el Notario está obligado a anotar todo lo ocurrido ante él y los testigos, con lo cual han de dar fe de lo visto, oído y percibido por los sentidos, vinculada con el precepto de visu et auditu sui sensibus. Abre brecha en una temática que contrapuso doctrinas, porque la coincidencia de los notarialistas en cuanto a lo que el Notario ve y oye, es plena, pero al incursionar en lo que cae bajo sus sentidos la unanimidad interpretativa diverge. La constitución maximiliana aceptó la cotización de otros sentidos además de los de la vista y el oído y cuando se tratase del sentido del gusto o del tacto o del olfato, los testigos como el propio Notario, tocarán u olerán, y estando presente las partes, tanto los testigos como el propio Notario dejarán constancia de lo que estos testigos percibieron por esos sentidos. La actividad del Notario debía limitarse a dejar constancia de la percepción sensorial hecha por los testigos, pero había la posibilidad de que también el propio Notario hubiese gustado, tocado u olido, y en ese supuesto sí podía expresarlo, y esta era una manera de robustecer el dicho de los testigos con su testimonio. Un paréntesis de tiempo habrá de transcurrir desde Maximiliano, para encontrar otra obra legislativa de interés notarial.²¹

En el área de influencia jurídica que expandió la Revolución Francesa (Código de Napoleón) y su impronta en Europa y América española, en el ámbito notarial, se encuentran las Cartas Reales de Carlos VI que crearon las Notarías en París, además de la Ley Orgánica Provincial del Notariado de 1791. Pero la norma que constituyó sin duda alguna el hito jurídico para la legislación notarial de todos los países de la época, fue la Ley del 25 de Ventoso (16 de marzo de 1803), se promulga una ley tenida como rectificadora de una serie de defectos, faltas o errores. Texto legal tenido como antecedente de las modernas legislaciones notariales, y que en general se basa en preceptivas notarialistas que hemos conocido en el transcurso de los años. Su fundamental importancia está en cuanto a la popularización que logró de preceptos que, de manera regulada, no habían tenido la misma trascendencia en otros países, donde al igual que en Francia, continuaba debatiéndose el notariado en unas formas defectuosas debidas, no a fallas intrínsecas

²¹ <http://www.trabajos16/cterecho-notarial/derecho-notarial.shtml-116k->

del notariado sino deficiencias legislativas y a la apatía gubernamental para poner orden en esta actividad que tan sustancialmente atañe al interés del Estado y la sociedad.²²

Es una ley de unos 69 artículos; la primera parte (Título I, artículo 1), habla de los Notarios y actas notariales; de las funciones competencia y deberes notariales. Concibe y define a los notarios como funcionarios públicos, profesionales competentes para recibir las actas y contratos a que las partes quieran dar el carácter autenticidad, propio de los actos públicos, así como para asegurar la fecha y llevar depósito- Establece, claramente, la división entre fe notarial y aquella dada por el juez; esto es, aísla al Notario de toda actividad; y establece, además y muy provechosamente diferencias entre el Notario y otra serie de funcionarios, que actúan en la esfera de lo jurídico, como comisarios, procuradores, relatores, etc. Consagra una incompatibilidad entre dichos funcionarios y, al propio tiempo exige la autonomía de la función notarial Esta ley, dada su importancia para el momento histórico en que se la promulgó, hubo de influir y así sucedió en muchas concepciones notariales posteriores no solo en Francia sino en varios países.²³

6.1.4.- LOS NOTARIOS DE FE PÚBLICA EN LA HISTORIA DE BOLIVIA

a) Precolombina

En el inkario no se conoció la escritura; su acervo nemotécnico estaba contenido en los quipus, los cuales eran cordeles de cuentas, donde se registraban hechos pasados, leyes, gobiernos y hazañas; conservaban fechas, números y calidades adjuntas que servían de puntos de referencia a los amautas²⁴.

Los quipus "eran realizados por los quipucamayos a quienes acudían los curacas y los hombres nobles en sus provincias a saber las cosas historiales que de sus antepasados deseaban saber o cualquier otro acontecimiento notable que hubieren pasado en aquella provincia; porque éstos

²² <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030525190002.html>

²³ <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030525190002.html>

²⁴ Morúa, Martín de. Historia del Origen y Genealogía Real de los Reyes Incas del Perú. 1946: 9-223.

como escribanos y como historiadores guardaban los registros que eran los quipus anuales que de los sucesos dignos de memoria se hacían" ²⁵

b) Colonia

"El Derecho que la monarquía castellana traspasó a América, fue expresión de su propia historia jurídica, es decir, "una simbiosis de la tradición románica, del Derecho Germánico y de las normas canónicas y también de una creadora originalidad nacional". "Fue el Derecho Castellano que se implantó en América. Precisa también relevar la influencia del Derecho canónico que regula la organización del clero de la colonización" ²⁶.

Los primeros Escribanos que ejercieron la función fedataria fueron en un principio naturales de la Península y después, paulatinamente, criollos nacidos en este suelo. Una de las formas de adquirir el derecho de escribanía fue la compra del oficio, expediente al que acudió la Corona española para resolver sus apuros financieros vendiendo derecho para ocupar cargos, empleos o funciones públicas, así como fueros y mercedes a perpetuidad sobre rentas reales. En esa dirección las Leyes de Indias declararon vendibles, el oficio de escribanía que además requería del comprador, los siguientes requisitos: ser mayor de 25 años, luego, buena fama, leal, cristiano, reservado, de buen entendimiento, conecedor del escribir y vecino del lugar.

Los documentos de escribanía tenían que ser elaborados en papel sellado, con letra clara y en castellano, sin abreviaturas ni guarismos y en acto de presencia del Escribano. Una vez redactados los documentos el Escribano tenía obligación de leerlos íntegramente, dando fe de conocimiento y la firma de los otorgantes, refrendado con su firma y signo.

Desde esa época la escribanía fue una función privada, realizada por un particular con características públicas porque el Escribano recibía un nombramiento especial y autorización para usar sello y signo otorgada por el Rey. El documento notarial tenía pleno valor probatorio (presunción iuris et de iure). El signo del Escribano era fijado por el Rey siendo condición sine qua non para la validez del documento habida cuenta de que ese signo representaba la autoridad del Estado.

²⁵ Garcilazo de La Vega, Inka. Comentarios Reales, T.11.26. Biblioteca, 1976.

²⁶ Basadre, Jorge, citado por Villarroel Claure, Ramiro, ob. cit. Pág. 67.

En medio de la inestabilidad política y administrativa del sistema colonial, la actividad del Escribano destaca nítidamente su estabilidad y permanencia, lo que daba seguridad jurídica y permitía continuidad al tráfico negocial.²⁷

"En cuanto a la técnica de elaboración matricial o documental o de recopilación de actas en los siglos XVI y XVIII, los protocolos se componían de cuadernos sueltos, que posteriormente cosidos, eran encuadernados por los Escribanos. La apertura de estos libros o registros matriciales, tenían estos caracteres: año, registro de escrituras, testamentos, obligaciones y poderes otorgados "ante mi" nombre del escribano. Escribano Real. El cierre del cuerpo protocolar mediante acta en la que el Escribano hace constar que los documentos pasaron por su conocimiento y fueron otorgados en su presencia, insertando a continuación su signo y firma".²⁸

c) República

En el Código Civil de Santa Cruz, que estuvo vigente hasta el 2 de abril de 1976, se hallan explícitas las funciones notariales, aunque no se menciona específicamente al Notariado. En esas disposiciones se hallan normas específicamente notariales: año, día y hora de la expedición del instrumento; apellidos, nombres, edad, profesión y domicilio de los comparecientes; fidelidad a lo expresado por las partes; registro protocolar en el papel sellado, sin abreviaturas ni fechas en cifras. En materia sucesoria establece la intervención del Notario en la recepción de los testamentos cerrados y en los abiertos. Dispone que la escritura pública crea plena fe respecto a la convención que comprende, tanto entre las partes contratantes, como entre sus herederos.

En cuanto a la venta, puede celebrarse por escritura pública o documento privado. El mandato, el acuerdo de transacción en materia procesal y la hipoteca voluntaria se establece por escritura pública o por documento público. La mayor parte de estas disposiciones se han refundido en la Ley del Notariado de 5 de marzo de 1858, vigente hasta la fecha.

Finalmente, en fecha 5 de marzo de 1858 se promulga la Ley del Notariado que refunde en un cuerpo legal a nivel de Ley de la República. Han transcurrido un siglo y medio y la Ley del Notariado sigue vigente".²⁹ Por el cual el Artículo 49 establece: "Para ser Notario se requiere: 1°

²⁷ Villarroel Claire, Ramiro, ob. Cit, pág 68.

²⁸ Millares, citado por Pérez, Leonardo, citado por VILLARROEL CLAURE, Ramiro, ob. Cit., pág 69-70.

²⁹ Villarroel Claire, Ramiro, ob. Cit., págs. 73, 74.

Ser ciudadano en ejercicio. 2a Tener veinticinco años cumplidos. 3° Ser de notoria honradez y no haber sido condenado a pena corporal por los tribunales ordinarios. 4° Ser examinado y aprobado por la corte de distrito. 5° justificar el tiempo de trabajo prescrito por los artículos siguientes." ³⁰

7. MARCO TEÓRICO

7.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL FORMALISMO EN EL DERECHO

Los pueblos primitivos se caracterizaron por un formalismo severo y rígido. Esto fue también característico del derecho romano. Los actos estaban ligados inseparablemente a sus formas; la menor desviación en el cumplimiento de las prescripciones legales traía aparejada la nulidad del acto, aun cuando el consentimiento de los otorgantes estuviera probado inequívocamente. La forma no era un simple medio de prueba, sino que integraba el acto mismo como elemento esencial. En un pueblo de cultura media poco desarrollada, el formalismo, además de su sentido simbólico, se proponía impresionar fuertemente el recuerdo de los testigos, que después habría de servir de prueba de la realización del acto y del cumplimiento de las formas.

Diversos factores influyeron para que, con el devenir de los siglos, el formalismo fuera perdiendo aquella rigidez sofocante. Por de pronto la Iglesia Católica luchó tenazmente contra aquel sistema; la buena fe impone el cumplimiento de la palabra empeñada y no eludir la consecuencias de los propios actos, con pretexto de la omisión de tal o cual detalle legal; media en esto un problema de orden moral. En segundo lugar, cuando el tráfico comercial se hizo más activo, resultó indispensable aligerar las transacciones de los obstáculos formales que pesaban sobre ellas. Finalmente el aumento de la cultura general trajo la difusión de la escritura como medio de prueba, lo que hizo innecesarias las formalidades que tendían a impresionar el ánimo de los testigos. El viejo formalismo se ha batido en retirada y actualmente impera como regla general el principio de la libertad de las formas en los actos jurídicos, para todos aquellos casos en que el legislador no haya dispuesto, por razones especiales, el cumplimiento de ciertas solemnidades.

³⁰ Ley del Notariado de 1858, Recopilación de Oropeza y Cosío. La Paz-Bolivia

En el derecho moderno se ha advertido un renacimiento del formalismo. Las nuevas leyes exigen con frecuencia la observancia de determinadas formas. Las relaciones jurídicas se han hecho tan múltiples y complejas, que se siente la necesidad de ponerles un orden y de evitar los inconvenientes de la imprecisión y la ligereza. De lo contrario, los hombres de buena fe naufragarían ante los ardides de los contratantes inescrupulosos. Además, el intervencionismo estatal, cada vez más acentuado, exige que las convenciones particulares tengan una exteriorización sin la cual el contralor oficial sería imposible.

Pero este nuevo formalismo es distinto al antiguo. Las formas se imponen, sobre todo, en miras a la prueba del acto y a su publicidad, pero la omisión no afecta en principio, al acto en sí. Nada hay de la rigidez del viejo derecho.

7.2.- VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LAS FORMAS EN EL DERECHO MODERNO

En el derecho moderno, las formalidades tienen importantes ventajas:

- 1) Facilitan cuando no aseguran, la prueba del acto
- 2) Protegen contra la ligereza y la impremeditación, sobre todo en ciertos actos trascendentales, como por ejemplo, el matrimonio, el testamento;
- 3) Dan fijeza a la conclusión del negocio y permiten distinguirlo de los actos preparatorios;
- 4) Las formalidades que tienden a la publicidad del acto y, particularmente, los registros, tienen como resultado la protección de los derechos de terceros
- 5) Desde el punto de vista fiscal, facilitan la percepción de ciertos impuestos, pues el oficial público que interviene en la celebración actúa como agente de retención;
- 6) Aumenta la capacidad circulatoria de ciertos derechos de crédito como en el caso de los títulos al portador.

Pero al lado de estas ventajas, tienen sus inconvenientes:

- 1) Las formalidades hacen menos rápidas y ágiles las transacciones ;

- 2) Suelen ser peligrosas, porque la omisión de ellas puede significar la invalidez del acto;
- 3) Con frecuencia son incómodas y, lo que es peor, caras.

7.3.- CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SUS FORMAS

Los actos jurídicos pueden ser formales y no formales; los primeros son aquellos para los que la ley exige determinada forma, sin la cual carecen de valor legal; los segundos, en cambio, no requieren ninguna solemnidad; basta que se pruebe el consentimiento para que tengan plena validez.

A su vez, los actos jurídicos formales se clasifican en solemnes y no solemnes.

En el primer caso, la forma es exigida como requisito inexcusable de la validez del acto (ad solemnitatem); el incumplimiento de ella trae aparejada la nulidad del negocio jurídico, aunque se pruebe de manera inequívoca la expresión de la voluntad. En el segundo, en cambio, la forma es exigida sólo como un medio de prueba (ad probationem) y como protección de los derechos de terceros; de tal modo que si la efectiva realización del acto se llega a acreditar por otros medios, el interesado puede obligar a la contraparte a cumplir con las formalidades que la ley impone.

a) El instrumento como concepto autónomo

Es importante distinguir la declaración de voluntad respecto al instrumento en que ese acto está documentado. El instrumento puede ser perfectamente válido (lo es siempre que se hayan cumplido los requisitos formales) y sin embargo será anulable el convenio (por ejemplo, si hubo dolo; violencia o simulación). A la inversa, puede ser nulo el instrumento y, sin embargo, ser válido y exigible el acuerdo siempre que se lo pueda probar por otros medios. Así, por ejemplo, si no se ha cumplido con la exigencia del doble ejemplar, los interesados pueden, no obstante eso, probar la efectividad del acuerdo de voluntades de otra manera.

Como se ve, el instrumento tiene un valor autónomo respecto del acto que documenta.

b) Los instrumentos privados y sus requisitos formales

Según Guillermo Borda los instrumentos privados "son aquellos que las partes otorgan sin intervención de oficial público. Respecto de ellos, impera el principio de la libertad de las formas" ³¹. Las partes intervinientes pueden escribirlos de su puño y letra, o puede hacerlo un tercero; es indiferente que sea hecho a tinta o a lápiz, o en su caso que esté faccionado en máquina de escribir; pueden ser redactados en idioma nacional o extranjero, llevar o no fecha (art.1297 C.C).

El principio de la libertad de formas tiene dos limitaciones: la firma y el doble ejemplar.

Por excepción, la ley exige algunas formalidades en ciertos instrumentos privados. Tal es el caso del testamento ológrafo, que debe ser escrito, fechado y firmado por el testador, sin cuyos requisitos carece de validez, (art. 1141 CC.)

c) Sobre la firma

La firma de las partes es una condición esencial para la existencia y validez de un instrumento privado (art.1298 CC).

Sólo desde el momento en que la firma está estampada, debe considerarse que el otorgante ha tenido intención de hacer suya la declaración contenida en el instrumento. Debe ir al pie del documento; tal es la costumbre impuesta como medio de evitar fraudes que de otro modo sería fácil consumir.

Normalmente, la firma es la manera habitual con que una persona escribe su nombre y apellido con el objeto de asumir las responsabilidades inherentes al documento que suscribe. Sin embargo, el carácter maquinal, la frecuencia de su uso, el deseo del firmante de definir su personalidad o de evitar falsificaciones, hacen que, con frecuencia, la escritura degenera en rasgos en los cuales se hace muy difícil encontrar semejanza con las letras que componen el verdadero nombre.

³¹ BORDA, Guillermo, Manual de Derecho Civil, Parte General, p.452.

d) Firma a ruego

El Código Civil exige como condición esencial para la existencia de un instrumento privado, la firma de las partes; por consiguiente, un instrumento firmado a ruego es inoperante.

No obstante el sólido fundamento legal de ésta tesis creemos que no debe exagerarse su alcance. Si bien el instrumento firmado a ruego no puede tener el mismo valor del que ha suscrito las partes, es necesario reconocerle el carácter de principio de prueba por escrito, la que, corroborada por otras pruebas, puede llevar al ánimo del juez la convicción de que el acto se celebró efectivamente y que las cláusulas contenidas en el documento fueron realmente queridas por la persona que rogó a otra lo firmara en su nombre. Con ésta solución, que está perfectamente legítima y que en nada se opone se contempla una costumbre muy divulgada en nuestro país, sobretodo en el campo en donde las personas analfabetas suelen otorgar recibos con la impresión digital o bien rogando a un tercero que firme en su nombre. Según Salvat ³² los analfabetos no tienen en tal caso otro recurso que el instrumento público; pero a ello importa cerrar los ojos a una realidad y a una impostergable necesidad práctica pues en los hechos resulta imposible el otorgamiento de una escritura pública cada vez que se quiere documentar un recibo de poco monto en definitiva, el juez deberá tener en cuenta la importancia del contrato documento, las otras probanzas que se aportaren y demás circunstancias del caso y decidir según ellas, el valor probatorio del documento firmado a ruego.

e) Impresión digital

Según ya lo hemos dicho, es también muy generalizada la práctica de que los analfabetos pongan al pie de sus documentos la impresión digital se plantea aquí un problema similar al que hemos tratado con motivo de la firma a ruego.

Según Guillermo Borda la equiparación completa de la impresión digital con la firma es inadmisibile; es verdad que aquella -dice- es un medio de identificación superior a ésta (ya que la firma puede falsificarse, lo que no es posible hacer con la impresión digital); pero la firma supone en quien la estampa la posibilidad de leer por sí el documento y de enterarse de su contenido; en

³² Comentado en BORDA, Guillermo, Ob. Cit, p. 454.

cambio el analfabeto que pone su impresión digital puede ser fácilmente engañado por la contraparte acerca del contenido del instrumento. Ello sin contar con el peligro de que la otra parte se aproveche de un estado de inconciencia o que la impresión se haya estampado post mortem.

f) Fuerza probatoria

A diferencia de los instrumentos públicos, que gozan, de una presunción de autenticidad los privados no la tienen; carecen por tanto de todo valor probatorio mientras la firma que lo suscriben no hayan sido reconocidas para el interesado o declarada debidamente reconocida por el juez competente.

Desde el momento en que un documento privado ha sido reconocido en cuanto sus firmas y rúbricas, el instrumento privado tiene el mismo valor probatorio del instrumento público, entre las partes y sus herederos (art. 1297 CC.).

Respecto a terceros y los sucesores a título singular, los documentos privados tienen la misma fuerza probatoria que los instrumentos públicos desde el momento en que adquirió fecha cierta, (art 1301 CC).

7.4.- LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS

a) Concepto e importancia

Se llama instrumento público aquellos a los cuales la ley le reconoce autenticidad es decir a los que prueban por sí sobre su contenido, sin necesidad de reconocimiento de la firma como los privados. Ordinariamente interviene en su otorgamiento una autoridad pública que da fe del acto jurídico que se realiza en su presencia; pero éste no es un requisito esencial para todos los instrumentos públicos.

La fe que merece el oficial que los autoriza y el cumplimiento de las formalidades a que están sometidos confieren a estos instrumentos una seguridad y seriedad muy superiores a las que pueden ofrecer los privados. Por ello la ley les atribuye autenticidad ya que las partes o con relación a terceros poseen fuerza ejecutiva su fecha es considerada cierta y la copia de ellos legalmente extraída, tiene el mismo valor que los originales.

b) Requisitos

Los requisitos que deben llenar los instrumentos públicos son las siguientes: intervención de una autoridad pública; es indispensable y precisamente ella es la que confiere seriedad al acto y permite tener por auténtico su contenido, este oficial público debe estar legalmente nombrado por autoridad competente, pero la falta de su persona en las cualidades o las condiciones necesarias para el nombramiento para las funciones de que se encuentra revestida no quita sus actos el carácter de instrumentos públicos.

Competencia del oficial público; debe obrar dentro de los límites de sus atribuciones no solo respecto de la naturaleza del acto sino también dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones.

Incompatibilidad por intereses directo o parentesco; es decir aunque el oficial público estuviera designado regularmente y fuera competente no puede autorizar actos en los que tenga interés personal o lo tengan sus parientes.

Cumplimiento de las formalidades legales; es decir que se hayan llenado las firmas proscriptas por las leyes bajo la pena de nulidad.

Conforme lo establecido en el art. 491 del Código Civil en vigencia, deben celebrarse en documento público:

- El contrato de donación, excepto la donación manual
- La hipoteca voluntaria
- La anticresis
- La subrogación consentida por el deudor
- Los demás actos señalados por la ley, tal es el caso de los mandatos expresos.

c) Fuerza probatoria

Los instrumentos públicos gozan de autenticidad, vale decir, prueban su contenido por sí mismos sin necesidad de reconocimiento previo por la parte interesada, como es menester en los privados.

Este privilegio singular se justifica plenamente. Ellos emanan generalmente de una autoridad pública, llevan su sello y su firma que, por ser reconocido puede legalizarse fácilmente, y en los casos en que no emanan de él, están sujetos a severas formalidades, en fin quien, se aventure a falsificarlos y particularmente si es el oficial público es pasible de graves sanciones de carácter penal. Parece lógico por lo tanto confiar en su autenticidad. Es necesario contar en las relaciones jurídicas con algo que merezca fe por sí mismo, sin necesidad de demostración; algo que deba ser creído, que asegure a quien lo otorgó conforme a la ley, que cuando precise esgrimirlo en defensa de su derecho le sea útil de inmediato sin que deba soportar la simple pesada carga de la prueba: de no existir documentos dotados de autenticidad de zozobra y de inseguridad en el mundo de los negocios con el consiguiente retraimiento de los interesados.

d) Valor probatorio de sus cláusulas o enunciaciones

No obstante la autenticidad de los instrumentos públicos, no todas sus cláusulas gozan de la misma fe. La Ley distingue con acierto tres situaciones distintas:

- **HECHOS CUMPLIDOS POR EL OFICIAL PÚBLICO O PASADOS EN PRESENCIA SUYA**

Respecto de ellos, el instrumento público hacen plena fe hasta que sea argüido de falso por acción civil o criminal. Se comprende que así sea porque en este caso, es el propio Notario quien da fe de lo que se ha hecho, visto u oído. Si el instrumento público ha de ser un factor de seguridad jurídica, no pueden destruirse estas afirmaciones por simple prueba en contrario, por ello la ley exige un procedimiento especial en el que se debate plenamente el asunto: la querrela de falsedad material o ideológica. Solo declarada la falsedad del instrumento queda desvirtuada la prueba de aquellos hechos.

La fe debida a la palabra del oficial público no se extiende a todas sus afirmaciones, sino solamente a las que él ha hecho, visto u oído por suceder en su presencia y en ejercicio de sus funciones.

- **MANIFESTACIONES DE LAS PARTES**

Las manifestaciones de las partes relativas a haberse ejecutado el acto, las convenciones, disposiciones, pagos, etc., hacen fe pero hasta simple prueba en contrario.

- **SIMPLES ENUNCIACIONES**

Tradicionalmente se ha hecho en doctrina una distinción entre disposiciones y simples enunciaciones de instrumento, sea público o privado. Las primeras son aquellas estipulaciones sobre las que recae el acuerdo de voluntades o la voluntad unilateral, si se tratase de un acto de esa naturaleza, la segunda son expresiones incidentales que las partes han dejado deslizar en sus declaraciones así por ejemplo manifestar el contrato que la compraventa ha quedado concluida con el pago del precio importa una cláusula dispositiva; pero agregar que se paga con dinero proveniente de títulos del crédito boliviano interno es una simple enunciación. Es lógico que esta manifestaciones no puedan tener el mismo valor probatorio que las cláusulas dispositivas; pues no ha sido materia del negocio jurídico ni ha tenido porque recaer en ellas la atención de las partes; y hacen presumir que han sido agregadas sin mucha reflexión. Pero la distinción entre disposiciones y simples enunciaciones, que teóricamente parece clara, en la práctica resulta a menudo sutil y difícil.

7.5.- TEORÍAS SOBRE EL DERECHO NOTARIAL

Con relación al Derecho Notarial se identifican las siguientes teorías:

- **Teoría Funcionalista:** Castán: las finalidades de autenticidad y la legitimación de los actos públicos exigen que el notario sea un funcionario público que intervenga en ellos en nombre del Estado para atender, más que el interés particular, al general o social de

afirmar el imperio del derecho, asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos de los cuales penden las relaciones privadas.³³

- Teoría Profesionalista: En contraposición a la teoría antes referida, la teoría profesionalista asegura que recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las partes, lejos de ser una función pública, es un trabajo eminentemente profesional y técnico³⁴
- Teoría Ecléctica: De acuerdo a esta teoría, el Notario ejerce una función pública sui generis, porque es independiente, no está enrolado en la administración pública, no devenga sueldo del Estado; pero por la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza, tiene un respaldo del Estado, por la fe pública que ostenta. En síntesis, el notario es un profesional del derecho encargado de una función pública.³⁵
- Teoría Autonomista: Para esta teoría, con las características de profesional y documentador, el notariado se ejerce como profesión libre e independiente. Como oficial público observa todas las leyes y como profesional libre recibe el encargo directamente de los particulares³⁶

Entre estas teorías se tomó en cuenta para sustentar el trabajo de investigación la teoría ecléctica, considerando a Roberto Gonella que expone: El Notario como profesional de Derecho, desarrolla su actividad en el campo de la justicia preventiva, diferente a los procesos civiles y penales que le son ajenos.³⁷

Martínez Segovia, manifiesta que: "las funciones del Notario son de carácter jurídico, campo en que se destaca la actividad profesional del Notario, como jurista de carácter privado, pero calificado, sin embargo que contiene en la función puramente privada, las virtudes de la publicidad y valor que la hace semejante a la función pública y su carácter legal, por derivar su existencia a sus atributos de la Ley."³⁸

En ese sentido esta teoría presenta los siguientes elementos:

³³ CITADO <http://www.hmbb.galeon.com/atfciones913041.html>. Derecho Notarial

³⁴ <http://www.hmbb.galeon.com/aficiones913041.html>. Derecho Notarial

³⁵ <http://www.hmbb.galeon.com/aficiones913041.html>. Derecho Notarial

³⁶ <http://www.hmbb.galeon.com/aficiones913041.html>. Derecho Notarial

³⁷ Citas. Villarroel Claire, Ramiro., ob. Cit., pág. 36.

³⁸ CITA: Guzmán Farfán, Saúl. Derecho Notarial y Registros Públicos. 2000:187.

- El Notario de Fe Pública, es un profesional del Derecho que debe ejercer sus funciones con conocimientos en el campo de la ciencia del Derecho, dando el debido asesoramiento técnico y jurídico en el campo de la justicia preventiva.

Por ello, merece destacar el concepto que emite la Unión Internacional del Notariado Latino, calificando al Notario como un profesional del Derecho encargado de la función pública de recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando en documentos o instrumentos y confiriéndoles autenticidad. Obviamente hay tendencias opuestas en ese sentido que de alguna manera subestiman la función profesional del Notario, como es el caso del Sistema Anglosajón, donde el Notario de Fe Pública "sólo da fe de la firma, no es un profesional abogado, no orienta ni asesora a las partes, sólo necesita de cultura general, no existe colegio profesional ni lleva un protocolo."³⁹ El elemento primordial de ser abogado para ejercer las funciones de Notario de Fe Pública, hace entender que también en las Capitales de Provincias y Cantones de la República, el Notario de Fe Pública, es una indiscutible realidad jurídica de un gran valor por el servicio que presta al Derecho y a la colectividad, sin embargo, esta situación presenta una realidad distinta, porque al parecer la legislación nacional aplica el Sistema Latino sólo en las Capitales de Departamentos por formar parte de la Unión Internacional del Notariado Latino, cumpliendo con el requisito de ser abogado profesional para la designación de Notario en virtud a la Ley de Organización Judicial; y en las Capitales de Provincias y Cantones, por disposición de la misma Ley de Organización Judicial no exige ser abogado profesional, sólo se debe contar con el título de bachiller o haber cursado el tercero intermedio como en el Sistema Sajón.

- El otro elemento es que el Notario es un servidor de asistencia social, sólo en ese sentido es un servicio público que cumple una función pública de "justicia autorizante instrumental" pero no pertenece a la esfera administrativa.

La función social del Notario de Fe Pública, como servidor de asistencia social, podrá cumplirse en los lugares más alejados en favor de las comunidades campesinas que

³⁹ <http://www.hmbb.galeon.com/aficiones913041.html>

necesitan de sus servicios, de su asesoramiento, es decir el responder y resolver dudas y sólo así realizará un servicio público como es en la práctica diaria, porque la actividad jurídica en las provincias es igual que en toda sociedad cumpliendo con el aforismo "ubi societas, ibi ius"; pero no así como un funcionario público como lo define la legislación nacional (Art. 1° Ley del Notariado y Art. 277 de la Ley de Organización Judicial), porque en el Notario de Fe Pública, no forma parte de la administración pública porque no percibe un sueldo, pero sí cumple una función social y pública a favor de los particulares. Tomando en cuenta el concepto del profesor Rafael Bielsa: "Existen, sin embargo, actividades profesionales de índole pública que, por eso mismo, han inducido al empleo de una terminología que causa cierta confusión sobre el carácter jurídico y legal de quienes lo ejercen. Tal es la del Notario o escribano público. Para que haya función pública son necesarios, además del vínculo jurídico del nombramiento, los caracteres virtuales que él genera. La relación de subordinación jerárquica; el sueldo pagado por el Estado."⁴⁰

- El profesional calificado, responde a la responsabilidad profesional del Notario que implica a dar seguridad y garantías precisas en la realización de los fines queridos por las partes en el campo del Derecho Privado, practicando el arte de lo bueno y lo justo que reflejen la verdad y la legalidad de los negocios jurídicos, y la Ley 025 de 24 de junio de 2010, en su artículo 227 sobre la tuición y organización no menciona de los notarios y notarias.

En ese sentido, el licenciado Dante Marinelli, respecto a la responsabilidad del Notario expresa: "es conveniente que el Notario esté capacitado, intelectual y moralmente, para lograr eficazmente su función, sin generar resultados dañosos, tanto para los particulares como para él mismo, de allí donde descansa lo que se conoce como Responsabilidad Notarial, que no se circunscribe a una sola, sino a un conjunto de responsabilidades que darán por resultado, su buena observancia, a un instrumento público pleno y perfecto, evitando resultados negativos para la vida de éste".⁴¹

El conjunto de responsabilidades a los que se refiere el autor, son la responsabilidad civil, penal, administrativa y disciplinaria que establece la legislación nacional en la Ley 1455 de 18 de febrero de 1993 y Ley 1817 de 22 de diciembre de 1997. Cuando haya violación de un deber

⁴⁰ Bielsa, Rafael. Derecho administrativo Tomo III, 1956: 4

⁴¹ Bielsa, Rafael. Derecho administrativo Tomo III, 1956: 4

legal, por acción u omisión o negligencia y que se cause un perjuicio, el Notario habrá incurrido en responsabilidad civil; en responsabilidad penal, al falsificar los instrumentos públicos, por falsedad y otros delitos conexos, haciendo constar situaciones de derecho y de hecho que en la realidad no existen o aprovechándose de su función en beneficio propio o ajeno, siendo así mismo derivada en algunos casos la responsabilidad civil, como en publicidad indebida, revelación del secreto profesional, casos especiales de estafa, falsedad material, falsedad Ideológica, supresión, ocultación o destrucción de documentos, violación de sellos. La responsabilidad administrativa, se refiere a las acciones realizadas por el Notario en relación a la custodia con los registros y archivos. El Notario incurre en responsabilidad disciplinaria, cuando falta a la ética profesional o atenta en contra del prestigio de la profesión. El Consejo de la Judicatura que es el órgano disciplinario y administrativo del Poder Judicial, realiza el control sobre estas dos últimas responsabilidades a los Notarios, en virtud a las atribuciones que le han sido conferidas por el artículo 37 y siguientes de la Ley 1817 de 22 de diciembre de 1997.

En consecuencia, con esos antecedentes teóricos y doctrinales se puede definir la acción del Notario de Fe Pública en las Capitales de Provincias y Cantones, con una formación jurídica y profesional con título de abogado y estudios notariales como fase previa a la postulación para cumplir esa función, al servicio de la sociedad cumpliendo una función pública, pero no en el campo de la administración, incluyendo en el artículo 49 de la Ley del Notariado el requisito de ser abogado, de ese modo el derecho de las poblaciones y comunidades alejadas queda fijo, inalterable y permanente, constituyendo una garantía recíproca por las partes y el Notario, con sus conocimientos en el campo del Derecho y sus estudios de especialización notarial satisfaciendo necesidades de interés social.

7.6.- MARCO CONCEPTUAL

- **DERECHO NOTARIAL.-** Conjunto de normas jurídicas que regula el ejercicio de la profesión de notario o escribano.
- **BILATERALIDAD.-** Actos bilaterales, aquellos que para que produzcan efecto jurídico requiere el consentimiento de dos o más personas, como los contratos.
- **UNILATERABILIDAD.-** Lo que impone obligaciones a una sola de las partes.

- **DERECHO NOTARIAL.-** Es una disciplina que nació hace miles de años en el Imperio Romano, se transformó a través del tiempo en una institución. Es como necesidad de la tecnología y la cibernética, que precisa adaptarse al ambiente de leyes y disposiciones nuevas de la ciencia jurídica.

El derecho Notarial evidentemente fue parte del Derecho Civil, pero tiene estructuras propias e historia verídica y cronológica, en el ámbito jurídico. Se desprendió del derecho Civil con doctrina propia, formando un cuerpo jurídico, está adherido al Poder Judicial y también a los órganos administrativos del Estado.

ACTA NOTARIAL.- Relación que extiende el Notario para acreditar de manera fehaciente uno o más hechos que presencia y autoriza.⁴²

ACTO JURÍDICO.- "Manifestación exterior de voluntad bilateral o unilateral, cuyo efecto directo, es engendrar, fundada en una regla de Derecho o en una institución Jurídica, en contra o a favor de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente general o por el contrario, un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho".⁴³

AUTENTICACIÓN.- Es el principio aplicado al proceso notarial de formación del instrumento público, la idea de autenticar es y no puede ser otra, que el cumplimiento del acto, en cuya virtud la ley ordena aprobar como cierta, la existencia de un hecho o de un acto jurídico.⁴⁴

COMPETENCIA.- "La competencia, es una medida de jurisdicción. Todos los jueces tienen jurisdicción; pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción y sin competencia. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido a un juez"⁴⁵

⁴² Íbidem. 1990:25.

⁴³ Cita. Bonnecase, Julián. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo I, p. 164, citado por Kaune Arteaga, Walter, Curso de Derecho Civil, Contratos, Teoría General de los Contratos Tomo 1.1996: 31.

⁴⁴ Guzmán Farfán, Saúl. Derecho Notarial y Registros Públicos, pag. 62.

⁴⁵ Couture, J. Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición (Póstuma). 1958, pág.29.

- **CONTRATO.**- "Es una variedad de negocio jurídico bilateral, conformado por el acuerdo de dos o más partes con el objeto de constituir, modificar o extinguir relaciones de derecho de carácter patrimonial, a través de la composición de intereses opuestos" ⁴⁶
- **DOY FE.**- Estas dos palabras consagradas en el Derecho Romano, constituyen la plena prueba y absoluta autenticidad de un documento como testimonio de lo cierto. Significa la legitimidad de la propiedad y el derecho de poseer, amparado por la ley ⁴⁷
- **ESCRITURA PÚBLICA.**- "Es el documento autorizado, con las solemnidades legales, por Notario competente a requerimiento de parte, e incluido en el protocolo y que contienen, revela o exterioriza un hecho, acto o negocio jurídico, para su prueba, eficacia o constitución, así como las copias o reproducciones notariales de él". ⁴⁸
- **FE PÚBLICA.**- "En lo concerniente a la potestad fedante del Notario, podía ser la veracidad, confianza y autoridad legítima que le es atribuida, acerca de actos, hechos y contratos realizados o producidos en su presencia, y que se tiene por auténticos y con fuerza probatoria mientras no se demuestre su falsedad." ⁴⁹
- **FUNCIÓN NOTARIAL.**- "Función legitimadora o asesora. Lo mismo que la función registradora o la judicial, la función notarial está destinada a dar carácter jurídico a las personas, a las cosas y a los actos, aplicando el Derecho" ⁵⁰. "La función notarial es la función profesional y documental autónoma, jurídica, privada y calificadora, impuesta y organizada por la ley, para procurar la seguridad, valor y permanencia, de hecho y de Derecho, al interés jurídico de los individuos, patrimonial o extra patrimonial, entre vivos o por causa de muerte, en relaciones jurídicas de voluntades concurrentes o convergentes y en hechos jurídicos, humanos o naturales (objeto material) mediante su interpretación y configuración, autenticación, autorización (operaciones de ejercicio) confiadas a un Notario" ⁵¹

⁴⁶ Kaune Arteaga, Walter. Teoría General de los Contratos. 1996, pág. 35.

⁴⁷ Mendoza Arzabe, Fernando. Tratado de Derecho Notarial. 1993, pág. 325.

⁴⁸ Ávila Álvarez, Pedro. Estudios de Derecho Notarial. 1973, pág. 55.

⁴⁹ Villarroel Claire, Ramiro, ob. Cit, pág. 76

⁵⁰ Íbidem. 2005, pág. 5.

⁵¹ Martínez Segovia, Francisco. Función Notarial. 1961:21.

HECHOS JURÍDICOS.- Son acontecimientos de la naturaleza, acciones del hombre que al materializar los supuestos de la norma jurídica y al individualizar ésta, en relación a una determinada persona producen efectos de derecho.⁵²

INSTRUMENTO PÚBLICO.- "Instrumento Público es todo escrito autorizado por un funcionario público, sin embargo debemos entender por instrumento público o por escritura pública, el escrito en que se consigna una disposición o un convenio, otorgado por ante Notario Público conforme a ley, por eso que la mayoría de los tratadistas explican el instrumento público a la luz del Derecho Notarial".⁵³

MINUTA.- "Borrador o extracto de un contrato, testamento, alegato, o de otra cosa que se hace anotando las cláusulas o datos principales para luego darle la redacción requerida para su plena validez y total claridad".⁵⁴

NOTARIO DE FE PÚBLICA.- Es un profesional del Derecho que aplica la normativa jurídica en todas sus manifestaciones, para construir la excelencia en el documento que elabora, o sea, el instrumento público, en beneficio imparcial de los intereses particulares puestos a su diligencia o cuidado. Ese trabajo requiere de una alta especialidad profesional y de una incuestionable calidad ética, aspectos que identifican un modo específico de obrar y actuar que son propios y exclusivos del Notario, y que por su complejidad conceptual exceden los marcos del Derecho Civil, Mercantil, Procesal y Administrativo.⁵⁵

NOTARIADO.- "Es un jurista facultado por ley para interpretar y configurar, autenticar, autorizar y resguardar tanto el documento notarial (o medio objetivo), como el objeto material (o contenido) de la función notarial, siendo el órgano de dicha función".⁵⁶

PROTOCOLIZACIÓN.- Acto de Registrar o incorporar un documento, ya sea público o privado, a un protocolo notarial de las actas y documentos que autoriza, y de aquellos que los particulares solicitan o las autoridades judiciales disponen.⁵⁷

⁵² Kaune Arteaga, Walter. Curso de Derecho Civil. Contratos. Teoría General de los Contratos. Tomo 1.1996: 29.

⁵³ Guzmán Farfán, Saúl. Derecho Notarial y Registros Públicos.2000:101.

⁵⁴ Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 1990: 468.

⁵⁵ Villarroel Claure, Ramiro,, ob. Cit., pág. 17

⁵⁶ Martínez Segovia, Francisco. Función Notarial. 1961:19

PROTOCOLO.- Esta palabra viene de la voz griega "protos" que significa primero en su línea, y de la latina "collium" o "collatio" que significa comparación o cotejo.⁵⁸

REGISTRO NOTARIAL.- Es el instrumento que da cuenta de una declaración de voluntad en un contrato, o un testamento, es el cúmulo de tales instrumentos formando un libro foliado y encuadernado, instrumento que autorizado con las solemnidades legales por el oficial público llamado Notario, tiene mérito de la fe pública y de servir de prueba preconstituida, de construir la historia fidedigna de sucesos jurídicos trascendentales y de permanecer en custodia segura y responsable, para uso por tiempo indefinido. Este registro público pertenece al Estado y no al Notario por tanto es propiedad pública.⁵⁹

- TESTIGO INSTRUMENTAL: En los documentos o instrumentos notariales, el que firma juntamente con el Notario para solemnidad del acto, y afirmar así el hecho y contenido del mismo.⁶⁰
- TESTIMONIO NOTARIAL.- Es la reproducción de la matriz hecha a mano o mecanografiada y expedida en forma legal, habida cuenta de que ésta queda en el protocolo como una garantía permanente de que el acto se ha realizado. El testimonio es una pieza jurídica con categoría de instrumento público; no es una clase de escritura pública, sino la escritura pública misma, objetivamente considerada.⁶¹

7.7.- MARCO JURÍDICO

Este trabajo de investigación, se fundamenta en la Constitución Política del Estado como ley fundamental y suprema; la Ley del Notariado de 5 de marzo de 1858 que regula las funciones del Notario de Fe Pública, cuya modificación se dio solamente por la Ley de 5 de Septiembre de 1924 y Decreto de 23 de Agosto de 1899; Ley 1455 de Organización Judicial que igualmente regula alguna de las funciones del Notario de Fe Pública que forma parte del Poder Judicial, Ley 1817 del Consejo de la Judicatura, como órgano administrativo y disciplinario del Poder Judicial;

⁵⁷ Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 1990:623.

⁵⁸ Villaruel Claire Ramiro, ob. Cit., pág. 275.

⁵⁹ Guzmán Farfán, Saúl. Derecho Notarial y Registros Públicos 2000:408.

⁶⁰ Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 1990:747.

⁶¹ NERI, Argentino. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial II. 1961:10

y circulares emitidas por la Corte Suprema de Justicia al Colegio de Notarios, por las cuales actualmente vienen ejerciendo sus funciones los Notarios de Fe Pública.

a) LEY DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL -Ley No 1455 de 18 de febrero de 1993

Notarías de Fe Pública

Art. 277.- OBJETO.- Los notarios de fe pública, de gobierno y de minería, son funcionarios públicos encargados de dar fe, autenticidad y solemnidad a los actos y contratos que señala la ley.

Art. 279.- ACTAS Y COPIAS NOTARIALES.- Se autoriza a los notarios la sustitución del manuscrito por protocolos mecanografiados o computarizados y extender fotocopias legalizadas o testimonios de las escrituras a elección de las partes, únicamente cuando tengan los registros originales.

b) LEY DEL NOTARIADO

De las Funciones, Distrito y Deberes de los Notarios

Artículo 1°.- Los notarios son funcionarios públicos, establecidos para autorizar todos los actos y contratos a que las partes quieran dar el carácter de autenticidad, con sujeción a las prescripciones de la ley.

Artículo 16°.- Los notarios no podrán extender escritura alguna en que sean partes, o tengan interés directo o indirecto sus ascendientes o descendientes en todos los grados, o sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Artículo 17°.- Las escrituras se otorgarán ante un notario y dos testigos mayores de edad, vecinos de lugar del otorgamiento y que sepan leer y escribir. Sin embargo, en los testamentos se estará a lo dispuesto en el Código.

Artículo 23°.- (segundo párrafo). Los poderes y demás justificativos que califiquen la personería de los apoderados, se insertarán también en la escritura

Artículo 24. "Las escrituras se extenderán en los registros sin interrupción y en letra clara, sin dejar blancos ni intervalos. No se escribirá cosa alguna por abreviaciones, ni se pondrá fecha ni cantidad en cifras, ni nombre o apellido en iniciales, sino cada palabra con todas sus letras".

Parte de esta disposición se encuentra modificada en cuanto a "letra clara" porque en la actualidad el manuscrito se ha sustituido por protocolos mecanografiados o computarizados como establece el Artículo 279 de la Ley 1455 de Organización Judicial.

Artículo 29. "Cada Notario formará un registro de papel del sello designado en el que se extenderán las escrituras de contratos y demás actos que se otorguen por las partes".

En la actualidad, la extensión de las escrituras públicas de los contratos, se las realiza en formularios notariales, como ordena la Circular CJ-GSJ- 001/2003 punto 9 del Consejo de la Judicatura (Anexo), mencionando inclusive el tamaño de letra, el interlineado y márgenes en la Circular CJ- GSJ-003/2006. (Anexo)

Artículo 31. "Los Notarios están obligados a conservar bajo de numeración las minutas de las escrituras que otorgaren, rubricándolas previamente. Asimismo conservarán con igual formalidad los poderes y demás piezas que deben quedar depositadas". En cuanto a la conservación de las minutas, escrituras públicas, poderes, actas y otros documentos, es de alta responsabilidad del Notario de Fe Pública, porque en esos archivos se encuentran los documentos originales, así como los protocolos y otros documentos que garantizan su interés legal.

Artículo 32. "Sólo el Notario que tiene la minuta puede dar los originales y testimonios respectivos".

Es otra disposición que el Notario debe cumplir en el ejercicio de sus funciones, sin embargo, cuando temporalmente suspende el ejercicio de sus funciones por viaje, enfermedad u otro motivo, éste delega a otro, en suplencia legal quien podrá extender los testimonios originales a solicitud de la parte interesada, conforme al artículo 286 de la Ley 1455 de Organización Judicial.

Artículo 35°.- Cuando se pide un registro por autoridad judicial, el mismo notario lo presentará, a no ser que el tribunal que lo pide cometa las diligencias a uno de sus miembros, a otro juez o a algún otro notario.

Artículo 41. "Los Notarios formarán por duplicado un índice sinóptico de todas las escrituras que otorguen, el que contendrá: el número de las escrituras; la fecha de ellas, su naturaleza, los nombres y apellidos de las partes y su variedad, la indicación de los bienes, su situación y precio, cuando se trate de escrituras que tuvieren por objeto la propiedad, el usufructo, o el goce de bienes inmuebles; la suma de los derechos pagados".

De la transmisión y seguridad de los archivos y registros

Artículo 64°.-En caso de renuncia, destitución o muerte del notario, él o sus herederos estarán obligados a entregar el archivo y registro corriente, minutas, índice y demás papeles, en el perentorio término de treinta días, a uno de los notarios de su jurisdicción.

Si no hubiere otro notario en dicha comprensión, la entrega se hará ante el juez instructor, mientras sea prevista aquella plaza.

Artículo 65°.- El notario que fuese suspenso, conservará su archivo y registro, y cuando se pidan por las partes los testimonios, los darán los jueces instructores.

Artículo 68°.- En todos los casos que haya de pasarse un archivo, registro corriente, minutas e índice, se formará por duplicado un inventario de todos los papeles, y el que se encargue del archivo lo firmará, quedando un ejemplar en poder del que le hace la entrega, y el otro se pasará a la secretaría de la Corte del Distrito.

Artículo 69°.- Todo arreglo sobre percepción de derechos por lo que deba cobrarse, se hará amigablemente entre el notario que cesa a sus herederos y el que recibe el archivo y registro.

Si no hubiere avenimiento, el juez instructor hará los arreglos convenientes a los interesados.

Artículo 70°.- Luego que muera un notario, o el que se halle en posesión de un archivo y registro, el juez del lugar cerrará la oficina, sellando los papeles, todo bajo su responsabilidad.

8. DISEÑO METODOLÓGICO

8.1.- MÉTODOS GENERALES

En consideración a la clase de investigación y el enfoque del trabajo se utilizarán los siguientes métodos generales:

- a) **DEDUCTIVO:** La estructura general de la monografía seguirá éste método porque se comenzará con el estudio causal explicativo de aspectos generales como es el caso de los antecedentes históricos en cuanto a la función notarial, la presencia de los testigos en los actos y negocios jurídicos, las clases de testigos, características y legislación existente, para luego circunscribir el estudio a los testigos instrumentales y de conocimiento. Asimismo señalar que también se utilizó éste método en la delimitación temática del perfil de la monografía, habiendo comenzado con la ubicación del fenómeno en el ámbito del Derecho Privado, para luego circunscribir el estudio al Derecho Civil y el Derecho Notarial. Es importante considerar en la aplicación de éste método lo que se conoce como falacia post hoc, es decir el hecho de que un suceso se observe o tenga lugar antes que otro, no demuestra forzosamente que el primero provoque el segundo o que el segundo sea una consecuencia del primero. Para sustentar éste método se utilizarán otros señalados líneas abajo.
- b) **ANÁLISIS:** A través de éste método se realizará el estudio detallado de cada uno de las clases de testigos establecidos por la doctrina y legislación jurídica, a saber: testigos procesales, de conocimiento, instrumentales, etc. A partir del estudio específico de los aspectos mencionados, podremos explicar la importancia de los testigos instrumentales y de conocimiento, delimitar aquello que es esencial de lo que no lo es, además de precisar las diferentes etapas y tendencias en el desarrollo del fenómeno estudiado. En otras palabras el objetivo del análisis será llegar al conocimiento de las partes componentes y desentrañar los nexos y relaciones que se dan entre ellos.
- c) **HISTÓRICO:** A través de un estudio cronológico detallado de todos los antecedentes, causas y condiciones históricas en que surgió y se desarrolló la función notarial, su regulación jurídica a nivel nacional e internacional.

- d) **COMPARATIVO:** A través de un estudio detallado de las principales legislaciones, especialmente el peruano, mexicano, italiano, alemán y sobre todo latinoamericano sobre el tema propuesto.
- e) **SÍNTESIS:** El método será utilizado fundamentalmente en la elaboración de las conclusiones y proposiciones de la monografía, a través de la integración mental de los elementos o nexos esenciales del fenómeno estudiado y con el propósito de fijar las cualidades y rasgos principales inherentes al objeto.

8.2.- MÉTODOS ESPECÍFICOS

- **CONSTRUCCIONES JURÍDICAS:** A través de un estudio sistemático de los principios y normas jurídicas que regulan la función notarial, la fe pública y la fe notarial en todas sus formas, vinculadas con las demás ramas del Derecho.

En el ámbito empírico se utilizarán las siguientes reglas y operaciones para el posterior manejo de los instrumentos de investigación:

8.3.- TÉCNICAS

- a) **OBSERVACIÓN:** Nos permitirá describir el procedimiento que actualmente se sigue para la otorgación de escrituras públicas ante Notario de Fe Pública, para luego explicar sus principales características y vicisitudes. A través de esta técnica (algunos autores también la consideran método) pretendemos lograr el registro sistemático, válido y confiable de comportamientos o conductas manifiestas.

Las clases de observaciones a utilizarse serán la sistemática, de corroboración, no participativa, precedidas de una adecuada planificación y en directa relación con el problema de la monografía y objetivo general.

Las fases a seguirse en la observación serán:

- **Determinación del área o sector a observar:** Notarías de Fe Pública
- **Determinación de los aspectos a ser observadas:** Importancia de los testigos instrumentales y de conocimiento en la otorgación de las escrituras públicas,

- Definición del marco de referencia para la observación
- Realización de la observación
- Codificación de la observación
- Estudio interpretativo

8.4.- INSTRUMENTOS

FICHAS: Las fichas a utilizarse en la elaboración del presente trabajo, tienen relación directa con el cronograma pre establecido, utilizándose:

- Ficha Piloto Provisional: Tienen por objeto guiar toda la investigación y serán divididas en: Fichas Piloto Provisional Preposicional, Esquemática, Metodológica, Bibliográfica y Programática.
- Fichas Ayuda memoria: Tienen por objeto registrar ordenadamente toda la información que sea recopilada durante el presente estudio; y se dividirán en: de texto transcrito, resumido evaluado, comparado, de observaciones, entrevistas, cuestionarios, hemerográficas e iconográficas.

CAPITULO I

LA FUNCIÓN Y LA FE PÚBLICA NOTARIAL

1. LA FUNCIÓN NOTARIAL

1.1.-CONCEPTO

Del latín "functio", ejecución, cumplir con; en nuestra materia: desempeñar una función pública, cumplir un deber. También ejercicio de un empleo, cargo u oficio: "functus servi".

La Función Notarial está encaminada a la producción del instrumento público, vale decir, a la creación de la pieza jurídica que documenta y valora el derecho o el hecho referido a asuntos de interés puramente privado, la función notarial es potestativa del Estado y está organizada con atributos propios, concentrando su naturaleza en que es una función generada por el poder del Estado y no una función meramente declarativa y delegada.

Según el artículo 277 de la Ley de Organización Judicial, La función Notarial en Bolivia es la de dar fe, autenticidad y solemnidad a los actos y contratos que señala la ley, de donde deducimos que aquellos contratos señalados por Ley son los mencionados en el artículo 491 de nuestro Código Civil, que señala: "...Deben celebrarse por documento público.

- El contrato de donación, excepto la donación manual
- La hipoteca voluntaria
- La anticresis
- La subrogación consentida por el deudor
- Los demás actos señalados por ley

Esta acepción limitada de la función notarial no muestra lo que en realidad es dicha función.

La Función Notarial consistente en autenticar o legalizar lo que el Notario ve, oye y percibe por sus sentidos, los Notarios han adaptado las leyes a las necesidades y tendencias de cada momento histórico, con medios ingeniosos, que han sido uno de los más interesantes factores de la

evolución del derecho, el Notario desempeña dos funciones: 1) Una previa que es el "responderé", es decir la función de asesoramiento que ejerce como jurista en busca de la fórmula legal que en un plano de equilibrio y de igualdad garantice a las partes la salud jurídica de sus intereses-, 2) ante la articulación entre hecho y norma, el Notario desarrolla las siguientes tareas:

- a) De configuración, es decir traducción jurídica de lo que expresan las partes como manifestación de su libre voluntad en el marco del respectivo asesoramiento para fijar en conceptos técnicos y jurídicos la expresión escrita de las voluntades;
- b) De legalización, es decir determinar si la pretensión negocial está conforme a ley, a la moral o al orden público, dentro los parámetros de presunción de legalidad que se impone en el tráfico jurídico sujeto al fallo judicial;
- c) De legitimación. El Notario califica que quien se presente como sujeto o titular está capacitado para realizar el acto. La formalización de la escritura pública expresa la buena fe de los manifestantes y es el acto por el cual se abre la adquisición de dominio mediante el registro. Como se puede apreciar, el Notario ejercita simultáneamente dos operaciones:
 - 1) Formalización, o sea dación de forma pública y autorización, es decir, dación de fe pública;
 - 2) En orden a su conservación, la labor de documentación y custodia bajo la técnica archivística más conveniente".

Si llegamos a desglosar las funciones anteriormente mencionadas, veremos que en el derecho notarial boliviano se llevan a cabo todas y cada una de ellas de la siguiente manera; El Notario es un asesor legal por excelencia, cuando una persona busca los servicios de un notario de fe pública no solamente busca cumplir una formalidad establecida por ley busca sobre todo ser asesorado en cuanto a los pasos legales que se deben seguir para perfeccionar sus necesidades jurídicas, así por ejemplo en el caso supuesto de una persona que desea otorgar un poder a otra persona para la transferencia de un inmueble, el Notario deberá cumplir un trabajo de asesoramiento, guiando a la persona en cuanto a las facultades que se requieren para realizar un poder de las características solicitadas.

El Notario, a su vez, al cumplir su función de configuración elaborará el documento requerido, dentro del marco de lo exigido por ley, y cumpliendo con las formalidades y requisitos exigidos y

de ese modo fijar conceptos técnicos y jurídicos que manifiesten la expresión escrita de la voluntad de las partes y determinando si las partes se encuentran capacitadas para realizar el acto jurídico solicitado.

Finalmente cumpliendo su función autenticadora el Notario firmará la Escritura elaborada por éste dotándola de ésta manera de fe pública, y procederá al archivo en custodia del documento mencionado.

1.2.- MEDIOS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

La función notarial se vale de dos medios que hacen posible su existencia, el primero es el Notario y el otro es la Escritura Pública, ambos determinan el concepto general de lo que es la función notarial, el Notario es la persona, el profesional dotado de las facultades necesarias para llevar a cabo dichas funciones y la escritura pública es el documento elaborado por el Notario que es el testimonio escrito y que representa la exteriorización de la voluntad de las partes, entonces nos encontramos con dos medios, un medio subjetivo y un medio objetivo, cuyas particularidades son las siguientes:

a) Medio subjetivo.

El Notario, y su idoneidad profesional, son la base sobre la cual descansa la Función Notarial, el Notario debe ser un profesional debidamente capacitado, para poder interpretar correctamente la voluntad de las partes, para adecuar dicha voluntad dentro del marco de la ley, para cumplir sus funciones de acuerdo a lo establecido en el Derecho Notarial, en palabras del Dr. Ramiro Villarroel Claire, debe ser una persona que demuestre su buena fe y en general sus cualidades de hombre de bien.

En Bolivia, a partir de la promulgación de la Ley de Organización Judicial, se exige la profesionalización del Notario, lo cual permitió realizar una depuración de las personas encargadas de Notarías que no cumplían dicho requisito y que realizaban un trabajo irresponsable y haciendo caso omiso a las normas.

En Bolivia, a partir de la promulgación de la Ley de Organización Judicial, se exige la profesionalización del Notario, lo cual permitió realizar una depuración de las personas

encargadas de Notarías que no cumplían dicho requisito y que realizaban un trabajo irresponsable y haciendo caso omiso a las normas.

b) Medio Objetivo.

La Escritura Pública constituye el medio objetivo de la Función Notarial, el instrumento público no es, en primer término, un documento redactado directamente por las partes interesadas en él (documento privado), sino un documento redactado y autorizado por un funcionario especial a quien la ley encarga su redacción, solemnización y autenticación en uso de sus facultades normadas por ley.

La Escritura Pública es todo instrumento matriz, cuyo contenido principal es el acto o negocio jurídico, es autorizado por Notario en ejercicio de sus funciones, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley, para darle forma, constituirlo y eventualmente probarlo.

La objetividad notarial se plasma en el documento que elabora el Notario en el marco de garantías que establece la ley y que por la prudencia del Notario adquiere seguridad y permanencia a través del tiempo y se carga de valor jurídico por la autoridad que inviste la fe pública.

Francisco Martínez Segovia (Función Notarial; 1961), señala que la función notarial es compleja, compuesta de acciones y ejercicios profesionales y documentales, indivisibles, en la figura actual del Notario. Tiene por fin proveer de seguridad, valor y permanencia, de hecho y de derecho, al documento notarial y a su objeto y contenido, fines que se fusionan entre sí de manera indiscutible. Para obtener estos fines la función se sirve de un medio subjetivo, que es un órgano, o sea, el Notario, y su pericia jurídica, y de un medio objetivo que es el documento notarial.

1.3.- PRINCIPIOS DEL DERECHO NOTARIAL COMO DISCIPLINA JURÍDICA INDEPENDIENTE

Se entiende por principio la fuente de la cual deriva el ser y el conocimiento, principio es el punto de partida de un sistema, los principios sobre los cuales descansa el derecho notarial boliviano

demuestran que el mismo es una rama independiente del derecho, a continuación veremos cuáles son estos principios:

- a) Principio de la forma Si bien no es exclusivo del derecho Notarial, constituye en el ámbito del instrumento público la esencia misma de su conformación, desdoblada como afirma Gonzáles Palomino en formas de ser (Principio del instrumento forma) y formas de valer (Principio de la prueba preconstituida).
- b) Principio de la escritura. Consecuentemente con el anterior, el Principio de la escritura trasciende la materialidad de la grafía para constituirse en forma esencial del instrumento, garantizando su existencia y contenido, todos los documentos notariales son escritos el Notario materializa en el papel los actos y hechos de los que tiene conocimiento.
- c) Principio de intermediación. Objetivado en la forma Ante mí, que ha de requerir la inexorable presencia en la comparecencia del instrumento, por sí o por representación, de las partes interesadas en él y la exhibición en relación con las cosas que motivan el otorgamiento, y sobre lo que ha de fundarse el principio de la fe pública o autenticidad.
- d) Principio de notoriedad. Está basado en los fundamentos de los juicios del notario y debemos distinguir en él dos fases: Juicio que el Notario no presencia, pero que conoce de ciencia cierta emitir juicios sobre el conocimiento o capacidad de los comparecientes en el documento notarial de que se trate. Juicio que el Notario emite basado en testimonio de personas (testigos) o por medio de documentos idóneos, aportados al instrumento.
- e) Principio de unidad de acto. Este principio se encuentra estrechamente vinculado al de intermediación. La audiencia notarial debe ser plena y debe estar integrada por los sujetos básicos del instrumento notarial (comparecientes por sí o su representación).
- f) Principio de matricidad o protocolo. Los documentos notariales se redactan en forma original y conjuntamente con sus documentos agregados conforman el protocolo notarial.
- g) Principio testimonial. En contraposición al Principio de matricidad o protocolo, el Notario tiene una función de testimoniar hechos en forma documental o de presencia, que no van a formar parte de su protocolo. En la doctrina, a esta actividad notarial se le denomina

testimonios notariales, toda vez que el Notario da fe de hechos evidentes ante él, ya por vía documental o por presencia notarial, física ante el hecho testimoniado.

- h) Principio de legalidad. La actividad del Notario en su conjunto constituye actos reglados por el derecho, tanto en la formación del instrumento como tal y de su contenido negocia;, como de aquellos otros que han de servir solo como prueba preconstituida.
- i) Principio de consentimiento. Este principio nace como consecuencia del principio de legalidad, y se manifiesta tanto en la esfera de los hechos como en la del derecho.

En la esfera de los hechos, el compareciente consiente en todo cuanto el Notario requiera, presencie o narre, con arreglo a las normas notariales (otorgamiento, lectura, enmiendas, adiciones y firmas).

En la esfera del derecho debemos distinguir la existencia del consentimiento y su idoneidad para la validez del acto y estará configurado por los límites de disponibilidad del negocio, por la capacidad civil y la legitimación de la parte para el acto de que se trate.

- j) Principio de representación instrumental. La audiencia notarial es privada, careciendo en este sentido de publicidad; el acto trasciende mediante la copia autorizada (testimonio), que no es más que la representación instrumental del acto notariado.
- k) Principio declarativo de hechos y derechos. Que no es más que la de dar fe de hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica de las que se deriven o declaren derechos o intereses legítimos para las personas o de cualquier otro acto de carácter lícito (actas).

1.4.- AGENTE DE LA FUNCIÓN NOTARIAL (EL NOTARIO)

Según lo señalado por nuestra Ley de Organización Judicial Los Notarios de Fe Pública son funcionarios públicos encargados de dar fe, autenticidad y solemnidad a los actos y contratos que señala la ley, sin embargo de ello el Notario no puede considerarse en nuestro medio como funcionario público ya que éste no desempeña ninguna labor legislativa, judicial ni administrativa, además de ello el Notario no percibe remuneración del Estado, no percibe jubilación, ni pensiones, no goza del beneficio anual de vacaciones, además de no estar sujeto a escalafón, el Estado no dota al Notario de un espacio para poder ejercer sus funciones, es el

mismo Notario que a su costo establece su Notaría, compra sus equipos, contrata a sus empleados, paga sueldos, y demás, por lo cual no se lo puede considerar un "funcionario público".

El Notario es un profesional del Derecho que desempeña una función de orden público, que es la fe notarial, vale decir que el Notario ejerce una función pública para otorgar a los actos en los que interviene una verdad absoluta, la fe pública, solemnizarlos y darles forma legal, asesorando a las partes y colaborando con el Estado en el cumplimiento de las leyes. "...¿Y quién es el Notario? La persona autorizada que, conforme a derecho, da fe instrumental de los hechos, actos y negocios jurídicos de derecho privado realizados voluntariamente y, sí bilaterales, en acuerdo autónomo. La función fedante, cristalizada en el instrumento, ha creado al Notario, y no a la inversa..."

La legislación moderna reconoce la función del Notario como un Ministro de Fe, que da autenticidad a los documentos y contratos, que son plena prueba, otorgándoles permanencia, seguridad, eficacia de un modo cierto y jurídico, puesto que el documento queda en los protocolos del Notario, archivado y ordenado en forma cronológica.

- Notario Mayor de los Reyes, es el funcionario que atiende los dictados del soberano, en los acuerdos que celebra con otros Estados.
- Notario Ministro de la Fe, su actividad se circunscribía en las negociaciones directas de un soberano con otro. La legislación moderna, con su cambio de estructuras, no requiere de sus servicios, habiendo desaparecido sus funciones y atribuciones.
- Notario de Diligencias, estaban autorizados y habilitados para practicar notificaciones de autos o decretos judiciales.
- Escribano o Notario, son sinónimos en sus funciones, Tienen los mismos poderes y atribuciones para el ejercicio de su cargo.

La clasificación anteriormente mencionada nos da una idea de la necesidad que existía de normar o reglamentar de alguna manera los actos que involucraban derechos y obligaciones de los

particulares y a su vez del Estado con aquellos, y así buscar la seguridad jurídica exigida por la sociedad.

Muchas de las clases de Notario anteriormente señaladas, en la actualidad, se encuentran en desuso por lo cual nos limitaremos a realizar la siguiente clasificación tomando en consideración el ámbito de investigación que es todo el territorio nacional:

- Notario de Gobierno, que tiene por función legalizar, archivar, los documentos, contratos y demás actividades del Estado;
- Notario Electoral, que cumplen funciones muy limitativas y acción periódica, ya que solo duran en el periodo eleccionario;
- Notarios de Fe Pública de 1ra., 2da. y 3ra. Clase Se ha determinado en nuestra legislación la creación de tres clases de Notarios de Fe Pública los que si bien se encuentran sometidos a la Ley del Notariado vigente, fueron clasificados debido a su competencia territorial, de donde tenemos el Notario de Fe Pública de Primera Clase, quien es el Notario designado para ejercer sus funciones en las capitales de ciudad, el Notario de Fe Pública de Segunda Clase, quien ejerce sus funciones en las Provincias de Departamento y finalmente el Notario de Fe Pública de Tercera Clase, el cual ejercerá sus funciones en los Cantones.

Si bien estos tres tipos de Notarios de Fe Pública se encuentran sometidos a la Ley del Notariado, y deben realizar las mismas funciones encomendadas al cargo de Notario de Fe Pública, se ha establecido que se encuentran diferencias en cuanto a los requisitos para su designación y en cuanto a sus suplencias, de acuerdo a lo siguiente:

1.5.- REQUISITOS PARA LA DESIGNACIÓN DE NOTARIO

De acuerdo a lo normado en la Ley de Organización Judicial en su artículo 278, entre los requisitos para ejercer el cargo de Notario de Fe Pública de Primera Clase se debe contar con título de Abogado en Provisión Nacional, para ser Notario de Fe Pública de Segunda Clase, vale decir Notario en capitales de provincia, se requiere por lo menos, poseer diploma de bachiller en humanidades, y para ser designado Notario de Fe Pública de Tercera Clase o Notario en los cantones, como mínimo haber cursado el ciclo intermedio.

Suplencia. A su vez el artículo 286 de la Ley de Organización Judicial establece que los Notarios de las capitales de departamento, vale decir los Notarios de Fe Pública de Primera Clase, se suplirán recíprocamente en caso de impedimento, con autorización expresa de la Corte Superior de Distrito, los Notario de Fe Pública de Segunda y Tercera Clase o Notarios de Provincias y Cantones, en caso de ausencia serán suplidos por el secretario de los juzgados de partido, de instrucción, en este orden y con autorización de los respectivos jueces.

a) Forma de designación

La Ley del Notariado de Bolivia de 1858 en su artículo 49° dice: "Para ser Notario se requiere:

- Ser ciudadano en ejercicio;
- Tener veinticinco años cumplidos-,
- Ser de notoria honradez y no haber sido condenado a pena corporal por los tribunales ordinarios;
- Ser examinado y aprobado por la Corte de Distrito;
- Justificar el tiempo de trabajo prescrito por los artículos siguientes.

En la actualidad la Ley No. 1455 promulgada en fecha 18 de Febrero de 1993, (Ley de Organización Judicial), en su artículo 278 establece lo siguiente:

Para ser designado notario y desempeñar este cargo, se requiere:

- Ser ciudadano en ejercicio:
- Tener título de abogado en provisión nacional; y haber ejercido la profesión con ética y moralidad cuando menos dos años;
- No haber sido condenado a pena privativa de libertad;
- No estar comprendido en las prohibiciones e incompatibilidades señaladas en ésta ley para los jueces-,
- Ser examinado y aprobado por la Corte Superior de Distrito, respectiva-,

- Para ser notario en las capitales de provincia se requiere, por lo menos, poseer diploma de bachiller en humanidades; en los cantones como mínimo haber cursado el ciclo intermedio. El mismo tratamiento se otorgará en los distritos judiciales de Beni y Pando, entre tanto no existan profesionales abogados que soliciten desempeñar estos cargos.

Tal como lo señala el inciso d) anteriormente mencionado la persona a ser designada Notario de Fe Pública no debe estar comprendida en las prohibiciones e incompatibilidades señaladas en la Ley de Organización Judicial para los jueces, lo que significa que:

Adecuando el artículo 6 de La Ley de Organización Judicial, las funciones del Notario de Fe Pública son incompatibles con el ejercicio de todo otro cargo público remunerado, con excepción de las funciones docentes universitarias y de las comisiones calificadoras, son igualmente incompatibles con las funciones directivas de instituciones privadas, mercantiles y de cualquier otra naturaleza, la aceptación de cualesquiera de estas funciones significa renuncia tácita, a la función notarial y anula sus actos jurisdiccionales a partir de la fecha de dicha aceptación, tampoco podrán ejercer ninguna actividad política o sindical bajo la misma sanción.

Las funciones Notariales serían también incompatibles con el ejercicio de la abogacía, salvo el caso de tratarse de derechos propios del funcionario o de los ascendientes y descendientes, cónyuge, hermanos, suegros y yernos o nueras.

El artículo 8 de la Ley de Organización Judicial establece la incompatibilidad de la función Notarial con las funciones de arbitraje, por la que los Notarios no podrán desempeñar las funciones de árbitros o amigables componedores.

Finalmente el artículo 13 de la mencionada Ley de Organización Judicial establece que los interdictos, enajenados mentales, sordos, mudos, ciegos y los menores de edad, igualmente los alcohólicos crónicos y drogadictos, no podrán ejercer las funciones de magistrados, de jueces ni de personal subalterno, así como tampoco los condenados a pena privativa de libertad por delitos comunes, con sentencia ejecutoriada, lo cual también se aplica a la función notarial.

La designación de Notarios de Fe Pública se enmarca en la Ley del Consejo de la Judicatura que tiene como atribución la creación de Notarías de Fe Pública como lo señala el artículo 13 de la mencionada Ley, que en su numeral tercero manda. ". Crear, trasladar y suprimir Juzgados,

oficinas de registro de derechos Reales, Notarías de Fe pública y otros órganos administrativos en coordinación con la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a las necesidades del servicio".

Esta función se lleva a cabo cuando el consejo de la Judicatura presenta una nómina con los nombres de todos aquellos postulantes que cumplen con los requisitos exigidos, así lo determina el numeral 2 de la tercera parte del artículo 13 que señala como atribución: "Proponer a los órganos competentes, nóminas para cargos de Registradores de Derechos reales, Notarios de Fe Pública y todo el personal de apoyo del Poder Judicial, de acuerdo al sistema de selección de personal"; entre los requisitos exigidos se encuentra la calificación de méritos es de éste modo cómo se designan a los Notarios de Fe Pública. Los criterios de selección que utiliza el Consejo de la Judicatura para proponer en la nómina son: haber cumplido con los requisitos para ser nombrado Notario exigidos en el artículo 278 de la Ley de Organización Judicial y calificar en el examen de actualización periódico que se realiza con éste objeto; presentar su currículum para ejercer el cargo. Esta nómina es entregada a las Cortes Superiores de Distrito para que seleccione a los Notarios.

b) Período de funciones

La Ley del Notariado de la república de Bolivia en su artículo 4°, establece que los Notarios durarán en sus funciones cuatro años, con derecho a reelección indefinida, y debiendo continuar en el ejercicio de ellas hasta que sean reemplazados.

El artículo 280 de la Ley de Organización Judicial, reemplaza dicho artículo estableciendo: "... (Periodo de Funciones). Los notarios de cualquier clase que sean, ejercerán sus funciones durante cuatro años, pudiendo ser reelegidos..."

c) Prohibiciones

La función Notarial también comprende prohibiciones y limitaciones, las mismas que se encuentran señaladas tanto en la Ley de Organización Judicial, como en la Ley del Notariado.

El artículo 281 de la Ley de Organización Judicial establece: "Los Notarios están prohibidos de:

Ejercer simultáneamente ninguna otra función pública ni privada.

Ejercer la abogacía, salvo lo previsto en el artículo 6° de la presente ley.

Legalizar documentos, copias o fotocopias, cuyos originales no existan en los archivos o registros a su cargo.

En el inciso b) del mencionado artículo se hace mención al artículo 6° de la Ley de Organización Judicial, misma que habla de la Incompatibilidad de la función judicial con otros cargos públicos, siendo el artículo 7 el que hace referencia a la incompatibilidad con el ejercicio de la abogacía, y que dice:

"... Las funciones judiciales serán también incompatibles con el ejercicio de la abogacía, salvo el caso de tratarse de los derechos propios del funcionario o de los ascendientes y descendientes, cónyuge, hermanos, suegros y yernos o nueras..."

Entre las prohibiciones de la función notarial señaladas en la Ley del Notariado encontramos las siguientes:

".. Es prohibido a todo Notario ejercer sus funciones fuera de la jurisdicción que le éste señalada, pena de suspensión del cargo por tres meses, de ser destituido en caso de reincidencia y de abonar los daños y perjuicios que hubiere causado..." (artículo 8).

... Los Notarios no pueden ejercer profesión ni cargo alguno público..." (artículo 9).

... El cargo de Notario y el de registrador de Derechos Reales son diferentes y no pueden reunirse en una misma persona..." (artículo 10).

d) Responsabilidad de la función notarial

La responsabilidad por la función pública es la aptitud o capacidad para responder por los actos y omisiones en el ejercicio de la función pública desde la óptica del Control gubernamental.

La responsabilidad por el ejercicio de la función pública nace del mandato que la sociedad otorga a los poderes del Estado para que, en su representación, regule en la esfera privada todas las manifestaciones normales de la voluntad jurídica, por lo tanto su función tiene responsabilidades determinadas por la norma pertinente.

Los Notarios son responsables civil y penalmente de la custodia y conservación de los documentos, libros y archivos a su cargo, así como de los actos en que intervienen dando fe, y del cumplimiento de las funciones señaladas por ley.

Si bien la Ley de Organización Judicial nos señalada dos tipos de responsabilidades, que son la, civil y la penal, veremos que el Notario de Fe Pública tiene otro tipo de responsabilidades más en el cumplimiento de sus funciones, empezaremos haciendo un breve análisis de las más importantes:

Responsabilidad Civil

Se entiende por responsabilidad civil a la obligación que una persona tiene de reparar el daño causado a un sujeto, originado en una conducta violatoria del derecho de éste.

En Latinoamérica existen tres diferentes doctrinas, la primera de quienes definen al notario como funcionario público, la responsabilidad civil, en el ejercicio de su función fedante", es siempre extracontractual y responde el Estado, la segunda que niega el carácter de funcionario público y afirma que se ejerce una profesión liberal, y la tercera que sostiene que el notario latino es un profesional de derecho a cargo de una función pública, por lo que en estas dos últimas se le atribuye responsabilidad contractual frente a las partes y extracontractual frente a terceros.

La responsabilidad civil se da por infracción de los deberes notariales indicados en las leyes especiales, concretamente, daños pecuniarios y perjuicios emergentes de su negativa a prestar servicios cuando no fuera fundada, falta de imparcialidad, fallas en el asesoramiento funcional; estudio de los títulos que acrediten la representación o la propiedad, el cobro por otros servicios que no están autorizados que perjudican pecuniariamente a los interesados, aceptación de fallas en los antecedentes, violación del secreto profesional a causa de exhibir el protocolo a quien no compete; admisión de comunicar la existencia de testamentos que autorice como depositario y otros

En Bolivia la responsabilidad civil del Notario es contractual, ya que el aspecto contractual precisamente deriva del carácter de profesional de derecho de éste, tomado en consideración que la función del Notario es entendida como un contrato de prestación de servicios.

Esta responsabilidad civil nace de varios aspectos, de los cuales, cabe destacar los siguientes, que si bien no están normados en la Ley del Notariado, nacen de la costumbre de la función notarial:

- Daños emergentes de su negativa a prestar servicio, cuando no fuera fundada.
- Violación del secreto profesional a causa de exhibir el protocolo a quien no corresponda.
- Omisión de comunicar la existencia de testamentos.
- Por los vicios de forma que puedan provocar nulidades o anulabilidades.

Responsabilidad Penal

Es la más importante no sólo porque se relaciona con el orden público, sino porque las sanciones son las más graves, dicha responsabilidad revierte sobre la persona del notario inclusive privándole de la libertad. Responsabilidad penal del Notario es aquella en que incurre el oficial público cuando comete o intenta cometer delitos atinentes a su profesión, tipificados por la norma común, la cual lo sanciona para satisfacer a la sociedad que lo ha elegido, los delitos que interesan son los que se relacionan con su condición notarial, aunque no se hallan tipificados por la Ley Notarial, sino en la norma común.

Los delitos más cercanos al notario en su función específica son aquellos que se hallan detallados en nuestro Código Penal en su Libro Segundo, Título IV Delitos contra la Fe Pública, y de los cuales nombraremos los siguientes 4 artículos.

Artículo 198 (Falsedad Material).- El que forjare en todo o en parte un documento público falso o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, incurrirá en privación de libertad de uno a seis años.

Artículo 199 (Falsedad Ideológica).- El que insertare o hiciere insertar en un instrumento público verdadero declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con privación de libertad de uno a seis años.

En ambas falsedades, si el autor fuere un funcionario público y las cometiere en el ejercicio de sus funciones, la sanción será de privación de libertad de dos a ocho años.

Tomando en consideración que el Notario es un funcionario público los dos anteriores artículos señalados son de estricto cumplimiento, ya que de esta manera también se demuestra el carácter coercitivo para con la función notarial.

Tiene por objeto imponer al Notario que haya cometido delito en ejercicio de su cargo, la pena que el Código Penal señala en relación al delito cometido. Teniendo en cuenta que la responsabilidad penal afecta al orden público, las penas a aplicarse son más graves, pretendiéndose de esta manera lograr un efecto disuasivo frente al delito.

Responsabilidad Fiscal

El origen de la obligación deviene de la relación jurídico-tributaria que se entabla, por imperio de la ley entre un sujeto pretensor o facultado (el fisco) frente a un sujeto obligado (el contribuyente), el cual, en virtud de un determinado antecedente, llamado hecho imponible, debe satisfacer una presentación determinada. Correlativamente, la obligación tributaria es la prestación (generalmente pecuniaria), que el constituyente debe al fisco por imperio de la ley, a consecuencia de haberse verificado el hecho antecedente que la ley fija como causa de la obligación. Como ocurre en el sistema jurídico boliviano, sin embargo, en la naturaleza establecida y para responsabilidades administrativas es un funcionario público.

En la normativa boliviana el Notario de Fe Pública es un profesional liberal que debe pagar sus impuestos como simple comerciante o empresario y es fiscalizado constantemente por el estigma que es la función un comercio lucrativo.

Por otra parte el Notario paga los valores que utiliza en la función notarial (formularios notariales, carátulas notariales, timbres, etc.) sin recibir facturas que le permitan descargar sus gastos.

Responsabilidad Administrativa

Es aquella que tiene su origen en el incumplimiento de los deberes impuestos al Notario en ejercicio de su profesión, deberes que se encuentran señalados por la ley, por el Reglamento de Procesos Disciplinarios del Poder Judicial, por las Resoluciones y por las Disposiciones

Colegiales que se dictaron para el mejor desenvolvimiento de la función y resguardo de la ética y decoro del cuerpo notarial.

Para la sanción disciplinaria o administrativa se ha institucionalizado en Bolivia el Consejo de la Judicatura con sede en la ciudad de Sucre y con oficinas Distritales en cada Departamento.

En la normativa de dicha institución se percibe que los Notarios de Fe Pública son funcionarios judiciales sin relación jurisdiccional, por lo tanto están sometidos al régimen disciplinario del poder judicial.

Asimismo el Reglamento de Carrera Administrativa del Poder Judicial en el artículo 6 establece: casos especiales: "Los Notarios de Fe Pública estarán sujetos a reglamento especial", las sanciones leves, graves y muy graves no se adecúan a la naturaleza de la función notarial y es pertinente un reglamento especial.

2.- FE PÚBLICA

La función del Notario es la de dar fe de ciertos actos, y el valor del instrumento es el de hacer fe de su existencia y de todo o parte de su contenido, así encontramos en las escrituras públicas al final de cada una el término "DOY FE", como formalidad principal y esencial de los hechos acontecidos ante el Notario.

Se entiende por fe, apartada de todo contenido teológico, como una creencia que se da a las cosas, palabras o promesas solemnes, seguridad o aseveración de que una cosa es cierta, testimonio o certificación de ser cierta una cosa. Ante el hecho real palpable el acto de conocimiento entre sujeto y objeto se produce de una manera directa, mediante la percepción sensorial del primero hacia el segundo, mas ante el hecho lejano por tiempo o por espacio, la relación de evidencia desaparece, por ejemplo podemos afirmar que nadie en el mundo moderno puede poner en duda la existencia del átomo aún sin haberlo visto o palpado, y ello es porque la autoridad de las ciencias físicas nos impone la credibilidad a su existencia.

Para que el concepto de fe pública ingrese en el campo jurídico, tal creencia debe venir impuesta por el poder coactivo del Estado, y que van a suponer la existencia de una verdad oficial; por lo que "... dar fe jurídicamente, equivale a atestiguar solemnemente la veracidad de un hecho de

trascendencia jurídica, y dar fe, en sentido común es prestar crédito espontáneo a lo que otra persona dice..."

Enrique Jiménez — Arnau, en su obra Introducción al Derecho Notarial, define la fe pública como "...función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad lo hechos o actos sometidos a su amparo..."

2.1.- FUNDAMENTO Y NECESIDAD DE LA FE PÚBLICA

En toda sociedad es necesario el reconocimiento indubitado de la existencia de hechos, actos o negocios jurídicos que den lugar al nacimiento, modificación o extinción de derechos, tanto en la interrelación jurídica del estado con empresas estatales, paraestatales o privadas y la ciudadanía, como entre los propios componentes de la comunidad e su intercambio jurídico personal y frente a un conflicto de intereses, ante cualquiera de estas relaciones jurídicas, el alcance de la potestad jurisdiccional de resolución de su forma positiva de actuación, y en tal sentido podemos calificar a la Fe Pública, de publicidad legal irrevocable.

2.2.- DIVISIÓN DE LA FE PÚBLICA.

Se puede clasificar a la fe pública no solo atendiendo a su carácter impersonal de fe pública publicitaria, sino a la facultad delegable del Estado en funcionarios determinados que la ejerzan, así podemos clasificarla de la siguiente manera:

- Fe Pública Legislativa. Objetivada en forma legal en las publicaciones de la Gaceta Oficial, de todas las leyes, decretos, resoluciones aprobadas por el Gobierno Central.
- Fe Pública Administrativa. Se encuentra en el Presidente de la República y los Ministros de Estado cuyas funciones son de aplicar lo ámbito de su función y de acuerdo a la naturaleza del área de su competencia.
- Fe Pública Judicial. Si bien el proceso judicial se desarrolla mediante obrados o mediante audiencias, su desenvolvimiento procesal está referido a las partes interesadas en él, que como intervinientes, pueden solicitar testimonios o certificaciones de su contenido contradictorio, cualquiera que este fuere dentro del proceso, a tal efecto el Poder del Estado

delega esta facultad al Juez, en todos aquellos hechos y disposiciones a que diere lugar el proceso judicial.

- La Fe Pública Extrajudicial. En la que encontramos a la fe pública registral y la fe pública notarial,
- La fe pública registral se divide en dos: la fe pública registral de Derechos Reales y la de Registro Civil, la primera es aquella que se refiere fundamentalmente a la credibilidad y fuerza probatoria de los autos registrales o de los derechos en ellos contenidos, cuyo portador es el Juez Registrador de Derechos Reales, y en la fe pública está presente en la autoridad competente (Oficial de Registro Civil) para el registro de nacimientos, matrimonios, emancipaciones, reconocimientos, y legitimaciones de niños, adopciones, naturalizaciones, vecindad y defunciones de las personas naturales.

La fe pública notarial encaminada a dar cobertura de autenticidad o legalización a los actos, declaraciones o negocios jurídicos disponibles de personas naturales o jurídicas, intervenidas o autorizadas por notario competente.

El fundamento de la fe pública notarial lo constituye la necesidad de certidumbre que deben tener los actos de los particulares a fin de que el Estado pueda proteger los derechos dimanantes de estos, garantizándolos contra cualquier violación, y en tal sentido, la fe pública notarial llena una misión preventiva al constituir los actos que ella ampara, en una forma de prueba preconstituida suficiente para resolver e impedir posibles litigios.

2.3.- FASES DE INTEGRACIÓN DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL

Las fases de la fe pública notarial según Pedro C. Verdejo Reyes son:

- Fase de evidencia. En esta fase no existe un acto de fe, sino de conocimiento directo, de evidencia. El notario no recibe la fe sino que la da.
- Fase de solemnidad. Para que el acto de evidencia reciba la garantía de la fe pública debe producirse en un acto ritual, es decir, con las solemnidades por la ley,

- Fase de objetivación. El acto de evidencia, rituado solemnemente y conformado, se objetiva en su dimensión material, transcrito al papel, el acto narrado toma cuerpo en el instrumento público (principio de forma).
- Fase de coetaneidad. La evidencia, la solemnidad del acto y su corporeidad en el documento, han de producirse en un solo acto, coetáneamente (principio de unidad de acto).

En la fe pública notarial, el acto sometido a la evidencia del notario no sólo lo constituyen hechos o personas, sino también documentos, papeles; la fe pública derivada viene siempre marcada con la fórmula del "concuera con su original" y adquiere cuerpo en las copias autorizadas o testimonios.

2.4.- FUNCIÓN DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL

"...La fe pública notarial, es la fe pública por excelencia, porque al constituir los actos de los particulares, que no generan publicidad por sí mismos, en una forma de prueba preconstituida suficiente para resolver e impedir posibles litigios, está realizando una función preventiva en evitación de innecesarias litis. Precisamente lo que caracteriza a la fe pública notarial, es la misión de preparar y elaborar la prueba preconstituida; si la actuación del notario no tuviera una finalidad fundamentalmente probatoria, si el instrumento notarial no probara nada, no se podría hablar de fe pública notarial.

2.5.- CARÁCTER CIVILISTA DEL DERECHO NOTARIAL

En el Derecho Notarial, al igual que en otras normas del derecho Boliviano, vale decir derecho administrativo, aduanero, tributario, laboral, o cualquier otro que tenga vacíos o lagunas en determinados aspectos de su derecho positivo, siempre se recurre al derecho civil y su normativa.

Más aún cuando nuestra Ley Notarial no cuenta con las normas necesarias para satisfacer las necesidades de todo un mundo notarial en el que vivimos, por lo que en la actualidad se hace necesaria la utilización de las normas del Derecho Civil y además de su procedimiento, para poder responder y dar solución a conflictos, controversias o simples consultas que se presentan en cuestión notarial.

CAPÍTULO II

EL INSTRUMENTO PÚBLICO EN FUNCIÓN NOTARIAL

1.- LA ESCRITURA PÚBLICA

Nuestro Código Civil define a la escritura pública como el documento que se realiza ante Notario Público y se lo inscribe en un protocolo (artículo 1287). Definición demasiado general y poco precisa tomando en consideración que la Escritura Pública es una declaración de voluntad que contiene un negocio jurídico, que el Notario da forma conforme a Ley, consentido y otorgado por las partes con las formalidades legales y autorizado por él en mérito a su investidura de fedatario, es la matriz donde el negocio jurídico ha sido redactado se ha estampado las firmas en señal de otorgamiento y autorizado por el Notario al cual nosotros llamamos protocolo.

El instrumento público no es, en primer plano, un documento redactado y enfocado directamente por las partes interesadas en él (documento privado), sino un documento redactado y autorizado por un funcionario público a quien la ley encarga su redacción, solemnización y autenticación en uso de sus facultades regladas.

Carlos Gattari nos ofrece un concepto más amplio refiriéndose a la escritura pública como todo instrumento matriz, cuyo contenido principal es el acto o negocio jurídico; es autorizado por notario en ejercicio de sus funciones, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley, para darle forma, constituirlo y eventualmente probarlo.

La finalidad histórica del Instrumento Público, se encuentra en la necesidad de las personas de dejar constancia de sus relaciones jurídicas obligacionales, o de transmisión de derechos específicos sobre objetos reales o de obligaciones personales que afecten su patrimonio, a fin de poder acreditar en tiempo y espacio su veracidad y alcance.

En la actualidad, el concepto del Instrumento Público, descansa en dos principios básicos, el principio de preconstitución de prueba y el de instrumento-forma, tal como establece en nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 399, señalando que todo documento público se considera como prueba documental auténtica hasta que se demuestre lo contrario, y nuestra Ley del Notariado al referirse en el modo en el que se elaborara la escritura pública.

2.- ESTRUCTURA DE LA ESCRITURA PÚBLICA

Se entiende por matriz al original que el Notario ha de redactar sobre el negocio jurídico ó declaración de voluntad, capaz de crear, modificar o extinguir derechos subjetivos de las partes interesadas, y que son sometidos a consideración de éste, mismo que queda en custodia del Notario, debidamente numerado y en orden cronológico en el protocolo creado por él. Tomando en consideración nuestra legislación y práctica notarial, y sobre todo que en nuestros procedimientos el Notario no es autor del propio documento de la escritura pública, advertiremos que son cuatro las partes de la Escritura Pública.

- Comparecencia
- Exposición o parte expositiva
- Otorgamiento
- Autorización y firma

a) COMPARESCENCIA

¿A quién se debe atribuir que la escritura se haga o no?, sólo la presencia física de los sujetos ante el Notario es causa de la Escritura, la Comparecencia supondrá otorgar a la escritura de las principales formalidades de elementos identificativos del documento como tal, y elementos de identificación y eficacia jurídica de los sujetos intervinientes en el mismo, como parte del negocio jurídico por sí o por representación.

Según Rufino Larraud, la comparecencia "es el acto de hacerse conjuntamente presente ante el escribano autorizante los sujetos de la escritura pública"; La técnica enseña que, normalmente, todos los sujetos instrumentales tienen un lugar especial para nombrarlos en la escritura, la comparecencia. En ella están todos los comparecientes en un solo lugar, luego cada uno entrará en escena cuando el papel lo indique.

En este sentido analizaremos los elementos de la Comparecencia, que son dos: los identificativos de la escritura, y los de la comparecencia propiamente dicha.

- **ELEMENTOS IDENTIFICATIVOS**

Entre los elementos identificativos tenemos aquellos que se refieren a la "data" de la Escritura pública y son los siguientes:

Número correlativo que le corresponda a la Escritura dentro del protocolo.

El Artículo 31 de la Ley del Notariado de Bolivia establece que los Notarios tienen la obligación de conservar bajo numeración las minutas de las escrituras que otorgaren, rubricándolas previamente, Asimismo conservaran con igual formalidad los poderes y demás piezas que deben quedar depositados.

En ésta parte es importante aclarar que el número que se le otorga a la minuta es aquel que el Notario pondrá a su Escritura Pública, creando de ésta manera un registro correlativo y de acuerdo a la fecha en la que se realiza la comparecencia.

Calificación que en el orden legal le corresponde al contrato, objeto del mismo

En ésta parte de la Escritura Pública referente a la comparecencia y tomando en cuenta que éste es un elemento identificativo del documento, se realiza, lo que yo considero, una presentación de la Escritura Pública en el cual se hace mención al objeto y a las partes intervinientes en el mismo.

El Notario utiliza medios de división para poder diferenciar ésta parte de la Escritura en la que hace un resumen y presentación de la Escritura Pública.

- **LUGAR Y FECHA DE AUTORIZACIÓN NOMBRES Y APELLIDOS DEL NOTARIO, CON EXPRESIÓN DE SU COMPETENCIA POR RAZÓN DE TERRITORIO.**

El artículo 22 de nuestra Ley del Notariado, establece que en toda Escritura se expresará el nombre y apellido del Notario, el lugar, el año, mes, día y hora en que se otorga, por lo que continuando con el ejemplo, la parte que sigue es la siguiente:

Los valores que surgen de la indicación del lugar son: la competencia territorial del Notario, la misma que se halla protegida por la fe pública, que recayendo sobre él, procede a su fijación

Muchos Notarios en la praxis al establecer el lugar en que se suscribe la Escritura Pública, por ejemplo "En la ciudad de La Paz, República de Bolivia, a horas..." dan por sobreentendido República de Bolivia, pero no debemos olvidar que en cuanto un Testimonio, con ésta fallante, sale del país puede convertirse en impugnabile, ya que en el extranjero, especialmente en Latinoamérica, existen ciudades con los mismos nombres de las nuestras.

En cuanto a la fecha debe constar día, mes y año en que fuese firmada la escritura, la razón es que además de existir la necesidad de establecer un orden correlativo de las escrituras públicas dentro del protocolo notarial se debe considerar que la importancia de la fecha se halla conectada con otros temas, como ser la entrada en vigencia de las leyes, la mayoría de- edad, el estado civil, las sentencias de divorcio, etc.

Posteriormente el Notario al decir "Ante mí", cumple uno de los principios más importantes del Derecho Notarial, el principio de inmediación, por el que se requiere la presencia en la comparecencia del instrumento, por sí o por representación de las partes interesadas en él, siendo la presencia de éstos obligatoria.

Hasta aquí habríamos visto la primera parte de la comparecencia, conformado por el encabezamiento y los elementos identificativos de la Escritura Pública, ahora veremos su segunda parte y sus elementos.

- **COMPARECENCIA PROPIAMENTE DICHA.**

Dentro de la comparecencia propiamente dicha encontramos la legitimación subjetiva que es aquella por la cual el Notario admite la intervención, por sí y por otro, de personas físicas, en el instrumento notarial. Tal admisión requiere la nominación de los sujetos, pues corresponde nombrar a quienes comparecen. Ellos, por el hecho de su presencia física en el acto, constituyen y justifican esta parte de la Escritura Pública.

a) Sujetos del Negocio Jurídico.

Cuando en nuestra legislación hablamos de "las partes", en realidad nos referimos a la identificación de los sujetos del negocio jurídico o del acto de voluntad en su caso (partes o comparecientes) y la de las demás personas que intervengan.

Pero ¿Qué es sujeto?, "...en un sentido amplio es toda persona como potencia; en sentido estricto se exige la conexión actual entre el sujeto y el derecho. Existen dos clases de titularidades, la de goce, que tiene cualquier titular, aun cuando sea incapaz o menor, y la disposición, que solo tienen determinadas personas cuando pueden realizar actos con determinada capacidad...., 62

Se entiende por capacidad a la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas, es un atributo inherente a la persona, así como el nombre y el patrimonio, la capacidad se encuentra relacionada con los actos de administración y disposición.

El concepto general que predomina en esta materia es que la capacidad general se supone y que la incapacidad solo existe cuando es declarada por ley o por sentencia.

Todo instrumento público lleva en su interior como contenido material, un negocio jurídico, una manifestación de voluntad, una prestación de consentimiento o una relación de hechos jurídicos relevantes.

Jurídicamente, la persona es siempre sujeto de derecho; la personalidad jurídica se adquiere por el simple hecho de nacer, cual lo establece nuestro Código Civil en su Libro Primero, Capítulo 1 Artículo 1: I. El nacimiento señala el comienzo de la personalidad."

Persona, en el campo del derecho, es todo ser susceptible de ser sujeto de derechos y obligaciones; la personalidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de un derecho subjetivo, atributo que constituye su capacidad jurídica.

No todos los sujetos que comparecen en la escritura realizan actos de disposición, de este modo se distinguen los sujetos instrumentales de los sujetos negociales. Son instrumentales quienes comparecen como hecho, como presencia física registrada por la evidencia notarial. Los sujetos negociales son instrumentales, pues se hallan en el instrumento, pero además emiten una declaración de voluntad destinada a modificar su estado jurídico.

Certificada la capacidad y habilidad del sujeto, la libre disponibilidad de sus bienes y la extensión de sus potestades, el notario identifica a los sujetos por sus nombres y apellidos, siendo un medio

⁶² Gattari Carlos; Manual de Derecho Notarial; Edil. Contacto Gráfico SKL; Bs. As. —Argentina; 1997; Pag. 345

relevante de la legitimación la fe de conocer que recae sobre las personas físicas. Éstas pueden comparecer por sí, por otras personas físicas o jurídicas, identificados por sus nombres, denominación o razón social.

El Artículo 22 de nuestra Ley del Notariado establece: "...En toda escritura deberán expresarse los nombres, apellidos, cualidad, vecindad o residencia de las partes, su estado y profesión, edad y la capacidad para otorgarla."

El Decreto Supremo 22766 de fecha 2 de abril de 1991 respecto a la Identificación Personal decreta los siguientes Artículos:

Artículo 1.- La emisión y uso de la cédula de identidad personal, obligatoria para todos los estantes y habitantes de la República y creada por ley de 10 de Diciembre de 1972, está sujeta al presente decreto supremo reglamentario.

En el Artículo 3, encontramos el concepto de Cédula de identidad, identificándolo como un documento público, personal e intransferible, por el cual el Estado mediante la Policía Nacional e intermedio de la Dirección General de Identificación Personal, así como bajo la coordinación y asesoramiento técnico Sistema de Registro único Nacional, legitima la autenticidad de la identidad de su titular en todos los actos jurídicos, públicos y privados, en la que la presente o manifieste, haciendo fe de todos y cada uno de los datos que contenga salvo prueba en contrario. Goza de la protección que las leyes otorgan a los documentos de esta naturaleza.

Finalmente el Artículo 5 nos señala las características principales de la cédula de identidad la cual consignará en su anverso la fotografía de frente del rostro del titular, con la cabeza descubierta, su nombre y apellidos, el número identificador inmutable y permanente, así como las firmas del titular y del Director Nacional de Identificación Personal. Llevará en su reverso la impresión dactilar del pulgar de la mano derecha del titular o del pulgar izquierdo, si careciese de aquel, así como los datos personales de filiación, lugar y fecha de nacimiento, sexo, profesión u oficio, estado civil, domicilio, fechas de expedición y de caducidad de la cédula.

De donde concluimos que la Cédula de Identidad es el documento de identificación por excelencia y es éste el que debe ser presentado por cualquier persona de nacionalidad boliviana que desee comparecer o realizar un acto o negocio jurídico ante un Notario de Fe Pública.

- INTERVENCIÓN

Es la parte final de la comparecencia, en la cual el gestor, representante o estipulante, declara obrar en nombre y representación de otro, ésta intervención no siempre existe, se omite cuando el compareciente concurre por sí, ya que la presunción de hacerlo por sí es obvia.

Cuando se concurre por otro, la intervención debe ser claramente expresada en la Escritura Pública, la justificación de la documentación acreditativa de la representación corresponde al Notario, razón por la cual normalmente se deriva a la legitimación de la personería.

La representación puede ser de personas públicas, representación necesaria o legal, por gerentes o personeros legales de instituciones privadas. Cuando la representación es legal o necesaria cabe distinguir la que los padres ejercen sobre sus hijos menores a causa de la patria potestad, el acto que se realiza siempre será en beneficio del menor.

Por lo que nos encontramos con dos supuestos de representación instrumental cuales son la representación voluntaria y la representación legal. La representación voluntaria presupone siempre un representado capaz, sujeto con capacidad genérica de obrar, como así capaz para el acto que se instrumenta, el Poder que acredita su representación en el instrumento público lo constituye un negocio jurídico previo.

La representación legal presupone la incapacidad absoluta del representado, teniendo como referencia los supuestos prohibitivos que analizamos cuando tratamos acerca de las causas modificativas de la capacidad de obrar, como ejemplo tenemos a los menores de edad, los cuales se encuentran legalmente representados por sus padres, si bien el Notario puede, por ciencia propia, determinar la capacidad de los padres para representar a sus hijos, en el caso del tutor o curador u otra representación legal es necesaria la correspondiente documentación que acredite su legitimidad de acuerdo con la Ley.

Es necesario aclarar que en esta parte de la Escritura Pública el Notario, además presta un asesoramiento legal respecto de la documentación presentada por los comparecientes, así en el caso de representación voluntaria con poderes otorgados en otras Notarías, el Notario encargado de la elaboración de la Escritura Pública revisa las facultades del mencionado poder, para

determinar la capacidad del apoderado, además de realizar una revisión a la personería jurídica de la empresa en cuestión (si se tratase de una persona jurídica).

El Artículo 23 de nuestra Ley Notarial determina que los Poderes y demás justificativos que califiquen la personería de los apoderados, se insertarán también en la escritura.

- **LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES**

Los testigos son definidos como "Quien ve, oye o percibe por otro sentido, algo en lo que no es parte y que puede reproducir de palabra o por escrito, o por signos. Persona que debe concurrir a la celebración de ciertos actos jurídicos, en los así señalados por la ley o requeridos por los particulares para solemnidad del mismo, poder dar fe y servir de prueba" (Cabanellas, 197:224).

"Se considera testigos de conocimiento o instrumentales a quienes, conocidos por el notario, certifican a este sobre la identidad de una persona cuya fe de conocer no puede dar aquel, tales testigos conocen al notario y al compareciente. En las grandes ciudades resulta complicado hallar éstos testigos de conocimiento, por lo cual sus funciones son limitadas, los testigos instrumentales deben figurar en la comparecencia, con nombres y residencia y con documento de identidad. Los testigos instrumentales son los llamados a darle la solemnidad que el acto requiere en los documentos notariales; contribuyen con su presencia observando la realización de los actos y confirmando con su firma que los mismos se realizaron tal como se los redacta.

Los testigos instrumentales surgen en nuestro Derecho Notarial, como una consecuencia del artículo 17 de la Ley del Notariado que establece que las Escrituras se otorgaran ante un notario y dos testigos mayores de edad, vecinos del lugar de otorgamiento y que sepan leer y escribir.

b) Exposición o parte expositiva.

El Artículo 23 de nuestra Ley del Notariado determina que las escrituras no contendrán más cláusulas que las que se expresan en la minuta, que se insertará literalmente después de llenados los requisitos anteriormente señalados, estableciéndose además que los poderes y demás justificativos que califiquen la personería de los apoderados, se insertarán también en la escritura.

La exposición según Gattari es "aquella parcela del instrumento público notarial que consiste en una declaración de ciencia del titular de un derecho en una situación jurídica. Para fundamentar

un hecho, una jactancia futura, una declaración de voluntad, en esta escena el sujeto afirma su título o narra su situación y, luego de enunciarlos, describe objetos, informa sucesos o relata antecedentes. Constituye una declaración de ciencia, como verdad percibida y afirmada, con toda la convicción que deriva de su propio conocimiento vital."

La parte expositiva en nuestro derecho notarial se refleja en la minuta que los comparecientes presentan al Notario y que contiene el Negocio Jurídico estructurado mediante cláusulas, y la cual es elaborada por un profesional y Abogado, la materia sobre la cual recae la declaración se halla constituida por objetos reales, inmuebles, aeronaves, automotores; por derechos o créditos, vendedor-precio saldado, cesión de crédito hipotecario; por relaciones jurídicas: padre-hijo, difunto-heredero, y otras por el estilo. La formalización se verifica por medio de la descripción de objetos, o valiéndose de referencia o relato de situaciones o relaciones jurídicas.

Se entiende por minuta a un borrador o extracto de un contrato, testamento, alegato o de otra cosa, que se hace anotando las cláusulas o datos redacción requerida, para su plena validez y principales, para luego darle la red total claridad. Escritura ligera, provisional de un oficio, orden, informe u otros documentos, para luego ponerlo en limpio, y por lo general firmarlo y darle el trámite correspondiente.

Trátase de un documento preliminar en que se consignan las bases de un acuerdo o contrato que posteriormente deberá elevarse al rango de Escritura Pública.

La minuta es un documento al que le falta el requisito de la forma. Es un contrato incompleto y por eso no da derecho a ninguno de los contratantes a exigir las prestaciones propias de un contrato. Sin embargo de éste precepto doctrinal, en nuestro ámbito jurídico la minuta contiene íntegramente el contrato o acto que ha de elevarse a escritura pública y que el Notario ha de copiar como cuerpo de la escritura.

La exposición o parte expositiva de la escritura, resulta de gran utilidad por cuanto en ella se dan a conocer todos los antecedentes del negocio jurídico o acto de voluntad que se instrumenta.

En nuestra práctica Notarial, en cuanto a la función del Notario, como afirma la Ley del Notariado, de transcribir la minuta a cabalidad, no significa que ésta parte expositiva haya perdido su valor aclaratorio que permite al Notario autorizante rectificar datos erróneos, a tenor

de lo que en tal sentido le expongan las partes intervinientes a través de la minuta. A los efectos de redactar (transcribir en nuestro caso) la parte expositiva de todo instrumento, se debe tener en cuenta la naturaleza del negocio jurídico que es contenido del mismo y el bien objeto de éste.

En tal sentido, el Notario en ésta parte cumplirá a su vez una función de asesoramiento legal en cuanto a situaciones que pueden dar lugar a una mala elaboración de la Escritura Pública, tal el caso de nombres equívocos en la minuta, datos de la cédula de identidad erróneos, datos o hechos que no tengan nada que ver con la minuta elaborada, fechas, características esenciales de bienes ya sean muebles o inmuebles, etc.

c) Otorgamiento

La importancia de esta parte de la escritura pública radica en el hecho de que en ella las partes interesadas en el negocio o acto jurídico que se instrumente, manifiesten su conformidad con lo dicho y expuesto en la escritura pública, haciendo extensiva esta conformidad a los derechos y a todo lo comprendido en la misma.

El otorgamiento corresponde a las partes; estas aceptan lo que el Notario les hace decir y conforman la redacción que expresa sus voluntades. El otorgamiento consta de dos pasos: la lectura y la firma. Podemos conceptualizar el otorgamiento como aquella actividad exclusiva de las partes o sujetos negociales que, oída la lectura del instrumento, exteriorizan su consentimiento sobre fondo y forma, por medio de la firma consignada al pie de la escritura pública. Los únicos que otorgan son los sujetos negociales. El resto de los sujetos netamente instrumentales no son parte del negocio jurídico, testigos.

- **LECTURA**

El otorgamiento es la adhesión sustantiva de fondo y forma, y exige que los sujetos negociales e incluso los instrumentales conozcan la redacción y su contenido por medio de la lectura, en nuestra ley del Notariado en su artículo 24 se establece claramente "...Las escrituras serán leídas de principio a fin a todas las partes y a los testigos, haciendo mención de ésta circunstancia..."

Existen dos aspectos importantísimos en la lectura: el hecho real e histórica de haber leído el instrumento y la constancia de la mención auténtica de la lectura, ya que una cosa es leer y otra es

decir que se ha leído, para el derecho notarial sin duda que es más importante ésta última mencionada, ya que en el momento en el que se consigna que se leyó la escritura, se atribuye a las partes conocimiento del contenido y de la redacción.

El sujeto activo de la lectura comúnmente es el Notario, los sujetos pasivos son los comparecientes, en nuestra práctica notarial este hecho es evidente en la "CONCLUSIÓN en la que el Notario da pleno cumplimiento a ésta importante parte de la Escritura Pública.

- **FIRMA**

Es la representación gráfica del nombre y apellido de una persona, hecha de su puño y letra, del modo que acostumbra y normalmente al pie del instrumento; la firma es aquella que acredita la prestación del consentimiento. El grafismo es convencional; en muchas firmas los signos resultan ilegibles; implica que el documento se halla terminado e íntegro y que no falta nada de lo que los sujetos instrumentales declararon.

Tomando en consideración lo anteriormente señalado en cuanto a la Cédula de Identidad (Decreto Supremo 22766 de fecha 2 de abril de 1991) que en su Artículo 3, conceptúa la cédula de identidad, como un documento público, personal e intransferible otorgado mediante la Policía Nacional e intermedio de la Dirección General de Identificación Personal, así como bajo la coordinación y asesoramiento técnico del Sistema de Registro único Nacional, legitima la autenticidad de la identidad de su titular en todos los actos jurídicos, públicos y privados, en la que la presente o manifieste, haciendo fe de todos y cada uno de los datos que contenga salvo prueba en contrario. Actualmente, la ley 145 de 27 de junio de 2011, en su artículo 2, parágrafo II, señala que: “El Servicio General de identificación personal – SEGIP, es la única entidad pública facultada para otorgar la cédula de identidad – C.I., dentro y fuera del territorio nacional, crear, administrar, controlar, mantener y precautelar el registro único de identificación – RUI, de las personas naturales a efecto de su identificación y ejercicio de sus derechos en el marco de la presente ley y la Constitución Política del Estado”. Asimismo la mencionada ley N° 145, en su artículo 4, inciso c), señala que: “Unidad. La cédula de identidad – C.I., es intransferible y de única asignación para cada boliviana y boliviano.”

Se considera a la firma estampada en ésta cédula de identidad a la que represente al titular o lo identifique en todos los actos que éste realice, por lo que en la práctica notarial se exige que la firma estampada en la escritura pública sea la misma que figura en la cédula de identidad.

Nuestra Ley del Notariado establece en su artículo 25 "...Las escrituras serán firmadas por las partes, los testigos y el Notario. Cuando las partes no sepan o no puedan firmar, se hará mención de ésta circunstancia al fin de la escritura..."

A su vez el Artículo 1295 del Código Civil hace mención a los documentos de personas que no saben o no pueden firmar, instituyendo lo siguiente "... En los documentos públicos otorgados por personas que no sepan o no puedan firmar, firmará otra persona a ruego de ellas, y se estamparán las impresiones digitales del otorgante, haciéndose constar esta circunstancia al final de la escritura, aparte de firmar también los testigos instrumentales."

d) Autorización y firma

La autorización es el acto mediante el cual el Notario, con su firma autenticante, asume la creación del instrumento para constituir fehacientemente hechos y dichos de las Partes, los suyos probos y el instrumento.

Formalmente es aquella parte del instrumento notarial en que el Notario pone su firma, y desde ese momento se convierte en instrumento público, independiente.

Por su firma el Notario asevera la veracidad del texto, y afirma la legalidad de la escritura pública, responsabilizándose por cumplir requisitos normativos; asegura la calificación de los actos y legítimas intervenciones.

La autorización es la última operación formal, interna al instrumento, que por tal hecho se convierte en notarial, incluye la dación final de fe, el sello y en cada una de las hojas de la escritura pública el sello y rúbrica del Notario.

El Notario de Fe Pública, cuenta con dos sellos, uno circular y otro horizontal, ambos sellos está compuesto de las siguientes partes:

- Nombre del Notario

- Fecha y año de posesión como Notario
- Jurisdicción a la que corresponde y mención del País
- Número de Notaría asignado por la Corte Distrital de Justicia

El Notario firma al final de la escritura pública y luego de las firmas de los comparecientes y de los testigos instrumentales, y agrega el término "Ante mí", imprimiendo ambos sellos al final y a su vez imprime el sello circular en todas las hojas que represente la escritura pública, además de la rúbrica del mismo.

El artículo 59 de la Ley del Notariado establece que Los Notarios antes de ejercer su cargo, deben depositar su firma y rúbrica en la secretaría del juzgado o tribunal de su jurisdicción, en la actualidad esta firma es registrada en la Corte Superior del Distrito Judicial al cual corresponda el Notario.

3.- PLANOS DE LA ESCRITURA PÚBLICA

De los conceptos anteriormente vertidos surge una diferenciación entre dos planos, el plano negocial que pertenece al derecho material o sustantivo, civil, comercial y el plano instrumental, propio del derecho notarial, que es un derecho formal.

Según Pedro C. Verdejo Reyes, en todo instrumento público subyace siempre un acuerdo o manifestación de voluntad (negocio o acto jurídico), o una relación de hechos encaminada a producir efectos jurídicos determinados, en relación del negocio instrumentado, el Notario subsumirá la voluntad de los otorgantes, dentro de las normas jurídicas que regulan el negocio de que se trate, Código Civil o normas de legislaciones especiales.

En el plano de la forma instrumental el Notario se ajustará en su solemnización y redacción, a las normas de la legislación notarial, con entera independencia del contenido negocial del instrumento.

Este doble plano permite descubrir que en la escritura pública deben existir elementos que actúan como integrantes del negocio en cuanto a derecho regulado por el Código Civil, y elementos y

requisitos que desde el punto de vista formal son necesarios para conferir plena validez y eficacia al acto realizado.

En la escritura pública el Notario subsumirá la voluntad de los otorgantes, dentro de las normas jurídicas que regulan el negocio de que se trate. Código Civil o normas de legislaciones especiales, en el plano de la forma instrumental, el Notario ajustará en su solemnización y redacción, a las normas de la legislación notarial, con entera independencia del contenido negocial de la escritura pública.

CAPÍTULO III

LOS SUJETOS DEL INSTRUMENTO PÚBLICO

1.-EL OTORGANTE

El negocio jurídico es el contenido material de todo instrumento público, que por esta cualidad expresa una manifestación de voluntad, una adhesión de consentimiento o una relación de hechos jurídicos relevantes. En esa perspectiva es dable percibir en el instrumento la concurrencia de dos planos relacionados entre sí: el plano del negocio y el plano del instrumento. En ese contexto sólo pueden ser otorgantes las personas susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones.

El plano del negocio está referido al derecho material, es decir, que cuando el análisis capta a las personas del instrumento público, surgen los conceptos de partes y comparecientes que son los sujetos del negocio y del instrumento, respectivamente, de donde surge la idea jurídica de persona y personalidad. La primera como sujeto de derechos y obligaciones, capacidad idónea para producir efectos jurídicos; la segunda, como aptitud jurídica para ser sujeto de un derecho subjetivo, es decir, capacidad de hecho, capacidad de obrar.

El vocablo "otorgante" se deriva del verbo "otorgar", es decir, consentir, admitir. En esa dirección semántica es necesario aclarar que el Notario no "otorga", como frecuentemente se confunde en nuestro medio; tampoco establece la declaración de voluntad ni el negocio que puede ser objeto del acto jurídico. El Notario sólo asienta lo "visto" y "oído", sólo "sanciona" o "autoriza" dando fe pública de lo actuado frente a él. Tampoco es sujeto, ni parte, ni concurrente, es, por antonomasia, un "tercero imparcial" frente a las partes concurrentes.

Explica Neri que la noción de otorgante, en cuanto al instrumento público, está referida al sujeto que con capacidad jurídica para formalizar un acto o realizar un - negocio jurídico, expresa positivamente su voluntad. El otorgante o compareciente es la persona que interviene como sujeto en el instrumento público, en acto de comparecencia física, pudiendo tener o no tener la calidad de parte en el negocio que se instrumenta, puesto que tal comparecencia puede darse por representación, en cuyo caso el apoderado o representante actúa sólo con fines de prestación del consentimiento en el instrumento.

El sujeto en el instrumento público viene a ser el órgano declarante del contenido negocial; sin sujeto no puede haber relación de Derecho. El sujeto así concebido importa tanto la persona natural como la de existencia ideal o jurídica. Decimos que no hay escritura pública sin otorgante o compareciente. Estructuralmente la persona es el elemento sustancial del acto y por ende de instrumento público. Su presencia es la razón de ser del negocio, de su perfeccionamiento y de su existencia jurídica.

1.1.- SUJETO. PARTE. CONCURRENTE.

Sujeto es la persona que usando su capacidad jurídica establece, modifica o extingue relaciones jurídicas que le incumben. Trátese de personas naturales o jurídicas que tienen una posición y la sostienen frente o en oposición a la exigencia jurídica de otra; por ejemplo, el vendedor frente al comprador, el acreedor frente al deudor.

En cuanto al concepto de "parte", cabe dirigirlo hacia la persona o personas que tiene la misma pretensión en el instrumento público, o que participan en un mismo negocio. Tratase, dice Ávila, de todos aquellos que manifiestan su voluntad negocia! en una misma dirección, o, como expresa Núñez Lagos, una o varias personas que actúan juntas y comparten la misma titularidad.

Finalmente, explica Neri, el sentido y alcance del vocablo "concurrente", se capta así: "Aquél que asiste a un otorgamiento y lo suscribe, sin establecer por sí mismo ninguna relación de Derecho. El primer concurrente del instrumento público y que nada tiene que ver con la relación jurídica es el apuntado por el propio Notario" (1981:14). Tal cosa ocurre también con los testigos, sean instrumentales o de conocimiento, con la intervención del médico en la manifestación de última voluntad que acredita las facultades mentales del testador, o en la redacción del intérprete que traduce al idioma nacional la voluntad de un extranjero que no hable el castellano.

1.2.- NEGOCIO E INSTRUMENTO.

En este plano teórico, tomamos un concepto que emite Núñez Lagos estableciendo la diferencia entre negocio e instrumento. Para este tratadista los conceptos enunciados implican valoraciones jurídicas que actúan en dos planos horizontales y paralelos distintos. El negocio es peculiarmente sustantivo, civil o comercial, en tanto que el instrumento es típicamente formal; en estos dos

planos es perceptible la presencia de un derecho sustantivo en el negocio y notarial en el instrumento.

1.3.- IDENTIFICACIÓN Y FE DE CONOCIMIENTO.

Según expone Ávila Álvarez, el instrumento público no puede cumplir sus fines sino a condición de que se acredite la legítima procedencia de la persona a quien se atribuye (1973:121). No sería prueba auténtica un documento donde no se tiene certeza de la identidad de las personas que otorgan el instrumento. Esta presunción de legítima procedencia sólo puede establecerse si en el momento del otorgamiento se toman las precauciones encaminadas a impedir la suplantación de una persona por otra. En nuestra práctica notarial, como se sabe, sirve a este propósito el documento o cédula nacional de identificación, pasaporte y la libreta del servicio militar, que permiten identificar a los comparecientes mediante el examen que hace el Notario de estos documentos.

Este requisito de la identificación de las partes es de antigua data. La pragmática de Alcalá en España (1503), prescribía que el Escribano tenía el deber de "conocer" a los hombres a quienes hacían las cartas. En nuestra Ley del Notariado (1858) encontramos la prescripción imperativa del art. 21, que dice; "Los Notarios no podrán autorizar los instrumentos que quieran otorgar sujetos que les sean desconocidos; a no ser que se presenten dos vecinos del lugar que los conozcan y que reúnan las cualidades de los testigos instrumentales (fe de conocimiento), quienes firmarán la escritura, haciendo mención de esta circunstancia. La fe equivocada de la identidad de uno de los contratantes implica responsabilidad civil y criminal para el Notario (Auto Supremo 686 Gaceta Judicial).

En cuanto a la fe de conocimiento diremos que, primero, es un requisito del instrumento que los comparecientes hubiesen sido identificados por los medios idóneos, y, en segundo lugar, de afirmación del Notario de que ha identificado inmediatamente al compareciente; las frases rituales, "a quien de conocerlo, doy fe", "a quien identifiqué en su comparecencia", son ilustrativas al respecto. Fe de conocimiento, por consiguiente, significa "juicio afirmativo de identidad y, dice Ávila, "no comete falsedad el Notario que sin conocer (es decir, sin tratar) al compareciente, pero identificándolo, da fe de conocerlo: La fe de conocimiento afecta a la

identidad del otorgante". La fe de conocimiento se refiere a la persona, a la calificación con la que ésta circula en el tráfico social.

Sobre este tema es necesario referirse a la actuación de los testigos de conocimiento como agentes supletorios de identificación que en la asistencia de dos o más personas, con capacidad civil, que conozcan al otorgante y sean conocidos del Notario, se hacen responsables de la identificación, caso que entraña la posibilidad, por cierto peligrosa para el fedante, de un acto de colusión entre identificadores e identificado que derive en suplantación de personalidad y la consiguiente responsabilidad del Notario.

1.4.- PERSONAS JURÍDICAS

Enseña Escriche que, en Derecho, no es lo mismo persona que hombre: "hombre es todo ser humano considerado sin respecto alguno a los derechos que la ley le garantiza o le niega. Persona es el hombre considerado según el estado de que goza y que le produce ciertos derechos y deberes. Esta distinción emerge del Derecho romano donde debía distinguirse al esclavo u "horno" del hombre libre. Continúa Escriche afirmando que las "personas" son el primer objeto del Derecho, porque toda ley se ha establecido por causa de ellas ("omne ius personarum causa constitum est"). De donde se desprende que "persona" es, jurídicamente, ser humano individual o colectivo, capaz de derechos y obligaciones" (Calvo). Hay dos clases de personas: de existencia visible y de existencia ideal, consagradas como tales en (odas las legislaciones modernas.

En cuanto a nuestro tema, definiremos que persona jurídica o persona abstracta, como dice Colmeiro, es todo ente que tiene aptitud para el Derecho y ante él; persona de existencia ideal; sujeto susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, ya sea por sí o por representante. Se usa la expresión "persona jurídica" como opuesta a -persona natural" para demostrar que ellas no existen sino con un fin jurídico. Tratase de entes artificiales creados por el legislador para dotar de personalidad jurídica a entidades colectivas, susceptibles de derechos y obligaciones. Se trata de asociaciones formadas por la reunión y la colaboración de los seres humanos para satisfacer necesidades o cumplir finalidades que escapan a sus facultades aisladas. En otras palabras, que la existencia de personas jurídicas tienen su razón de ser en la existencia de fines que claramente exceden las posibilidades individuales. De ese modo "persona jurídica" puede definirse en este concepto de Gastan Tobeñas, citado por Fernández: "Es aquella entidad formada

para la realización de los fines colectivos y permanentes de los hombres, a la que el Derecho objetivo reconoce capacidad para derechos y obligaciones" Savigny denomina "seres ficticios" o personas jurídicas a los entes que no existen sino para fines jurídicos con capacidad patrimonial que aparecen al lado del individuo como sujetos de las relaciones de Derecho, para el cumplimiento de un fin jurídico". Esta personalidad moral fue conceptuada por Planiol y Ripert como "la atribución de derechos y obligaciones a otros sujetos que no son seres humanos". En otros términos, persona jurídica es toda entidad a la que la ley ha dado la consideración de persona en la sociedad.

Son condiciones necesarias para la existencia de la persona jurídica: 1) Patrimonio propio o separado; 2) Unidad orgánica; 3) Responsabilidad independiente; 4) Actuar jurídicamente en nombre propio.

1.5.- NATURALEZA DE LA PERSONA JURÍDICA.

El concepto de persona jurídica es uno de los más controvertidos en la ciencia del Derecho.

Siguiendo a Neri en esta parte de la exposición, tenemos tres planteamientos sobre la naturaleza de la persona jurídica:

La "ficción". Postura que asimila el ente ideal a la persona humana, para que pueda desenvolverse tal como lo haría una persona natural en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

La "negación". Que desconoce la existencia de tal personalidad arguyendo que no hay más personas que las naturales; que las personas jurídicas, morales o ficticias no son tales personas puesto que no traslucen ningún aspecto anímico, privativo de la persona real. Fúndase ésta, explica Coviello, en el principio comúnmente aceptado de que sólo el hombre por estar dotado de razón y de voluntad, es capaz de derechos y obligaciones, de tal suerte que donde encontramos derechos que no están vinculados a la existencia de un hombre, tenemos una persona ficta.

La "realidad". Que desconociendo el planteamiento argumental de las dos anteriores, desarrolla como verdadera, real y efectiva, una persona cuya existencia vive en el interés jurídico. En ese sentido, von Gierke, Michoud y otros, sostuvieron que la realidad jurídica es de orden distinto a la realidad natural. La calidad de la persona es algo específicamente jurídico. No hay pues ficción

alguna en considerar persona al Estado, al Municipio o a la Iglesia y las diversas agrupaciones o asociaciones que existen como instituciones tanto de Derecho público como de Derecho privado.

El pensamiento realista, objetivo a todas luces, atribuye a determinadas entidades la misma capacidad de adquisición y de disposición de que se vale el hombre, es decir, asigna al ente jurídico el poder o virtud de que está investido el "ser humano". En otras palabras, la capacidad de dichos entes no es en modo alguno diferente a la de las personas naturales: son capaces de querer, de obrar y hasta delinquir por lo que pueden ser responsables tanto civil como penalmente. La persona jurídica es un concepto construido el fin de que pueda ser sujeto de Derecho. Es una jurídicamente con creación típica del mundo actual, de nivel técnico, que responde a necesidades de orden político, económico, religioso, científico, etcétera, en fin, como dice Neri, tiene por principal objeto el bien común.

2.- TESTIGOS INSTRUMENTALES

Del latín "testificor", "testis", persona que da testimonio, afirma o asevera algo como habiéndolo visto u oído. En el campo notarial un concepto genera de testigo se refiere a la persona que debe concurrir a la celebración de ciertos actos jurídicos, en los casos señalador por la ley o requeridos por los particulares para solemnidad de dichos actos y poder dar fe y servir de prueba. En los instrumentos o documentos notariales, testigo es el que firma junto al Notario para dar solemnidad al acto y aseverar así el hecho y su contenido. Estos testigos instrumentales son parte formal del instrumento y Ávila Álvarez los define así: "Son testigos instrumentales los que presencian el acto de la lectura, consentimiento, firma y autorización de una escritura pública, aseverando con su firma en el instrumento la veracidad del relato notarial"..

2.1.- DEFINICIÓN

Se han dado muchas definiciones de testigo. Nosotros tomaremos las que a nuestro juicio explicitan mejor el tema, y que son glosadas por Neri: Escriche dice: "Testigo es la persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad o la falsedad de los hechos controvertidos". Novoa Seoane: "Testigo es la persona humana que da testimonio de alguna cosa por haberla visto u oído". Baldana: "Testigos son las personas que declaran sobre la existencia o veracidad de algún hecho o asisten al otorgamiento de una escritura, son las personas que dan

testimonio de una cosa o la atestiguan, constituyendo, en el primer caso, una solemnidad exigida por la ley en las escrituras públicas y en, algunos instrumentos público, y, en el segundo, un medio de prueba, cuando deponen sobre un hecho que conocen".

2.2.- CLASES DE TESTIGOS.

Debemos a Carnelutti la distinción entre testigo instrumental y testigo procesal a quien también denomina "narrador". Asimismo este notable jurista explica que la institución del testigo no es solamente de Orden procesal, pues existe con amplitud en el Derecho privado como requerimiento de legalidad de ciertos actos, instancia en la que es objetivamente previsible que la función del testigo narrador consista en explicar, describir un hecho o acto por él percibido, y que, por otro lado, la función del testigo instrumental consiste en percibirlo, hecho del que deriva la publicidad, porque la ley, cuando prescribe que un acto o negocio se realice frente a testigos, prescribe, asimismo, su publicidad, de donde la actuación del testigo del instrumento no es de certificación sino de comprobación. En todo caso los testigos instrumentales son entes pasivos, su actividad radica en el hecho de suscribir, en unidad de tiempo y acción con las partes y el funcionario, el acto que oyeron y percibieron "auditio et suis sensibus".

En el ámbito notarial hay testigos de conocimiento que, siendo conocidos por el Notario, certifican a éste sobre la identidad del otorgante de un acto jurídico; testigos hábiles, cuando el testigo no tiene tacha absoluta ni relativa su deposición constituye prueba completa. En orden negativo se clasifica a los testigos en sospechosos, inhábiles y excluidos.

2.3.- CARÁCTER DE SU INTERVENCIÓN

La intervención testifical se enfoca desde diversos puntos de vista. Ávila recoge algunos de ellos, en la siguiente forma: 1) Función de publicidad. El documento notarial es público por la tipicidad de su otorgamiento, y como además es solemne precisa de la intervención de los testigos coadyuvando a la "coacción psicológica" del instrumento; 2) Otro enfoque considera que los testigos comparten con el Notario la fe pública, que así se desdobra en fe notarial y fe testifical. Tal es la letra del art. 17 de nuestra Ley del Notariado que estipula: "Las escrituras se otorgarán ante un Notario y dos Testigos, mayores de edad, vecinos del lugar del otorgamiento y que sepan leer y escribir". En materia sucesoria, el Código Civil, en su art. 1127, dispone que el testamento

cerrado deberá ser entregado al Notario "ante tres testigos vecinos manifestando de viva voz que contiene su testamento". "El Notario establecida la identidad del testador, extenderá en la cubierta el otorgamiento, lo firmará con el testador y los testigos.." En el art. 1130, dispone: "Todos los testigos deben hallarse presentes al otorgamiento y ver la entrega del pliego cerrado". En cuanto al testamento abierto, otorgado ante Notario, establece el art. 1132 que "se hará con las formalidades de toda escritura pública... 1) Que sea otorgado en presencia de tres testigos vecinos ... 3) Que en todo caso se lea en voz alta el contenido del testamento ante el testador y los testigos y firmen todos en el mismo acto ... 6) Que firmen los testigos y el Notario.."

En nuestro Código Civil se reconoce el testamento abierto otorgado ante testigos solamente, El art. 1133, estipula que: 1) Que sea otorgado ante cinco testigos vecinos y no pudiendo ser habidos en el lugar cinco, por lo menos tres testigos vecinos; 2) Que el testador si no presentare escrito el documento, dicte personalmente las cláusulas en el acto a uno de los testigos o que un testigo lo escriba conforme a la voluntad del testador.

Como se denota, la actuación de los testigos en nuestra legislación civil es relevante en los actos de última voluntad; los encontramos también inserto en los testamentos especiales donde actúan en caso de riesgo grave; en los testamentos a bordo de nave o aeronave; en el testamento militar y en el de acción de guerra. 3) Otros autores consideran que el carácter de la intervención de los testigos viene en ayuda de la fe notarial, defendiendo a los otorgantes de la posible infidelidad del funcionario y a éste de la de aquellos. Esta prevención parece estar en el contenido del art. 17 de la Ley del Notariado ya mencionada.

2.4.- CAPACIDAD.

Este requisito es esencial en materia de testigos, pues se trata de la aptitud legal para actuar como tales. En este aspecto vale tomar en cuenta la edad y el estado mental de la persona; la aptitud del sujeto actuante: parentesco, instrucción, vecindad y conocimiento, todos estos requisitos son de idoneidad.

Otro aspecto es el de la probidad que enmarca una actualidad de orden moral que exige del testigo estas virtudes: rectitud, integridad, honradez y, finalmente, el atributo de la imparcialidad.

2.5.- CLASIFICACIÓN.

El tema de la clasificación de los testigos tiene dispares opiniones entre los tratadistas. En esa temática encontramos dos tendencias, una histórica y otra definida como moderna. En el criterio histórico toma relieve la importancia de la institución testifical, tanto en el Derecho público como en el privado, terreno donde la solemnidad de los contratos se plasma si en ellos concurren los testigos. En el criterio moderno se considera que los testigos concurrentes al acto instrumental, no son más que agentes pasivos de pura comprobación del otorgamiento del acto.

2.6.- DOCTRINA.

En el orden doctrinal existen diferentes puntos de vista que, en el esquema que plantea Neri, son los siguientes:

Azpeitia Esteban sostiene que, en realidad, la situación de los testigos es pasiva y expectante, por lo cual podría decirse que en los instrumentos públicos debieran concretarse y oír y callar. Los deberes de los testigos serían: 1) Testigos de conocimiento: veracidad, lealtad, consecuencia, pues prestan un testimonio de identidad personal del otorgante; 2) Testigo instrumentales, actos "ínter vivos": asistencia, sigilo, veracidad y firmeza, porque han de escuchar atentamente el contenido de la escritura informándose bien de ella, presenciar la prestación de conformidad y forma de los otorgantes y firmar el documento; 3) Testigos instrumentales de actos "mortis causa": presenciar el acto de otorgamiento, asegurándose, en cuanto sea, posible, que en ese acto el disponente tenga la capacidad de ley.

De Velasco expone que la presencia de los testigos queda limitada a hacer constar que el negocio jurídico se ha celebrado en la forma y condiciones que resultan del instrumento.

2.7.- SOBRE LA NECESIDAD TESTIFICAL.

La presencia testifical en la otorgación del instrumento notarial se ha vuelto, en los tiempos que corren, un tema controvertido. Sobre la presencia testifical destacamos tres teorías antitéticas, una subjetiva que propugna la eliminación de los testigos, otra de carácter objetivo que justifica su existencia y otra ecléctica que combina los elementos de las anteriores.

a) TEORÍAS SUBJETIVAS

Para Fernández Casado los testigos son innecesarios en los instrumentos públicos, porque no son ellos sino el Notario quien les puede dar el carácter de públicos; por lo demás, en el terreno de la fe pública, los testigos no intervienen sino por vía de solemnidad. Según De Velasco, el valor instrumental de los testigos se determina porque si bien no ha llegado a ser una ficción, ha sido, al menos en muchos casos, un requisito cumplido en serie por verdaderos profesionales de la testificación

Para Hernán de las Pozas, la intervención de los testigos se opone a la naturaleza secreta del protocolo. Sanahuja y Soler, expresa que en realidad la supresión de los testigos es en todas partes más que un resultado de una tesis doctoral, la remoción de un estado de cosas que en la práctica había perdido todo vigor y quedaba reducido a una simple ficción; generalmente los testigos eran firmantes (y lo son en nuestro medio) que no conocían el contenido del acto, casi siempre agentes retribuidos al servicio del Notario (Neri; 1981:200).

Giménez Arnau da una explicación histórica al tema. Afirma que la intervención testifical y la mediatización del ministerio público notarial estaba justificada cuando el escribano era solamente "sabidor de escribir" y se atendía más a su habilidad para extender las "cartas en cuero" que a su preparación científica y a su veracidad. Pero hoy, que los Notarios son más "sabidores de Derecho" que "sabidores de escribir", carecen de toda justificación estas medidas de desconfianza, a cuya supresión se había hecho acreedor el Notario por el prestigio que ha llegado a alcanzar la función.

b) TEORÍAS OBJETIVAS.

Se fundamenta en el concepto de que la intervención testifical es un requisito de rigurosa solemnidad y de publicidad. Falquera, citado por Fernández Casado, en su Tratado Notarial, afirmó: La intervención de los testigos en los instrumentos públicos tiene por objeto imprimirles el sello de la publicidad; acreditar que no se han hecho clandestinamente o a "cencerros tapados", como vulgarmente se dice, sino en público... se requiere dos personas para que estén presentes en representación del público a fin de que sea verdad el que la escritura es pública y se ha hecho en público y no en secreto.

Para Otero y Valentín, los testigos instrumentales son de una "necesidad objetiva"; es un equívoco prescindir de los testigos instrumentales los cuales, al Notario, en todo caso, no le deben preocupar, al contrario le sirven de garantía al mismo funcionario para que presencien su discreción y diligencia. Considera también el aspecto de la solemnidad del acto de la dación de fe.

Finalmente, Ávila Álvarez se refiere al Preámbulo de la Ley Española de 1 de abril de 1939, para justificar una acertada crítica a esta posición objetiva, expresando que la presencia testifical "es un requisito que se cumple en serie con la colaboración de verdaderos profesionales de la testificación retribuida, y no añade valor ni autenticidad a los documentos ni constituye una garantía para los contratantes". En ese país, el Reglamento Notarial de 1944, en su art. 180, vino a suprimir en términos generales la necesidad de la intervención de testigos en los instrumentos, salvo los siguientes casos:

- A.- Escrituras ínter- vivos. Solo es necesaria la intervención de testigos cuando la reclamen al Notario o cualquiera de las partes, o cuando alguno de los otorgantes no sepa o no pueda leer ni escribir;
- B.- Testamentos. Por expresa declaración del Reglamento se regirán por la legislación civil, que exige la intervención de testigos en todo caso y en el número indicado. (En nuestra legislación: arts. 1127. 1130, 1131 del Código Civil).
- C.- Actas.- No precisan la intervención de testigos, salvo en casos concretos en que el Derecho vigente estatuya otra cosa.

c) TEORÍAS ECLÉCTICAS.

Textualmente expresa Neri: "En esta teoría se sitúan los tratadistas partidarios de la supresión de la asistencia al acto jurídico de los testigos instrumentales, aceptan, no obstante, la recepción testimonial en los supuestos de otorgación de testamentos, protestos y contrataciones, y de actos y contratos en que las partes no sepan o no puedan escribir o no conozcan el idioma del país.

En nuestro concepto, y atenta la experiencia de nuestra función notarial, creemos que la actuación del testigo instrumental es un anacronismo que en nada justifica su participación en el

instrumento notarial, porque se trata generalmente de un sujeto estipendiado por el Notario que aparece ocasionalmente en la Notaría y cuya actuación nada tiene que ver con el otorgamiento de la escritura. Esta testificación debe suprimirse, salvo los siguientes casos: 1) En - las escrituras y documentos notariales otorgados por personas que no supiesen no pudieren leer o escribir; 2) Cuando cualquiera de los otorgantes o el propio Notario lo requieran; 3) En las disposiciones o actos de última voluntad, en el marco señalado por la legislación civil y cuando la ley así lo exija o requiera.

2.8.- DECLINACIÓN DEL TESTIGO Y PROSPERIDAD DEL DOCUMENTO NOTARIAL

El documento notarial, hemos dicho, constituye presunción "iuris et de iure", es decir, es plena prueba mientras no se pruebe o se demuestre lo contrario por la vía legal que corresponda. La escritura Notarial, dice Pondé, es mucho más que un instrumento público probatorio; es el mayor medio probatorio para la atenta exanimación en busca de la verdad.

En el principio el documento y el testigo fueron elementos inseparables, complementarios, si bien la prevalencia del testigo fue mayor; no hubo documento valedero probativamente sin testigo; el testigo fue fundamental, la fuerza probatoria se apoyaba en él. Mas con el correr del tiempo su importancia fue decayendo en la medida en que ganaba prestigio el documento elaborado por el Tabellión como "documento publica confecta" que le daba al documento ponderada connotación valorativa.

El punto fundamental del valor documental frente al valor testifical, fue el advenimiento de la fe notarial: Notario o Escribano configurados o autenticados y poseedor de una facultad estatal trascendente como fedatario.

Así creció el documento notarial. La "carta", explica Pondé, no podía ser atacada si no se la redarguía de falsedad. El documento creció impulsado por la fe que el Notario pasó a ejercer con representatividad estatal. Al nivelarse testigo y documento, en la comparación axiológica, surgió la diferencia porque frente a la testificación inmemorialmente igual y estática, el documento público adquirió jerarquía, organizó sus partes, metodizó sus requisitos y capacitó a su hacedor autorizante, es decir, adquirió jerarquía. El siglo XX, afirma Pondé, marginó al testigo de la

escritura notarial por innecesario, inocuo, inoperante y, en ocasiones, peligroso, en tanto que el documento notarial parece aproximarse ahora a su absoluta realización. La materia propia de la llamada jurisdicción voluntaria (ius aditio) se pone al alcance del documento notarial haciéndole una aportación más útil para la sociedad.

2.9.- DECLINACIÓN DEL TESTIGO Y PROSPERIDAD DEL DOCUMENTO NOTARIAL CON RELACIÓN AL VALOR PROBATORIO

De que la legislación notarial vigente en nuestro país establece como requisito formal en la otorgación de las escrituras públicas la intervención de los testigos instrumentales, bajo alternativa de nulidad del acto, aspecto que en nuestro medio ha derivado en prácticas anacrónicas, ya que los Notarios en el afán de cumplir con los requisitos establecidos por la Ley del Notariado de 1858 efectúan cierta remuneración a personas que nada tienen que ver con el otorgamiento mismo de la escritura, que pueden o no ser empleados de este, para que funjan las veces de testigos instrumentales, apareciendo ocasionalmente a firmar en serie los protocolos sin haber participado del acto, aspecto que nada tiene que ver con el otorgamiento mismo de la escritura, con la legalidad del acto jurídico o su solemnidad y publicidad.

Así también se ha podido comprobar que desde el punto de vista de la función notarial y la teoría del instrumento público la intervención de los testigos instrumentales en la otorgación de las escrituras públicas es innecesaria, ya que es el Notario quien por el imperio de la Ley, da fe, autenticidad y solemnidad a todos los actos y contratos que señala la Ley. Así también hemos podido determinar que en la actualidad ya no se usan los testigos de conocimiento, ya que es el Notario, quien mediante las cédulas de identificación, corrobora la identidad de las partes.

El Notario también es quien le puede dar a la escritura el carácter de pública, junto con otros medios más idóneos, como lo serían la inscripción de la escritura en las oficinas de los derechos reales y así de esta manera suprimir para este tipo de actuaciones notariales la intervención tanto de los testigos instrumentales como de conocimiento.

CAPITULO IV

JUSTIFICATIVOS PARA LA MODIFICACIÓN EN CUANTO A LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES Y DE CONOCIMIENTO EN LA ESCRITURACIÓN NOTARIAL

El aspecto trascendental en el Notariado, es el hecho de la autenticación, que constituye el objeto formal de la ciencia notarial y es esta actividad la que principalmente determina la disciplina que al extenderse al orden instrumental nos sumerge en la autenticidad que tiene carácter definitivo, porque implica firmeza del documento.

La exigencia de los testigos instrumental y de conocimiento en la documentación notarial, data de mucho tiempo atrás, casi desde el origen mismo de la humanidad; por eso el hombre se ha servido invariablemente de los testigos en la realización de determinados actos ejecutados con finalidad jurídica, históricamente encontramos referencias en la Biblia en el Libro de Ruth, Capítulo IV, cuando Booz tomó por esposa a Ruth y compro una heredad y dijo a los ancianos y al pueblo que allí estaba reunido, que ellos eran testigos del acto por el cual el entraba en posesión, de las cosas que eran de la vendedora, y como este existen innumerables ejemplos patentes que se ofrecen a la inteligencia para asegurarse de la realización de los contratos.

Dos o tres testigos han bastado según la Ley antigua para robustecer con su aseveración la certeza de un hecho cuestionado, estos indicios incuestionables se hallan en el antiguo testamento, en el Libro V de Moisés comúnmente llamado Deuteronomio, allí se expresa "en el dicho de dos testigos o en dicho de tres testigos consistirá el negocio", igual referencia encontramos en el nuevo testamento cuando San Mateo, dijo a sus discípulos "si tu hermano no te oyere, toma aun contigo uno o dos, para que en boca de dos o tres testigos conste toda palabra".

Como puede observarse, el testimonio popular jugaba un rol preponderante en la vida primitiva de los pueblos, así como en el transcurso del tiempo el testimonio humano termino por manifestarse como una condición esencial para la validez de las relaciones contractuales, que además de imprimirles solemnidad al acto, multiplicaban su divulgación (publicidad), dándole un verdadero estado público y de garantía contractual, posteriormente a través de la evolución de las

instituciones y tras un rígido ordenamiento, el testigo surgió como elemento tipo de la instrumentación, encaminado principalmente a asegurar las operaciones jurídicas contractuales, dando a la parte interesada su concurso moral y material, y más tarde, como barrera para evitar la falacia que pudieran argüir los contratantes interesados en viciar el acto.

A través del tiempo, la idea de la necesidad o no de los testigos instrumentales y de conocimiento y las concepciones que de ella se tuvieron han sufrido innumerables mutaciones. A esta altura para seguir adelante es urgente detenernos precisando algunas definiciones que se han dado de los testigos o testigo en el orden académico y se dice que (testigo) es la persona que da testimonio de una cosa o la atestigua como persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de una cosa

Para el notario Usta Orellano y Gonzalos "testigo es la persona fidedigna de uno u otro sexo que pueda manifestar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos" y para Novoa Seoane "testigo es la persona humana que da testimonio de alguna cosa por haberla visto u oído" 63.

En el proyecto de la nueva Ley del Notariado que se encuentra actualmente en el Congreso Nacional se define en su art. 81 que: "testigos en legislación notarial" son: personas capaces, mayores de edad y hábiles por derecho, que concurren para la celebración de ciertos actos instrumentales, por exigencia legal, porque así estima el Notario o requiera alguna de las partes, debiendo el Notario dar fe de su identidad, individualizándolo, debe abrir juicio sobre su capacidad".

En materia notarial los testigos desde la antigüedad hasta nuestros días siempre figuraban para corroborar y atestiguar lo celebrado, por ello que se consideraron y se consideran todavía en algunas legislaciones como requisito documental, estos testigos por lo general asistían al otorgamiento

de una escritura, porque por ese hecho dan testimonio de una cosa o la atestiguan, constituyendo en el primer caso una solemnidad exigida por la ley en las escrituras y algunos instrumentos públicos, y en el segundo caso un medio de prueba cuando deponen sobre un hecho que conocen.

⁶³ GUZMÁN Farfán Saúl. Ob. Cit., pág.291.

El testigo ha existido siempre, tanto en el sentido de solemnidad exigida por ley cuanto como medio de prueba.

Como requisito solemne era indispensable su asistencia al solo objeto de adquirir conocimiento del acto jurídico que se trataba de documentar, es decir como solemnidad exigida por la ley para la formulación de actos jurídicos, sin cuya presencia antiguamente los actos se juzgaban faltos de eficacia.

El testigo instrumental perseguía darle publicidad al contrato que la ley quiere que un acto se efectúe en presencia de testigos, dentro de mayores o menores límites de su publicidad, por lo que la función del testigo instrumental no era, ni es de certificación sino de comprobación.

Existen un sin número de clases de testigos, por la delimitación en la investigación nos referiremos solo a los testigos del derecho notarial y del notariado, entre los que tenemos a los testigos de conocimiento, los que siendo conocidos por el Notario, certifican a este sobre la identidad del o los otorgantes de un acto jurídico manifestación de voluntad, más adelante nos ocuparemos de ellos con más detalle, luego tenemos a los testigos instrumentales y compete esta denominación a los que asisten al otorgamiento de un instrumento público, ahí están también los testigos testamentarios, los que asisten al otorgamiento de un testamento o de su revocación o de algún otro acto que demande solemnidad de última voluntad, llamados estos últimos en el proyecto de la nueva ley del notariado indicado, testigos específicos.

Un aspecto que es necesario contemplar, es el que se refiere a la inquietud de varios profesionales del derecho y notarios de utilizar o admitir como testigos instrumentales a las secretarias de las oficinas notariales, al respecto debemos advertir que estas personas estarían en la clasificación de los testigos sospechosos entre los que precisamente se contemplan a los dependientes.

En el proceso evolutivo de la institución testimonial, hay notarialistas y legisladores con el reiterado deseo de mantener la prueba de testigos como un medio de eficaz garantía instrumental, algo así como una voz en expectativa, capaz de hablar cuando se lo exija para decir la verdad.

La asistencia de los testigos en el proceso de otorgación instrumental, es un tema que, desde hace muchas décadas viene siendo discutido, es así como en Alemania ya en 1871 se resolvió el problema y se impuso la supresión parcial de los testigos.

La polémica entablada sobre la institución de los testigos, tuvo mucho eco en España especialmente por los Notarios Torrez Aguilar y Falguera, unos inclinados, por la supresión y otros por el mantenimiento, los primeros apoyados en una fría consideración sobre la importancia de la asistencia testifical al acto jurídico a documentarse, esto es desechando la fuerza probatoria testifical que pudiera reportar para la justicia, en un proceso motivado por torcidas argumentaciones de las partes otorgantes, y los segundos dando auspicio a la prueba preconstituida por los testigos, ya que en caso de conflicto entre partes, la justicia necesita de sus declaraciones que son de certeza por haber tenido participación directa en la formación del instrumento.

La presencia de los testigos en el acto para la formalización jurídica, es una solemnidad de antiquísima data.

La Ley Orgánica del Notariado de 1862 en España, exigía la presencia mínima de dos testigos en actos inter-vivos, empero en la reforma de la misma Ley Orgánica de 1939, en abierta oposición con el testigo, dio un gran paso hacia la supresión, pues a decir de Hermán de la Pozas, por regla general los testigos no son necesarios y solamente cuando el Notario o los interesados los requieran o cualquiera de éstos no sepan leer ni escribir, "pero la reforma solo se impuso respecto de los actos inter-vivos, quedando subsistentes los testigos en materia de testamentos, lo cual es un acierto, porque la prueba testifical en los actos de última voluntad es más severa que la de los actos inter-vivos".

Antiguamente y hoy día los países que mantienen su legislación anacrónica, hacen uso de los testigos en la instrumentación documental en calidad de representantes del pueblo, para dar carácter público a los convenios válidos para aquellas épocas en que los medios de publicidad eran muy rudimentarios.

Los testigos tienen cabida y potestad en el acto instrumental para ver y oír lo dicho por las partes y el Notario, y hay que aceptar que por su función en caso de litis están obligados legalmente a declarar ante el Juez de lo que vieron y oyeron respecto al instrumento público que atestiguaron, hoy día si se presentara esta situación en nuestro país, existirían problemas, porque seguramente en caso de llamamiento por la justicia atestarían que jamás estuvieron en la audiencia pública del

Notario donde se perfeccionó el contrato y que sin oír ni ver, posteriormente firmaron el protocolo como ocurre en el diario manejo de la función notarial.

Una de las solemnidades jurídicas impuestas al proceso de formación instrumental, es la de verificar la presencia de los testigos, a este respecto la legislación Argentina preceptúa que la falta de presencia y firma de dos testigos en el otorgamiento, anula la escritura pública.

La doctrina y legislación de algunos países vecinos, determinaban que los testigos debían ser conocidos del Notario, y el Notario debía certificar que son de su conocimiento, en otros países como el nuestro en la práctica, sin embargo de que nuestra Ley del Notariado incorpora en su texto a los testigos tanto de conocimiento como instrumental, no se cumple con esta certificación.

En nuestro país han existido intentos de superar este problema del conocimiento de los testigos en la formación de la escritura pública, pretendiendo utilizar a sus dependientes, en torno a esto existe abundante doctrina, para que los dependientes, es decir los secretarios, amanuenses, dactilógrafos y otros no puedan ser testigos en la instrumentación de la escritura pública, la prohibición e incapacidad decretada por varios países es de estricta y prudente prescripción, porque por su estrecho contacto con el oficial público y en razón de ser subalternos que actúan a sueldo bajo la autoridad y dirección, podrían fácilmente ser inducidos a firmar como testigo en actos que solo escriben por dictado o por minuta, en nuestro país esta situación es clara y precisa, cuando el art. 19 de la Ley del Notariado textualmente dice "Art. 19.- Los oficiales y plumarios que estén al servicio de un Notario no podrán ser testigos en las escrituras que se otorguen por este".

La intervención testifical en nuestro país es de origen genuinamente hispano, una vez implantado el Notariado el 5 de Marzo de 1858, la necesidad de los testigos se puso de relieve en los hechos de la vida de relación privada y pública, ya que era forzosa su función y actualmente obligada su presencia al acto, tanto como elementos de valor para afirmar los hechos que el Notario documentaba, como para testimoniar de lo ocurrido en caso necesario.

Desde la época misma de la Colonia, se hizo forzosa para toda declaración humana hecha ante Notario, la presencia de dos testigos al menos en cuanto a los actos entre vivos y que desgraciadamente en legislaciones como la nuestra persisten hasta hoy día.

Es evidente que los testigos debían intervenir para dar solemnidad al acto público, presenciando y suscribiendo, con este manifiesto carácter la institución fue adoptada por nuestra legislación, que es incumplida a la fecha.

1.- CARÁCTER DE SU INTERVENCIÓN

Nuestra legislación notarial establece dos clases de testigos con fines claramente establecidos, unos contemplados, en el art. 21 que son de conocimiento, que su misión es de identificación a los otorgantes que son desconocidos para el Notario y hacer por este medio posible la otorgación de la escritura pública, y los segundos llamados instrumentales, incorporados en los arts. 17, 22 (última parte) y 25 de la Ley del Notariado de 5 de Marzo de 1858, por lo que trataremos de explicar su misión, y con un concepto moderno averiguaremos como se juzga la actuación testifical, si es activa o pasiva.

La mayoría de los tratadistas han llegado a la conclusión de que los testigos asistentes al acto instrumental, pese a su contacto con las partes y el Notario y aun al conocimiento directo del negocio jurídico, no son más que agentes pasivos de pura comprobación de la otorgación del acto, que solo oyen las declaraciones de las partes y la lectura del instrumento por el oficial público y asimismo escrutan a los circunstantes con el objeto de formarse en último análisis y con clara visión un exacto juicio del acto del cual son espectadores, sin embargo es necesario que se impongan del fin que sigue el curso del proceso instrumental, no solamente observen lo actuado, sino que sepan entender, interpretar, y que no están presentes solamente para tener únicamente un recuerdo vivo de su presencia al acto, sino que es necesario que sepan traducir la noción exacta de lo que el acto importa, para ello se requieren que sean idóneos.

De lo anterior se colige que, los testigos instrumentales son entes pasivos, en todo caso su actividad radica en el hecho de suscribir en unidad de tiempo y acción con las partes y el Notario el acto que oyeron y percibieron (*auditu et suis sensibus*).

Para el tratadista Aspeita, quien plantea los deberes del testigo diciendo que si bien la actuación de los testigos es pasiva y expectante, por lo que en los instrumentos públicos debía concretarse a oír y callar, sin embargo doctrinalmente se formulan los siguientes deberes: 1) Tratándose de los testigos de conocimiento, veracidad, lealtad y consecuencia, pues prestan un testimonio de

identidad personal del otorgante, y 2) Tratándose de los testigos instrumentales: a) De actos inter vivos, asistencia, sigilo, veracidad y firmeza, precisamente porque han de escuchar atentamente el contenido de la escritura, informándose bien de ella, presenciar la prestación de conformidad y firma de los otorgantes y también firman la escritura pública, y b) de los actos mortis causa como testamentos, no lo discutimos porque estos testigos no están en el plan de supresión en la instrumentación notarial.

Se considera que los límites de los testigos instrumentales son hacer constar que el negocio jurídico se ha celebrado en la forma y condiciones que resultan del instrumento y en ningún caso han de salir de su papel pasivo, que es de meros testigos, a no ser que se quiera efectuar algo contrario a la moral o que ellos creen opuesto, porque siendo voluntaria su misión, pueden negarse en cuanto estimen que no la deben prestar, posteriormente a su intervención no les alcanza ningún deber específico, salvo el de la veracidad para un futuro en que debieran actuar como medio de prueba.

Los que sostienen la supresión de los testigos instrumentales y de conocimiento están afiliados en las teorías subjetivas de Torrez Aguilar y otros que califican a estos testigos instrumentales de agentes inconscientes, como dependientes del Notario o de instrumentos pasivos, que solo servían y sirven para dar un vano aparato al acto a que concurren y a quienes no se les exige condiciones rigurosas.

Si se mantuvieran a los testigos instrumentales y de conocimiento en los actos notariales, el Notario quedará reducido a un mero custodio de los documentados que se hallan en su archivo y en tal supuesto solo podrá dar certificación de ellos, pero no de fe notarial", en suma se propugna la supresión de los testigos, porque como sabemos la "Fe Publica Notarial", es indivisible.

El tratadista Fernández Casado comparte la tesis de la supresión de los testigos y dice "que los testigos son innecesarios en los instrumentos públicos, porque no son ellos sino el Notario quien les puede dar tal carácter de públicos" 64, por lo demás aclara que los testigos no intervienen por vía de prueba, sino de solemnidad.

⁶⁴ Citado por GUZMAN Farfán Saúl, Derecho Notarial y Registros Públicos, Ob. Cit, pág. 469.

Es más existen autores que dicen que la intervención de los testigos en el protocolo atenta contra la naturaleza secreta de este, con buen criterio la ley de 1 de abril de 1939 de España, ha dado un gran paso en la supresión de los testigos en los instrumentos públicos, porque no son necesarios y que generalmente los testigos son firmantes que no conocen el contenido del acto, casi siempre son agentes retribuidos al servicio del Notario.

Ajustado al principio de la indivisibilidad de la Fe Pública y viendo en él la razón suficiente para impedir la intervención de los testigos en los instrumentos públicos, nos mostramos partidarios de la supresión de los mismos.

Para la otorgación de un instrumento público bastan la firma de las partes y del Notario, agregar la de los testigos implica redundancia, por lo demás los testigos no tienen noción ni obligación del secreto profesional.

Desde la antigüedad se observan la práctica equivocada de asociar al Notario autorizante con los testigos del contrato, como si el Notario y los testigos formaran una sola entidad, ante la cual concurren las partes a solemnizar sus convenciones.

La característica del instrumento, es la publicidad, cuando las partes otorgantes echan mano a la documentación de un acto o contrato jurídico, no lo hacen solamente con la finalidad de formar prueba, sino también de calificarlo para que revista interés respecto de terceros.

Frente a la teoría subjetiva, encontramos la teoría objetiva tratando de justificar la intervención de los testigos tanto instrumentales cuanto de conocimiento, que sustentan que el requisito de la intervención testifical, es de rigurosa solemnidad y los sostenedores dicen que "la intervención de los testigos en los instrumentos públicos, tienen por objeto imprimirles el sello de la publicidad, acreditar que no se han hecho clandestinamente, sino en público", ya que no sería prudente salir a la plaza y llamar a muchas personas, por eso se requieren de dos personas para que estén presentes en representación del pueblo, a fin que sea una verdad que la escritura es publica y se ha hecho en público y no en secreto.

Sin embargo es de advertir que es evidente que no reside en ellos ni la mitad de la fe ni la más mínima parte de ella, porque la fe pública notarial reside única y exclusivamente en el Notario, de consiguiente ni la intervención de los testigos envuelven desconfianza hacia la persona del oficial

público que autoriza la escritura, ni se opera con ella una división de la fe pública, porque como sabemos no hay fe testifical sino solamente notarial.

Otros autores dicen que si bien los testigos no añaden a la escritura garantía ninguna de credibilidad, sin embargo no por esto deben considerarse inútiles, no son un elemento supérfluo, porque una escritura pública debe llevar alguna muestra de que tiene ese carácter y esta muestra son los testigos.

Los sostenedores de la escuela objetiva manifiestan que la escritura pública necesita diversos requisitos, sin los cuales no logra su eficacia máximo y consisten en: a) La fe de identidad, b) Intervención de los testigos, c) Firma de las partes y de los testigos y d) El archivo o protocolización de los documentos, de donde se desprende que la intervención de los testigos tiene como fundamento la necesidad de ayudar a la fe notarial, defendiéndose así los propios otorgantes de la posible infidelidad del oficial público y este de aquellos, en una palabra los testigos sirven de control público.

Hay autores que dicen que los testigos instrumentales son de una necesidad objetiva, por eso manifiestan que es un equívoco prescindir de los testigos instrumentales, los cuales al Notario en todo caso no le deben preocupar, al contrario le sirven de garantía al mismo Notario para que presencien su discreción y diligencia.

2.- TESTIGOS DE CONOCIMIENTO

Ahora nos referimos brevemente a los testigos de conocimiento estatuidos en el art. 21 de nuestra Ley del Notariado de 5 de Marzo de 1858, diciendo que es oportuno hacer notar que hoy día sin embargo de estar concretamente determinados los testigos de conocimiento, nadie piensa en los indicados testigos, tampoco se acuerdan de ellos, como que prácticamente no se recurre a ese medio supletorio que está en desuso y por principio no es tolerable.

La fuerza fedante del documento notarial se asienta en las aseveraciones del Notario investido de poder fehaciente por ley con carácter estrictamente personalísimo y sin posibilidad de delegación ni de compartirla.

Los testigos de conocimiento sobrevienen solo en la ley como garantía de identificación, inspirando su dicho: una fe que no tienen. ¿Que, certeza, que seguridad cimienta la afirmación del testigo de conocimiento?, ¿cuál es la fe pública que valoriza su dicho?, la fe notarial de seguro que no.

Se arrastra de mucho tiempo atrás para que el Notario pudiera hacer la obra documental con seguridad identificante, que quienes comparecen ante él aceptan el testimonio de otros como ayuda y asomando a las legislaciones con el nombre de testigos de conocimiento.

En algunas legislaciones como la nuestra, mansamente se siguen aceptando "la salida" de los testigos de conocimiento para suplir una forma imposible de dar. Entre los medios supletorios que permiten la dación de fe de identificación, compartimos plenamente con la opinión de Belcaguy, cuando con relación a los testigos de conocimiento menciona que, una de las consecuencias de esta forma, es la de evadir el Notario de la responsabilidad que pueda recaer sobre él, cuando estos testigos de conocimiento se prestan a testificar sobre la identidad de los comparecientes, que luego resultan no ser los auténticos titulares del nombre ni del derecho.

Los medios que algunas leyes y la doctrina nos señalan para el conocimiento, son dos: 1) El directo o inmediato, por el que el Notario conoce personalmente a los otorgantes y 2) El indirecto o mediato en que la entidad personal, se adquiere y se califica por dos testigos conocidos del Notario; en el primer caso el Notario da fe bajo su total responsabilidad y el segundo caso, da fe de conocimiento de los testificantes y por tanto elude su responsabilidad.

3.- NUESTRA REALIDAD NACIONAL

Nuestra legislación nacional desde hace 153 años nos impone por imperio del Art. 21 de que si los otorgantes no son conocidos del Notario, este recurrirá a dos testigos del lugar para que certifiquen sobre su identidad en calidad de testigos de conocimiento, minimizando la responsabilidad del Notario sobre la obligación que tiene de dar fe de conocimiento o de identificación.

Actualmente nuestra legislación en la forma como se la promulgó, está redactada con la incorporación de los testigos de conocimiento, dando lugar si se mantiene a la existencia de dos tipos de escrituras: 1) una plena, intachable, perfecta, solamente denunciabile de falsedad, en la

que el Notario da fe de identificación o conocimiento" y 2) Otra de categoría inferior eventualmente discutible, que no da certeza en grado de seguridad, en que los contratantes sean efectivamente los que dicen ser, toda vez que la identificación de las partes lo hacen los testigos.

Lo más grave que ocurre en nuestro medio, es cuando el Notario, seguramente por la poca lectura, temerariamente afirma conocer y da fe de conocimiento de las partes contratantes o sujetos negociales, cuando en verdad los ha visto por primera vez y sin saber si realmente son los que dicen ser, ni recurrir siquiera a los testigos de conocimiento, porque en ningún protocolo consta esta última circunstancia, de donde resulta que el Notario es fácil presa de engaño, agravando su responsabilidad.

Cumplimos hoy día los preceptos de la ley del notariado?, por muy obsoleta que fuera nuestra legislación, nosotros no hemos hecho nada por observar y cumplir en su interpretación espiritual, esto lo demuestran dos simples ejemplos como, el Art. 17 que dice "las escrituras se otorgara ante un Notario y dos testigos mayores de edad, vecinos del lugar del otorgamiento y que sepan leer y escribir, lo que quiere decir que el Notario para el perfeccionamiento de la escritura pública debe hacerlo en audiencia, en presencia como se tiene dicho de las partes y los testigos, luego por imperio del segundo párrafo del art. 24, debe proceder a la lectura del instrumento público y finalmente en un solo acto será firmada la escritura por los otorgantes, los testigos y autorizada por el Notario, todo lo anterior en unidad de acto, lamentablemente ninguna de estas previsiones legales por elementales que sean no se cumplen, primero porque no abrimos audiencia pública, porque no se exige la presencia simultánea de los otorgantes y testigos y tampoco se exige que se firmen en dicha audiencia el protocolo en unidad de acto, que exige la doctrina y la ley para la firmeza del contrato.

Concluida la escritura el Notario debe leer a las partes, es decir que si la escritura está en trance de ser firmada, las partes deben imponerse de su contenido mediante la lectura, para que los otorgantes confirmen el contenido de la escritura, ratificando su consentimiento, en presencia de los testigos, dejando así perfeccionado el acto.

Si se prescindiera de la lectura, las partes y hasta los testigos mismos, si fuera del caso, estarían subordinados a la fe ciega del Notario, la solemnidad de la lectura es precisamente para evitar firmar sin examinar por la vista o enterarse de fondo, es decir de "Visu et de Auditu".

Como se ve la lectura no es delegable, pues el Notario es quien debe leer, sin embargo muchos Notarios en su presencia hacen leer con su secretaria o amanuense, quebrando de este modo la unidad de acto que es de capital importancia, pues la lectura debe realizarlo el Notario ante los otorgantes y testigos, si no se obrara así carecería de sentido de indivisibilidad que reviste el acto jurídico, se estaría como ocurre en nuestro país quebrantando las normas notariales que rigen la materia.

Autores como Freitas, estiman que la omisión de la lectura, en presencia de los otorgantes y testigos es causa de nulidad de la escritura, omisión que se ha ganado en nuestro país el imperio de la costumbre y que decir de nuestra economía jurídica?, como sanciona estas omisiones?, veremos solo como ejemplo los casos de nulidad de los contratos: Analizaremos el art. 549 del C. Civil. Que dice el contrato será nulo: 1) Por Faltar en el contrato, el objeto o la forma prevista por la ley como requisito de validez y entre estos requisitos de validez de los contratos nos referimos al art. 452 del mismo C. Civil que dice: son requisitos para la formación del contrato 4) La forma, siempre que sea legalmente exigible. Si estas disposiciones citadas, indican los requisitos para la validez, de los contratos y los arts. 17, 21, 24 y otros de la ley del Notariado nos señalan las formalidades que deben cumplirse, simplemente señalar que en la práctica permanentemente se estarían viciando de nulidad las escrituras públicas.

Sería mucho más viable la unidad de acto, para la celebración y perfeccionamiento de un contrato, solo con la presencia de las partes otorgantes, quienes comparecieron ante el Notario con propósito de hacer viviente la relación jurídica contractual, demandando su autenticación sin la intervención pasiva de los testigos instrumentales, porque solamente la función de las partes o sujetos negociales en la escritura es activa y de importancia, no así de los testigos.

Para modernizar el sistema del derecho notarial en Solivia, para construir la teoría de sus estructuras para verificar el grado de aplicabilidad de nuestra ley vigente, es menester indagar la validez de algunas partes de su contenido, como el de los testigos instrumentales y de conocimiento, que dada la dinámica del derecho notarial, han quedado en la obsolescencia.

El otorgamiento de la escritura, firma de las partes, de los testigos y autorización del Notario como tenemos dicho, debe hacerse en un solo acto, el Notario que contraviniera esta disposición, haciendo firmar a las partes o testigos en actos diferentes o fuera de la presencia de una u otra,

debe ser responsabilizado por falsedad ideológica, ya que en el protocolo no consta el haberse hecho firmar en distintos actos y que esta forma no es legal, sin embargo hoy día esta exigencia está siendo superada por el criterio de varios autores que se inclinan por la posibilidad de la firma en actos separados, ¿qué decir que la firma electrónica y digital?, donde ya no se da la unidad de acto ni presencia de testigos.

4.- MODIFICACIÓN

En el momento actual es de vital importancia la no participación de los testigos instrumentales y de conocimiento en el otorgamiento de las escrituras públicas y otros actos notariales, porque la publicidad de los contratos hoy día se da por otros medios legales como el registro o la inscripción en la oficina de Derechos Reales, en la antigüedad se suplía esta publicidad con el concurso de los testigos que precisamente con ese fin fueron introducidos en las legislaciones notariales.

Notarialmente no es aceptable desplazar la responsabilidad del Notario a terceros, jurídicamente significa debilitar el instrumento, la intervención de testigos resultando una exigencia antigua, que hoy día no se justifica como control fiscalizador al Notario y a las partes; es tiempo de ubicar en justicia el lugar pleno de que el Notario es la única persona depositaria de la Fe Pública emanada de la Ley, siendo personalísima e indelegable, no requiere para el cumplimiento de su función de otros elementos que certifiquen su actuación que de suyo propio es elevada como hubiera querido nuestro propio y más íntimo anhelo.

Casi todos los países que tienen una legislación avanzada en materia notarial, han convenido en que la firmeza del documento notarial se adquiere a través de la Fe Pública Notarial a cargo única y exclusivamente del Notario. La no participación de los testigos instrumentales en las escrituras públicas sancionadas o autorizadas por el Notario, como proponemos pretende además hacer ver su inutilidad en la práctica, consolidar este principio de la no participación de los testigos instrumentales, en nuestro país en algunos actos notariales, que ya se han dado como en el acta protocolar de protesto de títulos valores que establece el Código de Comercio en actual vigencia en el inc., 5) del art. 575, que entre otros requisitos exige la firma del Notario y no habla de ningún testigo, prescindiendo por tanto de estos testigos en las escrituras públicas, pero si deben

respetarse los testigos específicos como los testamentarios y testigos que intervienen suscribiendo los contratos a ruego cuando los otorgantes son analfabetos, o impedidos, etc.

Los testigos instrumentales y de conocimiento definitivamente deben ser suprimidos del derecho positivo como formas sustituyentes de la Fe Notarial, actualmente encasillados en los límites de su función coadyuvante o de ayuda en la identificación de los sujetos negociales y los instrumentales, porque se ha justificado plenamente en el desarrollo del tema haciendo ver su inutilidad y que más bien atenta contra la reserva del protocolo, porque carecen de fe pública y son simples elementos de comprobación que no es necesario mantener, tampoco son los sujetos instrumentales que con su presencia aportan publicidad a los contratos con relación a terceros ya que esta publicidad hoy día se consigue con la inscripción como tenemos dicho en la oficina de Derechos Reales, conforme establece la Ley de 15 de Noviembre de 1887 y Decretos Reglamentario de 5 de Diciembre de 1888. y otras vigentes públicas.

La innecesidad de los testigos de conocimiento se pone de manifiesto hoy día, cuando el Notario en caso de no conocer a los otorgantes recurre al sistema de la identificación personal, consistente en el documento que acredita la identidad de la persona individual, establecida sobre la base del sistema Vucetich, por Ley de 10 de diciembre de 1927 que resume los signos distintivos de la personalidad, nombre, nacionalidad, domicilio, estado civil, siendo esta identificación el presupuesto tácito de la continuidad de la personalidad, haciendo por lo mismo innecesaria la presencia de los testigos de conocimiento que además deben ser conocidos del Notario a quien certificarán que el o los otorgantes son las mismas personas que dicen ser.

Para concluir debemos señalar que corresponde al Notario íntegra y plenamente el ejercicio de la Fe Pública, por tanto no necesita de la intervención de ningún testigo en el ejercicio de su función.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

ANTEPROYECTO DE LEY MODIFICATORIA

1. CONCLUSIONES

- 1.- Hemos visto durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, que el Derecho Notarial surge desde tiempos remotos con características totalmente diferentes a las que conocemos ahora. Los antecedentes con los que contamos demuestran que el notariado tuvo un desarrollo de acuerdo con el momento histórico en el que se necesitaba. No fue sino paulatinamente que el notariado tomó los matices actuales. De manera que todos los elementos con los que cuenta actualmente son producto de las necesidades que surgían a medida que pasaba el tiempo.
- 2.- Durante su desarrollo, las funciones notariales adquirieron elementos que contribuyen actualmente a otorgar seguridad jurídica, ya que en un principio, el antecedente del notario que conocemos ahora, no tenía la facultad de la fe pública, por lo que los actos en los que intervenía no eran oponibles a terceros, de manera que eran simplemente redactores de escrituras, las cuales carecían de valor jurídico. Por lo antes mencionado, llegamos a la conclusión de que el Derecho Notarial es una rama del derecho que se ha fortalecido con el paso del tiempo en los diferentes países donde se aplica.
- 3.- Quedó demostrada la necesidad de la existencia de la institución notarial, como un instrumento encargado de otorgar seguridad jurídica a quienes busquen este beneficio. De igual forma se demostró que el notario no es un simple fedatario público, sino que realiza las labores de un verdadero asesor jurídico y que debe actuar en todo momento apegado a las normas legales y con una actitud completamente imparcial.
- 4.- Los notarios no podrán actuar en situaciones que la ley se los prohíba, de manera que en todo momento deberán apegarse a derecho en caso de que sean requeridos sus servicios; deberán entonces analizar las circunstancias del acto o hecho de que se trate y decidir si se trata de actos ilícitos para poder actuar.

- 5.- La ley del Notariado Boliviano data del año 1858, ha transcurrido casi un siglo y medio desde su promulgación sin que exista un intento cierto y verdadero de modificar o cambiar dicha ley.

La normativa que sustenta esta ley, refleja la realidad de la sociedad urbana centrada en la pequeña ciudad o capital del Departamento, donde el reducido número de usuarios mantiene relaciones interactivas entre sí, es por esto, que las Notarías de estos tiempos, se establecen en locales públicos y visibles, donde el Notario es percibido en su quehacer y conoce a todo el vecindario de su espacio territorial para el cual es nombrado. Si desconoce a los comparecientes requiere la presencia de los testigos instrumentales que son vecinos que transitan por el lugar y en la mayoría de los casos dependientes del mismo Notario. Así el notario sólo autoriza a los sujetos que conoce, como especifica el Art. 21 de la Ley del Notariado "... Los Notarios no podrán autorizar los instrumentos que quieran otorgar sujetos que les sean desconocidos, a no ser que se presenten dos vecinos del lugar que los conozcan y que reúnan las cualidades de testigos instrumentales quienes firmarán la escritura haciendo mención de esta circunstancia...".

Situación que conlleva la necesidad de contar con un instrumento jurídico que regule la función del Notario de Fe Pública, acorde a la realidad actual.

- 6.- En materia notarial los testigos desde la antigüedad hasta nuestros días siempre figuraban para corroborar y atestiguar lo celebrado, por ello que se consideraron y se consideran todavía en algunas legislaciones como requisito documental, estos testigos por lo general asistían al otorgamiento de una escritura, porque por ese hecho dan testimonio de una cosa o la atestiguan, constituyendo en el primer caso una solemnidad exigida por la ley en las escrituras y algunos instrumentos públicos, y en el segundo caso un medio de prueba cuando deponen sobre un hecho que conocen.

El testigo ha existido siempre, tanto en el sentido de solemnidad exigida por ley cuanto como medio de prueba.

Como requisito solemne era indispensable su asistencia al solo objeto de adquirir conocimiento del acto jurídico que se trataba de documentar, es decir como solemnidad

exigida por la ley para la formulación de actos jurídicos, sin cuya presencia antiguamente los actos se juzgaban faltos de eficacia.

- 7.- El testigo instrumental perseguía darle publicidad al contrato que la ley quiere que un acto se efectúe en presencia de testigos, dentro de mayores o menores Límites de su publicidad, por lo que la función del testigo instrumental no era, ni es de certificación sino de comprobación.

Existen un sin número de clases de testigos, por razón de la materia nos referiremos solo a los testigos del derecho notarial y del notariado, entre los que tenemos a los testigos de conocimiento, los que siendo conocidos por el Notario, certifican a este sobre la identidad del o los otorgantes de un acto jurídico manifestación de voluntad, más adelante nos ocuparemos de ellos con más detalle, luego tenemos a los testigos instrumentales y compete esta denominación a los que asisten al otorgamiento de un instrumento público, ahí están también los testigos testamentarios, los que asisten al otorgamiento de un testamento o de su revocación o de algún otro acto que demande solemnidad de última voluntad, llamados estos últimos en el proyecto de la nueva ley del notariado indicado, testigos específicos.

- 8.- La asistencia de los testigos en el proceso de otorgación instrumental, es un tema que, desde hace muchas décadas viene siendo discutido, es así como en Alemania ya en 1871 se resolvió el problema y se impuso la supresión parcial de los testigos.

La presencia de los testigos en el acto para la formalización jurídica, es una solemnidad de antiquísima data.

- 9.- Los testigos tienen cabida y potestad en el acto instrumental para ver y oír lo dicho por las partes y el Notario, y hay que aceptar que por su función en caso de litis están obligados legalmente a declarar ante el Juez de lo que vieron y oyeron respecto al instrumento público que atestiguaron, hoy día si se presentara esta situación en nuestro país que Dios nos guarde, porque seguramente en caso de llamamiento por la justicia atestaran que jamás estuvieron en la audiencia pública del Notario donde se perfeccionó el contrato y que sin oír ni ver, posteriormente firmaron el protocolo como ocurre en el diario manejo de la

función notarial. Una de las solemnidades jurídicas impuestas al proceso de formación instrumental, es la de verificar la presencia de los testigos, a este respecto la legislación Argentina preceptuó que la falta de presencia y firma de dos testigos en el otorgamiento, anula la escritura pública.

- 10.- Nuestra legislación notarial establece dos clases de testigos con fines claramente establecidos, unos contemplados, en el art. 21 que son de conocimiento, que su misión es de identificación a los otorgantes que son desconocidos para el Notario y hacer por este medio posible la otorgación de la escritura pública, y los segundos llamados instrumentales, incorporados en los arts. 17, 22 (ultima parte) y 25 de la Ley del Notariado de 5 de Marzo de 1858, por lo que trataremos de explicar su misión, y con un concepto moderno averiguaremos como se juzga la actuación testifical, si es activa o pasiva.

La mayoría de los tratadistas han llegado a la conclusión de que los testigos asistentes al acto instrumental, pese a su contacto con las partes y el Notario y aun al conocimiento directo del negocio jurídico, no son más que agentes pasivos de pura comprobación de la otorgación del acto, que solo oyen las declaraciones de las partes y la lectura del instrumento por el oficial público y asimismo escrutan a los circunstantes con el objeto de formarse en último análisis y con clara visión un exacto juicio del acto del cual son espectadores, sin embargo es necesario que se impongan del fin que sigue el curso del proceso instrumental, no solamente observen lo actuado, sino que sepan entender, interpretar, y que no están presentes solamente para tener únicamente un recuerdo vivo de su presencia al acto, sino que es necesario que sepan traducir la noción exacta de lo que el acto importa, para ello se requieren que sean idóneos.

De lo anterior se colige que, los testigos instrumentales son entes pasivos, en todo caso su actividad radica en el hecho de suscribir en unidad de tiempo y acción con las partes y el Notario el acto que oyeron y percibieron (*auditu et suis sensibus*).

- 11.- Los que sostienen la supresión de los testigos instrumentales y de conocimiento están afiliados en las teorías subjetivas de Torrez Aguilar y otros que califican a estos testigos instrumentales de agentes inconscientes, como dependientes del Notario o de instrumentos

pasivos, que solo servían y sirven para dar un vano aparato al acto a que concurren y a quienes no se les exige condiciones rigurosas.

Si se mantuvieran a los testigos instrumentales y de conocimiento en los actos notariales, el Notario quedará reducido a un mero custodio de los documentados que se hallan en su archivo y en tal supuesto solo podrá dar certificación de ellos, pero no de fe notarial", en suma se propugna la no participación de los testigos, porque como sabemos la "Fe Publica Notarial", es indivisible.

- 12.- Respecto a los testigos de conocimiento estatuidos en el art. 21 de nuestra Ley del Notariado de 5 de Marzo de 1.858, diciendo que es oportuno hacer notar que hoy día sin embargo de estar concretamente determinados los testigos de conocimiento, nadie piensa en los indicados testigos, tampoco se acuerdan de ellos, como que prácticamente no se recurre a ese medio supletorio que está en desuso y por principio no es tolerable.

La fuerza fedante del documento notarial se asienta en las aseveraciones del Notario investido de poder fehaciente por ley con carácter estrictamente personalísimo y sin posibilidad de delegación ni de compartirla.

- 13.- Actualmente nuestra legislación en la forma como se la promulgó, está redactada con la incorporación de los testigos de conocimiento, dando lugar si se mantiene a la existencia de dos tipos de escrituras: 1) una plena, intachable, perfecta, solamente denunciabile de falsedad, en la que el Notario de fe de identificación o conocimiento" y 2) Otra de categoría inferior eventualmente discutible, que no da certeza en grado de seguridad, en que los contratantes sean efectivamente los que dicen ser, toda vez que la identificación de las partes lo hacen los testigos.

Lo más grave que ocurre en nuestro medio, es cuando el Notario, seguramente por la poca lectura, temerariamente afirma conocer y da fe de conocimiento de las partes contratantes o sujetos negocíales, cuando en verdad los ha visto por primera vez y sin saber si realmente son los que dicen ser, ni recurrir siquiera a los testigos de conocimiento, porque en ningún protocolo consta esta última circunstancia, de donde resulta que el Notario es fácil presa de engaño, agravando su responsabilidad.

14.- En el momento actual es de vital importancia la no participación de los testigos instrumentales y de conocimiento en el otorgamiento de las escrituras públicas y otros actos notariales, porque la publicidad de los contratos hoy día se da por otros medios legales como el registro o la inscripción en la oficina de Derechos Reales, en la antigüedad se suplía esta publicidad con el concurso de los testigos que precisamente con ese fin fueron introducidos en las legislaciones notariales. Notarialmente no es aceptable desplazar la responsabilidad del Notario a terceros, jurídicamente es debilitar el instrumento, la intervención de testigos resultando una exigencia antigua, que hoy día no se justifica como control fiscalizador al Notario y a las partes; es tiempo de ubicar en justicia el lugar pleno de que el Notario es la única persona depositaria de la Fe Pública emanada de la Ley, siendo personalísima e indelegable, no requiere para el cumplimiento de su función de otros elementos que certifiquen su actuación que de suyo propio es elevada como hubiera querido nuestro propio y más íntimo anhelo.

Casi todos los países que tienen una legislación avanzada en materia notarial, han convenido en que la firmeza del documento notarial se adquiere a través de la Fe Pública Notarial a cargo única y exclusivamente del Notario.

2.- ANTEPROYECTO DE LEY MODIFICATORIA A LA LEY DEL NOTARIADO DE 5 DE MARZO DE 1858

Art. 1.- Principios.

La función notarial se rige y responde entre otros a los siguientes principios: Publicidad, Inscripción, Legitimación, Fe Pública, Profesionalidad, Imparcialidad, Asesoramiento, Rogación, Inmediación, Autorización, Secreto Profesional, Forma, Escritura, Unidad de acto, Interpretación, Calificación, Legalidad, Matricidad, Conservación, Representación Instrumental y Notoriedad.

Art. 2.- Alcances y Contenido.

La función notarial comprende la recepción de las voluntades de los comparecientes, radicación, preparación, redacción, instrumentación y autorización de los documentos públicos y la

legalización de firmas y de otros documentos. Asimismo, incluye la custodia y conservación de los documentos que autoriza a través de los protocolos.

Art. 3.- Supresión de los testigos instrumentales.

Para la otorgación de toda Escritura Pública u otro acto protocolar o extra protocolar en el que interviene el Notario es imprescindible haber individualizado e identificado a las partes otorgantes con la presentación de la Cédula de Identidad u otro documento análogo, firmar y suscribir el documento además de proceder a colocar los sellos correspondientes, para luego leer el contenido en audiencia y unidad de acto, explicando el texto y contexto redactados indagando si lo escrito responde a la intención e interés de los comparecientes y si se interpretó en forma cabal la voluntad de ellos, salvando los errores si los hubiera, autorizándola al final.

Art. 4.- Testigos de conocimiento

No obstante lo señalado en la cláusula anterior, es imprescindible la participación de testigos de conocimiento en los actos y negocios expresamente señalados en la ley, tales como documentos otorgados por analfabetos, sordomudos, ciegos y otros.

BIBLIOGRAFÍA

a. LIBROS

1. ARATA, Roberto Mario, *Ética Notarial*, Editorial "Abeledo Perrot", 1993. Buenos Aires-Argentina.
2. ARGENTINO I. Neri, *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial, Volumen I, Parte General*, Ediciones Palma, 1969. Buenos Aires.
3. AVILA ALVAREZ, Pedro. *Estudios de Derecho Notarial*, 4ta. Edición, Editorial Montecorvo S.A. 1973. Madrid.
4. BIÉLSA, Rafael. *Derecho Administrativo. Tomo III*, Editorial De Palma. 1956 Buenos Aires.
5. BRIONES, Guillermo. *Métodos y Técnica de Investigación para las Ciencias Sociales*. Editorial Trillas, 2da. Edición. 1990 México D.F.
6. CABELLO BALBOA, citado por BASADRE, Jorge. *Historia del Derecho Peruano*, Editorial Antena, 1932, Lima-Perú.
7. COUTURE, J. Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición (Postuma)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1958.
8. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, OPCÍ-PENI, Editorial Driskill S.A. 1990, Tomo X. Buenos Aires - Argentina.
9. GARCILAZO DE LA VEGA, Inka. *Comentarios Reales. T.II.26. Biblioteca*, 1976. Ayacucho-Venezuela
10. GUZMÁN, FARFÁN SAÚL: *"Derecho Notarial y Registros Públicos"* Impresores Colorgraf Rodríguez, 2000, Cochabamba - Bolivia.
11. KAUNE ARTEAGA, Walter, *Curso de Derecho Civil, Contratos, Teoría General de los Contratos*, Editorial Jurídica Temis", año 1996. La Paz - Bolivia.

12. MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco. Función Notarial, Editorial EJE, 1961, 13. Buenos Aires.
14. MENDOZA ARZABE, Fernando. Tratado de Derecho Notarial, Editorial Jurídica
15. MOSCOSO DELGADO, Jaime. Introducción al Derecho. Sexta Edición Revisada. Editorial "Juventud" La Paz-Bolivia.
16. MOSTAJO MACHICADO, Max, Seminario Taller de Grado y la Asignatura CJR-000 Técnicas de Estudio, Primera Edición, 2005, Impreso en La Paz - Bolivia.
17. OSSORIO, MANUEL "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Editorial HELIESTA S.R.L., Edición Argentina, 1990, Buenos Aires - República Argentina, Librería Jurídica "ZEGADA" La Paz - Bolivia.
18. ROMERO SANDOVAL, Raúl. Derecho Civil, 4ta. Edición, Colección Jurídica "Guttenfag", 1994 La Paz-Bolivia
19. VILLARROEL CLAURE, Ramiro, "Fundamentos de Derecho Notarial y Registra! Inmobiliaria" Librería Jurídica "Omeba", Primera Edición, 2005, Cochabamba - Bolivia 2005.
20. WILKER, Jorge, La Investigación Jurídica, Impreso en México, Me Graw Hill Interamericana Editores S.A., 1994, México D.F.

LEYES

1. CÓDIGO CIVIL CONCORDADO Y ANOTADO, Morales Guillen Carlos, Colección GUTTENTAG, Editorial Los Amigos del Libro, 1977 La Paz - Cochabamba.
2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, Editorial "El original". noviembre 2010, La Paz - Bolivia
3. DECRETO SUPREMO DE 23 DE AGOSTO DE 1899, Editorial S.R.L U.P.S-, Primera Edición, 2004, La Paz-Bolivia.
4. DECRETO SUPREMO N° 25350 de 8 de abril de 1999. Manual de Técnicas Normativas

5. LEY DEL NOTARIADO: De 5 de Marzo de 1858, U.P.S. Editorial S.R.L., Primera Edición, 2004, La Paz-Bolivia.
6. LEY DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 1924
7. LEY 1455 DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL U.P.S. Editorial S.R.L Primera Edición, 2004, La Paz-Bolivia.
8. LEY 1817 DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA, Editorial Megalito, La Paz- Bolivia.

REVISTAS

1. REVISTA NOTARIAL, Artículo: "El Notariado Latinoamericano", Elizabeth Grájeda Méndez, Publicación del Colegio de Notarios de Cochabamba. 2004. Cochabamba - Bolivia.

ÓRGANOS DEL ESTADO

2. CONSEJO DE LA JUDICATURA LA PAZ - Recursos Humanos
3. CORTE SUPERIOR DE DISTRITO DE LA PAZ. "Taller Trabajo: "Órdenes Judiciales: El Artículo 36 de la Ley del Notariado". Salón Inti Hotel Camino Real, Avenida Ballivián esquina Calle 10 de Calacoto. 2007. La Paz- Bolivia.
4. HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS, Secretaría General, Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial.
5. INSTITUTO DE LA JUDICATURA DE BOLIVIA. Área de Capacitación No Jurisdiccional. Curso: "Documentos Notariales" Segunda Versión. Actividades Académicas gestión 2008
6. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Aplicación de las Técnicas Normativas en Bolivia. Impresión W producciones S.R.L. 1999. La Paz -Bolivia.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

1. <http://www.elprisna.com/apuntes/derecho/derechonotarial/>

2. <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030525190002.html>
3. <http://www.hmbb.galeon.com/aficiones913041.html>
4. <http://www.tribunalpr.org/Evaluaci6nFuncionNotarial/pdf/Costa-Rica-LEY-DE NOTARIADO.pdf>
5. www.tribunalpr.org/EvaluacionFuncionNotarial/pdf/Ecuador-Ley-Notarial.pdf-ECUADOR.
6. consulperuatlanta.googlepages.com/LeydelNotariado.doc – PERÚ