

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO



TRABAJO DE INVESTIGACIÓN
PETAENG

**Los Testigos Instrumentales y su
Participación en los Actos Notariales**

POSTULANTE: MARIA DEL ROSARIO SARDÓN BARRÓN

LA PAZ - BOLIVIA
2006.

Todo ser humano debe primero agradecer a Dios por cada logro realizado, dedicándole a El su vida, segundo a los seres impulsores de su destino, pues ellos llenan nuestra vida de alegrías, dichas y satisfacciones; es así que mi trabajo lo dedico a mi hijo Sergio Christopher Antezana Sardón, quien es el lucero de mi vida y el forjador de mis metas logradas.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1	
TITULO DEL TEMA.	2	2
1.- MOTIVACIÓN DEL PROBLEMA.....	2	
2.- FUNDAMENTACION DE LA INVESTIGACIÓN.....	2	
A.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PROBLEMA.....	2	
B.- LEGISLACIÓN COMPARADA.....	5	
a) LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.....	5	
b) LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA...	5	
c) LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE PUERTO RICO.	6	
d) LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.....	9	
CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.....	9	
e) LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ.....	10	
C.- CONTEXTO SOCIAL.	12	
D.- CONTEXTO ECONÓMICO.	15	
E.- ASPECTO JURÍDICO.	16	
3.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	17	
A.- NATURALEZA JURÍDICA DEL PROBLEMA.....	17	
B.- ESTRUCTURA, FUNCIONALIDAD Y TENDENCIAS DEL PROBLEMA.....	19	
4.- DELIMITACIÓN DEL TEMA.....	20	
a) Delimitación Temática.	20	
b) Delimitación Temporal.....	20	
c) Delimitación Espacial.	21	
5.- OBJETIVOS.	22	
a) Generales.	22	
b) Específicos.	22	
6.- MARCO TEÓRICO.-	23	

6.1.- Marco Conceptual.-	24
a) Testigo Instrumental.	24
b) Testigo de actuación.	24
c) Documento Privado.	24
d) Documento Público.	24
e) Documento auténtico.....	25
f) Notario.	25
7.- MARCO JURÍDICO. -.....	25
a) LEY DEL NOTARIADO.	25
b) LEY 358 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1050.	26
c) LEY DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL.	27
d) CÓDIGO CIVIL.	28
e) ANTEPROYECTO DE LEY DEL NOTARIADO.	28
8.- MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.....	30
a) Métodos a utilizarse.....
30	
b) Técnicas a utilizarse	30
9.- CONCLUSIONES.	30
a) PROPUESTA.	33
10.- BIBLIOGRAFÍA	34
ANEXOS.	

INTRODUCCIÓN.

El desarrollo tecnológico y la calidad de vida de los hombres determina la constante acción comercial intrínsecamente desde el momento del nacimiento, esta acción comercial actúa dentro de los derechos, obligaciones y las capacidades de obrar y disponer que diariamente desarrolla el ser humano.

Esta acción comercial obliga la intervención de un funcionario judicial (Notario de Fe Pública), con el fin de solemnizar y dar fe a los acuerdos, contratos, convenios y demás acciones legalmente establecidas.

Esta disciplina que se fue transformando a través del tiempo funda su necesidad imperiosa en el desarrollo tecnológico predominante en nuestra era, existiendo hoy en día la facultad de las partes de disponer legítimamente de sus bienes y efectuar transacciones dentro de los límites que ley establece y otorga.

Lamentablemente existen muchos vacíos dentro de la Ley Notarial pues estos van en contradicción a las Normas Jurídicas diferentes que establecen los derechos y obligaciones del ciudadano, uno de estos vacíos es la participación de los testigos instrumentales y si su intervención debe o no ser obligatoria en los actos notariales.

Mediante la presente investigación se trata de determinar este aspecto pues aparte de contradecir el derecho al secreto del contrato también contradice a la obligación que tiene el Notario de Fe Pública respecto a la guarda de los

instrumentos a su cargo.

"LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES Y SU PARTICIPACIÓN EN LOS ACTOS NOTARIALES"

1.- MOTIVACIÓN DEL PROBLEMA. -

No solamente nos lleva a determinar la validez de los actos notariales, sino la participación de todos los asistentes e intervinientes.

Dentro del ámbito legal establecido por la Ley del Notariado, podemos determinar en el Art 17 La obligación de asistencia de Testigos Instrumentales, siendo esta ley de 1858, la misma que a la fecha no tuvo ninguna reformulación, crea aspectos de vacío jurídico, pues las funciones y las relaciones entre las personas, al pasar de los años, cambian hasta su naturaleza, pudiendo crear,- como ya se ve-, problemas legales, por no estar contemplados los aspectos básicos de intervención.

Cabe además aclarar, que aún con la participación de los Testigos Instrumentales o sin su participación, los actos son por acuerdo de voluntades y son elevados a rango de ley como así lo determina el Código Civil en su acápite de contratos y relaciones entre particulares.

2.- FUNDAMENTACION DE LA INVESTIGACIÓN

A.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PROBLEMA.

Para referirnos dentro del tema como problemática de uso en la Ley del Notariado, debemos primeramente determinar una cronología sobre la creación de un funcionario que hoy en día se denomina Notario de Fe Publica.

La historia no determina con claridad la antigüedad y los elementos jurídicos de un escribano o Notario, pues desde un principio se utilizó tanto a esclavos como funcionarios de la Casta Social para determinar los bienes inmuebles y valores de los soberanos.

En los principios se encuentran en los pueblos antiguos funcionarios denominados Escribanos o Jurisconsultos (Der. Romano) como una Institución de carácter público quien faccionaban, solemnizaban o daban fe, los acuerdos. Contratos, derechos obligaciones y convenios de las personas y registros de personas a personas, de personas con el Estado y Estados con Estados, quienes para autenticar estos escritos debían ser considerados como hombres probos y de confianza de los gobernantes y personas.

Los esclavos que conocían el arte de la escritura y numérico, además que tenían la plena confianza de sus patronos eran los encargados de anotar los bienes existentes de su patrono, los ingresos y egresos de sus valores cuantificando en estos el número de esclavos, determinándose un valor diferente por sexo, edad y capacidad de actuación.

En las actuaciones que tenían el escribano, este era único y responsable de las escrituras efectuadas pues no existía testigos que puedan determinar sus actuaciones de las cuales hacía fe con su sello de lo efectuado en las tablillas o despachos.

Desde la creación de nuestra República (1825) no existió una ley determinada para actos notariales, pues éstos se efectuaban de acuerdo a la necesidad de cada ciudadano, con sólo la participación de las partes en muchas ocasiones con la participación de los clérigos; luego de 33 años (1858) recién se promulgó la ley del Notariado, la cual desde su vigencia, es decir ya de 144 años,

no fue reformulada, ni complementada.

La historia de nuestra República determina que ya luego de 33 años de la creación de nuestra República, nuestros gobernantes vieron la necesidad imperiosa de contar con una Ley del Notariado, pues es clara la participación y la necesidad intrínseca de la función pública de éstos funcionarios. Pero pese al cambio efectuado a nivel social, jurídico, político, económico y cultural, esta ley no avanzó conjuntamente la llamada globalización o desarrollo en nuestro país, determinándose de esta manera la inmensidad de vacíos jurídicos que existen a la fecha.

Cabe aclarar para que se tome en cuenta que la Ley del Notariado de 1858, llevaba 58 artículos, ahora la Ley del Notariado cuenta con 70 artículos, pero no por derogación o modificación, sino tan sólo por circulares, instructivos, Decretos Supremo: y Leyes, que sin secuencia, orden o coherencia fueron añadiéndose en su estructura.

Uno de estos *vacíos* jurídicos es la participación de los Testigos Instrumentales- fuente de nuestra investigación-, pues se determina su participación obligatoria en los actos notariales, pero no se determina la validez o invalidez de su participación sobre los acuerdo de partes intervinientes en los distintos actos o contratos jurídicos.

Dentro de nuestra doctrina moderna nuestros Ordenamiento Jurídico obliga y autoriza al Notario a esclarecer y dar Fe sobre los contratos y disposiciones de las partes, no estableciendo ninguna obligatoriedad sobre la presentación de testigos instrumentales dentro los actos Notariales;

B.- LEGISLACIÓN COMPARADA.

Desde la antigüedad no existe ningún antecedente de personas que dieran fe a los actos del Notario de Fe Pública, pues como el desarrollo histórico no llegó a determinar estos actuaban en función a su probidad y fe impuesta por la designación que a ellos se les daba por el conocimiento intrínseco de la leyes y Normas.

a) LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En esta Legislación se encuentra en el Estatuto de Notariado y Registro, Título II, Cap. I. De las Escrituras Públicas lo siguiente:

Art. 29 "No habrá lugar a la intervención de testigos instrumentales en las escrituras".

Esta determinación según Decreto Ley No. 26002.

b) LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA

Según la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela indica lo siguiente:

DECRETA: Título IV.

EL NOTARIADO.- Capítulo I.- Disposiciones Generales.

Potestad de dar fe pública,

Artículo 69. Los Notarios o notarías son funcionarios o funcionarias del Servicio Autónomo de Registros y Notarías que tienen la potestad de dar fe

pública de los hechos o actos jurídicos ocurridos en presencia física o a través de medios electrónicos, indicando en este último caso los instrumentos mediante los cuales le otorga presunción o certeza del acto.

NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.

Artículo 70. Cada Notaría estará a cargo de un Notario o Notaría, quien es responsable del funcionamiento de su dependencia. La designación y remoción de los notarios o notarías titulares estará a cargo del Ministerio del Interior y Justicia.

c) LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE PUERTO RICO.

Ley Num. 80 del año 2005.

Ley para enmendar los Artículos 24 y 28 de la Ley Num. 75 de 1987: Ley Notarial.

Ley Num. 80 de 26 de agosto de 2005.

Para enmendar los artículos 24 y 28 de la ley Num. 75 de 2 de julio de 1987, según enmendada, conocida como "Ley Notarial de Puerto Rico", a los fines de disponer que la unidad de acto y la suscripción de todos los comparecientes en presencia del notario, el mismo día natural del otorgamiento, además de los casos en que lo requiere la Ley, será indispensable solamente en los casos en que comparezcan testigos instrumentales al otorgamiento de un instrumento público.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. El Artículo 24 de la Ley Num. 75 de 2 de julio de 1987, según enmendada, conocida como "Ley de Puerto Rico", dispone que

habrá unidad de acto, además de los casos en que la misma es requerida por ley, cuando comparezcan testigos al otorgamiento de un instrumento público, lo cual bajo su fe notarial hará el notario constar en la escritura.

No obstante, según la Regla 35 del "Reglamento Notarial de Puerto Rico", promulgado por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, la unidad de acto a la que se refiere el mencionado Artículo 24, es indispensable solamente en el otorgamiento de instrumentos públicos en los que comparezcan los testigos instrumentales, en cuyo caso el Notario hará constar dicho hecho en la escritura otorgada. Asimismo, la Regla 36 *del* referido Reglamento dispone que, cuando el otorgamiento solamente requiera la presencia de testigos de conocimiento, la unidad de acto será necesaria.

Por otro lado. El Artículo 28 de la ley Núm. 75, *supra*, dispone en el otorgamiento de un instrumento público en el que hubiere testigos, el notario podrá recibir las firmas de los comparecientes dentro del mismo día natural del otorgamiento. Sin embargo, no se aclara que cuando comparecen testigos instrumentales es necesaria la unidad de acto en el otorgamiento. *In re. Torres Olmeda*, 145 D.P.R. 384 (1998).

La Asamblea Legislativa del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, a los fines de armonizar las disposiciones de la "Ley Notarial de Puerto Rico" con aquellas del "Reglamento Notarial de Puerto Rico" sobre la unidad de acto requerida y la suscripción de todos los comparecientes en presencia del Notario, cuando comparecen testigos instrumentales al otorgamiento de un instrumento público, entiende prudente y necesario enmendar los Artículos 24 y 28 de la referida Ley.

DECRETASE POR LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE PUERTO RICO:

Artículo 1.- Se enmienda el Artículo 24 de la Ley Núm. 75 de 2 de julio de 1987, según enmendada, conocida como "Ley Notarial de Puerto Rico" para que lea como sigue:

Artículo 24.- Unidad de acto.- Cuando al otorgamiento comparecieren testigos instrumentales, será indispensable la unidad de acto, lo que bajo su fe notarial hará constar el notario en la escritura.

Disponiéndose, que cuando el otorgamiento solamente requiera la presencia de testigo de conocimiento, quien no sea a su vez instrumental. No será necesaria dicha unidad de acto. No obstante, en el acto de la firma deberán coincidir ante el notario la presencia del testigo de conocimiento y del compareciente a quien dicho testigo conoce e identifica y del compareciente a quien dicho testigo conoce e identifica para el notario, quien así lo hará constar en la escritura"

Artículo 2.- Se enmienda el Artículo 28 de la Ley Núm. 75 de 2 de julio de 1987, según enmendada, conocida como "Ley Notarial de Puerto Rico", para que lea como sigue:

"Artículo 28.- Suscripción,- Los que suscriban un instrumento público en cualquier concepto, lo harán firmando al final y estampando las iniciales de su nombre y apellido o apellidos al margen de todos los folios, en la forma que habitual mente empleen y el notario lo hará a continuación de los mismos, rubricándolo, sellándolo y signándolo.

Si no hubiere testigos instrumentales, será innecesario que los comparecientes firmen el documento todos juntos en presencia del notario, sino que este podrá recibir personalmente sus firmas en cualquier tiempo, dentro del mismo día natural del otorgamiento, con arreglo a lo expresado en el Artículo 24 de esta Ley".

d) LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Decreto 1251/2006 del 15/9/2006; publ. 20/9/2006. Título V. Testigos:

"Artículo 51.- El Notario podrá asociarse de testigos instrumentales en los actos o contratos que autorice.

Pero si se tratare de testamentos o donaciones por causa de muerte, está obligado a asociarse de los testigos que exige esta ley.

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Ley 26.140 Modificación.

"Art. 1.- La escritura pública debe expresar la naturaleza del acto. Su objeto, los nombres y apellidos de las personas que la otorguen, si son mayores de edad, su estado de familia, su domicilio o vecindad, el lugar, día, mes y año en que fuesen firmadas, que puede serlo cualquier día, aunque sea domingo o feriado, o de fiesta religiosa. El escribano concluida la escritura, debe leerla a las partes, salvando al final de ella, de su puño y letra, lo que se haya escrito entre renglones y las tostaduras que se hubiesen hecho. Si alguna de las partes no sabe firmar debe hacerlo a su nombre otra persona que no sea de los testigos del instrumento.

La escritura si con todas las condiciones, cláusulas, plazos, las cantidades que se entreguen en presencia del escribano, designada en letras y no números, debe ser firmada por los interesados y autorizada al final por el escribano.

CUANDO EL ESCRIBANO O CUALQUIERA DE LAS PARTES JUZGUE PERTINENTE, PODRÁ REQUERIR LA PRESENCIA Y FIRMA DE DOS TESTIGOS INSTRUMENTALES.

e) LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Ley del Notariado Decreto ley 26002.

Sección Primera.

Del Registro de Escrituras Pública.

"Art. 54.- La introducción expresará.

a) Lugar y fecha de la extensión del instrumento;

b) Nombre del Notario;

c) Nombre, nacionalidad, estado civil, profesión u ocupación de los comparecientes; seguida de la indicación que proceden por su propio derecho;

Los documentos de identidad de los comparecientes y los que el notario estime convenientes;

La circunstancia de intervenir un intérprete en el caso que alguno de los comparecientes ignore el idioma en el que se redacta el instrumento;

g) La indicación de intervenir una persona, llevada por el compareciente, en el caso que este sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar, sea ciego o tenga otro defecto que haga dudosa su habilidad, sin perjuicio que imprima su huella digital.

A esta persona no le alcanza el impedimento de parentesco que señala la Ley para el caso de la intervención de testigos;

h) La fe del notario de la capacidad, libertad, y conocimiento con que se obligan los comparecientes;

i) La indicación de extenderse el instrumento con minuta o sin ella;

j) Cualquier dato requerido por ley, que soliciten los comparecientes o que sea necesario a criterio del notario. Jurídicos objeto del instrumento y que los comparecientes no hayan advertido; la corrección de algún error u omisión que se advierta en el instrumento; la constancia del número de serie de la foja donde se inicia y de la foja donde se concluye el instrumento y;

k) la suscripción por los comparecientes y el notario, con la indicación de la fecha en que se concluye el proceso de firmas del instrumento.

En estas legislaciones se puede observar que los Testigos Instrumentales, dentro las funciones y atribuciones que se les pudiera impartir legal o curricularmente, puede determinar los siguientes aspectos importantes:

"Se estima que este tipo de comparecientes a una escritura atenían contra el secreto de las contrataciones, en cuanto ellos pudieran tomar noticia de antecedentes que las partes involucradas desean mantener en sigilo.

En general los testigos, cuando no ostentan la calidad de empleados del notario no se encuentran afectos a la obligación de guarda.

El cese de obligación de guardar secreto: Por lo general la doctrina acepta

que la obligación de guardar secreto cesa en alguna de las siguientes situaciones:

- 1.- Evitar el encubrir un delito.
- 2.- Cuando está en juego del interés de la Nación.
- 3.- Para evitar un mal más grande de aquel que se produciría con tratar de evitar su denuncia.

En Latinoamérica podemos determinar claramente que no existen testigos instrumentales para ningún acto que determine la presencia de las partes, sin embargo se llama a testigos presenciales en actos unilaterales (Testamento, Donaciones, etc).

C.- CONTEXTO SOCIAL.

Desde el origen y aparición de funcionarios que den fe de los acuerdos, contratos, derechos, obligaciones y convenios entre los hombres se puede determinar que el Notario de Fe Pública funge un papel trascendental y la determinación acordada entre partes y las de intuición persona, Siendo el Notario de Fe Pública un servidor público la función social que determina su mandato es la custodia de intereses patrimoniales y familiares pues como indica Carnelutb "El consejo del Notario que buscan las partes, es un consejo encaminado directamente a evitar un proceso, por eso se le busca y esa es su misión específica" (Tratado de Derecho Notarial, Fernando Mendoza Arzabe Pág. 283).

El contexto social importante que cumple dentro de sus funciones el Notario de Fe Pública, es el de dar relevancia y solemnidad a los actos dentro de una sociedad, siendo hoy en día una función importante e intrínseca de resolución de posibles controversias que pudieran existir entre las partes presentes ante este o en

Estados Jurisdiccionales en los cuales pretendan manifestar la veracidad de lo que se intento indicar en los contratos.

Dentro la legislación existente los numerosos antecedentes en el Derecho Hispano, se establecen teorías que fundamentan la obligación del Notario de Fe Pública referente al secreto profesional.

Dentro de las acepciones y el decir de muchos estudiosos del Derecho el secreto profesional significa la reserva de aquellos conocimientos, "de lo que eventual mente el notario ha tenido conocimiento y de los que debe guardar la reserva necesaria" Hoffman.

Dentro de la historia que determina el secreto profesional dentro del Derecho Hispano, se mantiene como doctrina y con» parte indisoluble de los actos y derechos de las partes intervinientes. Se hace mención de lo que se llaman: Fuero real, las Leyes de las siete partidas, el Código de las costumbres de Tortosa y el Reglamento Notarial español, bases fundamentales que determinan la participación solamente de las partes y del Escribano o Notario de Fe Pública.

Dentro de las teorías que fundamentan el secreto profesional no solamente como parte de representatividad ante el Notario de Fe Pública sino como derecho intrínseco de las partes de guarda y silencio de sus acciones, a decir de Eusebio Gómez se señalan tres corrientes doctrinales que fundamentan el secreto profesional:

La teoría del contrato tácito.- La cual fundamenta la obligación de guardar el secreto profesional en la existencia de un Contrato Tácito entre profesional y cliente.

Depósito que es completamente ficticio.- Para que nazca a la vida jurídica este contrato, deben existir ciertos requisitos como ser en su principal la obligación de restituir en este caso es imposible darse el secreto profesional pues las partes asumen jurídicamente devolver el secreto y hacerlo manifiesto en caso de incumplimiento.

Interés de orden público.- Esta la acción y corriente más importante pues dentro de todo ámbito profesional no solamente en particular al Notario de Fe Pública, todo profesional que recibe un secreto por la labor que ejerce en ese momento, está obligado a la reserva del mismo, pues la sociedad le exige la discreción por parte de aquellas personas cuyos servicios fueron solicitados.

Como podemos ver la intervención de testigos, llámese testigos instrumentales o de actuación violan la confidencialidad profesional y particularmente de las partes intervinientes.

El secreto profesional puede acarrear al ser este vulnerado la violación en el campo civil y penal por la manifestación de lo no indicado, pues existe un perjuicio determinación de daño causado, agravado indudablemente por tratarse de un confidente necesario o innecesario que en su consecuencia originaria una indemnización por los daños ocasionados o en su consecuencia una sanción privativa de libertad.

Los Códigos Penal Argentino (Art 156), Código Penal Uruguayo (Art. 302), Código Penal Francés (Art 378) y el Código Penal Boliviano (Art 302), determinan sanciones pecuniarias inhabilitación especial del cargo y sancionan como delito la revelación del secreto profesional, admitiendo una sanción penal y el resarcimiento civil por los daños ocasionados al incumplir el secreto profesional.

D.- CONTEXTO ECONÓMICO.

a) Dentro del contexto Económico que establece el apoyo a la sociedad, el Notario de Fe Publica es ese servidor publico que determina e inscribe las voluntades de las partes pudiendo en esto determinarse la transmisión de bienes tanto onerosos como gratuitos evitando de esta manera controversias judiciales las cuales en su finalización determinarían de igual manera la voluntad de las partes en las decisiones tomadas.

Las escrituras públicas y acuerdos de voluntades pueden de esta manera determinar la solución y controversias tanto en el aspecto civil, laboral, tributario o penal, pues la presentación de un instrumento público ante autoridades jurisdiccionales determinaran las características de la voluntad de los actos entre las partes y la oponibilidad ante terceros.

Por esta razón el aspecto Económico que vela el Notario de Fe publica es íntegramente una acción social que da fe a los planteamientos que el representa.

b) Dentro del Contexto Económico de la retribución por los servicios.

Notariales (honorarios) debemos caracterizar primeramente que en la época antigua se consideraba como un deshonor el hecho de pagar un trabajo intelectual. En cambio en nuestra época actual la actividad intelectual es una de 1 as más importantes pues los profesionales actúan para terceros velando los intereses y determinándose el cumplimiento de las Normas, siendo ya considerada esta, labor un trabajo intelectual la cual tiene el derecho de retribución,

Por tal razón se puede determinar que el honorario no puede ser dispensado es de carácter obligatorio y se entiende que debe ser pagado en dinero

no así en especie como se efectuaba en épocas anteriores.

Dentro de lo que establece la remuneración por el servicio prestado las autoridades Jurídico administrativas crean una figura legal que determina el valor del servicio prestado al cual se llamó el Arancel Profesional.

El Arancel Profesional no solamente determina el pago por los honorarios del Notario de Fe Pública, sino también sus atribuciones, respecto a los actos notariales, lo cual determina no solamente por el Derecho Notarial sino por el Arancel Profesional el alcance de los actos de este funcionario público.

E.- ASPECTO JURÍDICO.

Dentro del Aspecto Jurídico el Notario de Fe Pública depende íntegramente de la rama complementaria de la Administración pública agregada al Poder Judicial (Consejo de la Judicatura).

Las funciones del Notario de Fe Pública son controladas y quedan subordinadas al poder judicial cuyos actos disciplinarios y para su nombramiento son propuestos por Organismos del Poder Judicial pues su designación es realizada con la intervención y directa atribución de la Corte Suprema de Justicia.

Los Notarios no son funcionarios auxiliares administrativos del Poder Judicial, tienen carácter propio pues su función corresponde a un grupo especial cuya misión es el servicio público hacia el ciudadano.

Dentro de sus funciones su actividad fundamental va ligada a la propiedad privada pues intervienen en transacciones comerciales, mutación de propiedad, protesto de Letras, protocolizaciones, escrituras, acuerdos, poderes, inventarios,

realización de Constitución de Sociedades, etc. Abarcando un gran campo de la vida jurídica y de la parte administrativa del Poder Judicial.

Esta rama complementaria del Derecho, adherida al Poder Judicial abarca varias funciones que por mandato de la Ley son obligatorias del Notario de Fe Pública.

Al no tener atribución para resolver la Litis Pendencia tampoco tiene el Imperium de la Ley pues su competencia tan solo abarca la vía voluntaria y el acuerdo entre partes. De acuerdo a lo manifestado estos funcionarios públicos pueden ser designados martilleros con la facultad de participar en los Remates de bienes muebles o inmuebles previamente la acción condenatoria u ordenada por los mecanismos de justicia (Jueces).

El Notario de Gobierno es el servidor público que participa en los acuerdos y contratos de personas naturales o jurídicas con el Estado o entre Estados.

3.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.-

A.- NATURALEZA JURÍDICA DEL PROBLEMA

Se pretende establecer con la idea, si la participación de los Testigos Instrumentales en todos los actos así determinados por nuestro ordenamiento jurídico en materia notarial, son imprescindibles y si su participación valida la concreción de éste acto.

Cabe además señalar que los Testigos Instrumentales, no son parte de los funcionarios dentro de una oficina Notarial, por tal razón su permanencia no es continua, determinándose de esta manera que no están presentes en los actos

realizados por las partes que asisten ante el Notario de Fe Pública.

No existe dentro nuestra legislación nada determinado sobre los requisitos básicos jurídicos que debieran conocer, pues como se determina en el Código de Procedimiento Civil o Penal, los testigos de cargo y de descargo, deben dentro de sus obligaciones, tener conocimiento mínimo del proceso o de la demanda, sin embargo los Testigos Instrumentales dentro de un acto notarial, en la mayoría de los casos no conocen ni siquiera el fondo del instrumento protocolizado, por tal razón mucho menos conocer las intenciones de las partes apersonadas ante Notario de Fe Pública.

Todo ello nos lleva a pensar y dirimir sobre su legalidad, su importancia y su participación en los actos notariales.

Dentro de nuestra legislación se determina que los testigos instrumentales firmaran las escrituras acreditando haber presenciado lo que las partes firmaron, de lo cual se puede atribuir que estos son responsables de igual manera que el Notario en juicios y reclamos dentro la Justicia Ordinaria.

Los testigos instrumentales al no ser funcionarios dentro de la oficina notarial en realidad en muy pocas circunstancias verifican la intención de los actos notariales, pues como nuestro ordenamiento Jurídico en materia civil determina un contrato se hace Ley por solamente la manifestación de voluntades de las partes intervinientes no siendo así los testigos instrumentales intervinientes en las decisiones tomadas por terceros en contratos bilaterales y unilaterales debiendo incluso aparte de los exigidos por Ley en los Testamentos que son cuatro intervenir también los testigos instrumentales.

B.- ESTRUCTURA, FUNCIONALIDAD Y TENDENCIAS DEL PROBLEMA.

La estructura dentro de una oficina notarial de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico existe la participación del Notario de Fe Pública de las partes intervinientes y de los testigos instrumentales.

Esta estructura determina la plena prueba contra terceros de un título o acto notarial celebrado, ello establece que existen cláusulas de seguridad y estilo las mismas que después de haber transcrito el contenido determinan la legalidad y autenticidad del documento, pues este instrumento público se admite en nuestra legislación como prueba irrefutable cuyos principios doctrinales son la base ideológica de la fe pública dentro de la estructura que la Ley impone por mandato debe determinarse primeramente la autenticidad de las partes y del documento original transcrito, el mismo que no puede sufrir enmiendas, cambios o sustituciones siendo así este documento adjunto la garantía de documento que hace fe pública.

Como se podrá observar en estos actos no se encuentra la participación de los testigos instrumentales pues al no ser servidores públicos o partes interesadas en la contextualización de los instrumentos notariales su participación no determina la validez o invalidez del documento dentro del aspecto legal establecido por nuestro Ordenamiento Jurídico. Pues nuevamente determinamos que el Código Civil en actual vigencia establece que los acuerdos entre partes se hacen Ley entre las mismas y que solamente la atribución y participación **del** Notario de Fe Pública determina su oponibilidad o eficacia ante terceros dando solemnidad a los mismos.

4.- DELIMITACIÓN DEL TEMA

a) Delimitación Temática.- La temática de la investigación se circunscribe al estudio de la importancia y la participación de los Testigos Instrumentales en los actos notariales.

Nuestra investigación tan solo se abocará a señalar si los testigos instrumentales son imprescindibles en los actos notariales pues su participación debiera ser considerada en la validez de los actos realizados entre personas y si la voluntad de las partes intervinientes pudieran ser anuladas si no existe la participación de estos.

La legislación notarial tanto Latinoamericana como mundial no obliga la participación de terceras personas no intervinientes en los actos pues como vemos los testigos instrumentales son considerados terceros sin interés legal y se estaría vulnerando el derecho *del* Notario de Fe pública de dar Fe a los actos.

b) Delimitación Temporal.- El presente trabajo, abarcará el periodo de la promulgación de la Ley del Notariado (5 de Marzo de 1858) hasta nuestros días.

Debiendo para tal efecto además apoyarnos en sus antecedentes como son la Ley de Organización Judicial, Código Civil y el ante Proyecto de Ley del Notariado.

El Art. 17 de la Ley del Notariado de fecha 5 de marzo de 1858 determina tan solo "Las escrituras se otorgarán ante un Notario y dos testigos mayores de edad, vecinos del lugar del otorgamiento y que sepan leer y escribir. Sin embargo, en los testamentos se estará a lo dispuesto en el Código".

De igual manera el Art 22 de la misma Ley determina que en toda escritura deberán expresarse los nombres de los testigos instrumentales. El Art. 24 y 25 del mismo cuerpo legal determinan la presencia de los testigos en los actos notariales para lo cual se especifica que toda escritura deberá ser leída de principio a fin a todas las partes y a los testigos y firmadas por estos.

Existe en este ámbito una contradicción legal pues la Ley del Notariado determina claramente que las partes intervinientes dentro un acto notarial son el Notario de Fe Pública, las partes suscribientes de un acuerdo o contrato tan solo, así como el Art. 24 de la Ley *del* Notariado indica claramente que estas escrituras deben ser firmadas por las partes leídas ante ellas, mencionándose a los testigos en forma diferente pues de esta manera consideramos que estos no son parte de los actos, por tal razón el vacío jurídico existente en la Ley del Notariado en base a los artículos mencionados determina que los testigos instrumentales no son parte y que su participación o firma en estos actos no podría de ninguna manera invalidar la voluntad de las partes intervinientes, primeramente en el contrato y menos aún determinar la participación del Notario como funcionario público.

c) **Delimitación Espacial.**- Tomando en cuenta que la Ley es de carácter general y la jurisdicción y competencia solamente se ven limitadas por las fronteras, cuyas derechos y obligaciones son a nivel nacional, pero nuestro estudio se basará íntegramente a nivel provincial (Prov. Los Andes, asiento Judicial Pucarani).

Nuestro trabajo de investigación u más aún de propuesta de modificación a la Ley del Notariado en el aspecto que toma en cuenta la participación de los testigos instrumentales abocará por medio de las encuestas realizadas a funcionarios públicos relacionados con el tema lo cual determinará la validez de nuestra propuesta frente a la participación obligatoria de los testigos instrumentales.

5.- OBJETIVOS.

Los objetivos del presente trabajo de investigación y de propuesta se determinarán de acuerdo a su importancia y los actos que realizan los Notarios de Fe Pública como se determina a continuación;

La función *del* Notario de Fe Pública.

Custodia de Instrumentos públicos.

Designación de Testigos Instrumentales.

Función de los Testigos Instrumentales

Responsabilidad de los Testigos Instrumentales.

Nulidad de Escritura Pública por falta de Testigos Instrumental.

a) Generales.-

Determinar si es necesaria la participación de los Testigos Instrumentales en los actos Notariales.

Si es nulo el acto entre particulares con la intervención solamente de Funcionario Público como es el Notario de Fe Pública.

Cuáles debieran ser los requisitos mínimos para participar como Testigo Instrumental.

La re formulación de la Ley Notarial respecto a la participación de los Testigos Instrumentales,

b) Específicos.-

* Determinar que el o los Testigos Instrumentales son o no parte del

Instrumento a protocolizar.

* Al existir obligación de firma de Testigo Instrumental, también existe responsabilidad Civil, Penal, Administrativa u otra por su participación.

* Sugerir la modificación de la Ley del Notariado en cuanto a la participación de los Testigos Instrumentales.

6.- MARCO TEÓRICO.

Como funcionario público, el Notario de Fe Pública es el encargado de resguardo, registro y protocolización de Escrituras Públicas.

La función de los Testigos Instrumentales y su participación en la materialización de documento privado a instrumento público, no encuentra en nuestra legislación ningún asidero legal, pues tan sólo se determina su participación y no así la validación de los documentos con su firma.

No existe la necesidad imperante de contar con testigos instrumentales, los cuales dentro de la Ley del Notariado, no cumplen ninguna función sobre la autenticidad de los documentos y mucho menos cuentan con responsabilidad, civil, penal, administrativa u. otra por estampar su firma, como así es la obligación intrínseca *del* Notario de Fe Pública, pues éste como funcionario público debe dar fe de sus actos y puede ser llamado a testificar y autenticar lo elaborado por su persona.

La designación de testigos- si fuera necesaria su participación-, debiera determinarse por medio de un ordenamiento jurídico particular, que asigne obligaciones de conocimiento o estudio básico en materia notarial, su

responsabilidad en los actos, así como se manifiesta para el Notario de Fe Pública, pues nuestro ordenamiento jurídico determina que las partes intervinientes en cualquier acto público o privado también son responsables en su admisibilidad o validez frente a los procesos, civiles, penales, administrativos, tributarios, laborales, etc.

Nuestro aporte es tratar de determinar en forma clara que no puede ser declarada la nulidad de una escritura Pública por falta de Testigo Instrumental, siendo que en muchos casos, éstos son solamente funcionarios a destajo de los Notarios de Fe Pública, no habiendo presenciado en la mayoría de los casos la firma o comparecencia de las partes y mucho menos tener conocimiento del documento protocolizado y elevado a Instrumento Público.

6.1.- Marco Conceptual.-

a) Testigo Instrumental.- En los instrumentos o documentos públicos el que firma junto con el notario para afirmar el hecho otorgado y a veces también el contenido del acto.

Testigo de actuación.- Según Couture, aquel que por disposición de la Ley o por voluntad de las partes presencia la realización de un acto jurídico para dar fe de él y suscribe como tal el documento respectivo,

Documento Privado.- El redactado por las partes interesadas, con testigos o sin ellos, pero sin intervención de Notario o Funcionario Público que le de fe o autoridad.

d) Documento Público.- El otorgado o autorizado con las solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial u

otro funcionario público competente, para acreditar cualquier hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se produce.

e) Documento auténtico).- Escrito, papel o instrumento autorizado en forma tal que de fe y haya de ser creído por extendido ante fedatario público o estar legalizado por autoridad competente.

f) Notario.- En términos de la Ley Española *del* Notariado "funcionario público autorizado para dar fe conforme a las leyes de los contratos y demás actos judiciales"

7.- MARCO JURÍDICO. -

Dentro de los instrumentos jurídicos existentes sobre la participación del Notario y sus atribuciones tomaremos en cuenta, Ley del Notariado, Ley de Organización Judicial, Código Civil, Ley 358 de 20 de Noviembre de 1950 y Anteproyecto de Ley del Notariado.

a) LEY DEL NOTARIADO.

La Ley del Notariado de 5 de marzo de 1858 en sus artículos 17, 21, 22,25 y 26, determinan la participación de los testigos instrumentales dentro de los actos notariales.

Esta Norma no establece en ningún momento la responsabilidad existente de estas personas pues no determina como partes en la escritura pública ni como partes frente al Notario de Fe Pública, tampoco determina la responsabilidad judicial de los mismos en caso de acciones judiciales referentes al contenido *del* instrumento público.

La Ley del Notariado desde su promulgación no fue derogada ni abrogada, sin embargo en su estructura se han incorporado diversas disposiciones que fueron modificando algunos aspectos de forma pero no de fondo.

La Ley compilada de 1858 hoy en día presenta variaciones en la secuencia de los contenidos en sus títulos y capítulos, la cual en su utilización no determina una dinámica social pues cuando existe la acuciosidad de algunos entendidos en las leyes estas son utilizadas para fines particulares por medio de estas disposiciones existentes, determinando su efectividad, eficacia y legalidad mediante el uso y los intereses de las partes intervinientes.

Esta Ley aún determina la participación de Notarios de las Curias eclesiásticas, los de Hacienda y demás Tribunales especiales, quienes deben conservar sus archivos para franquear los testimonios e instrumentos concernientes a su especialidad (Art 12) sin que a la fecha se haya abrogado el mismo pues la existencia de estos ya no es determinada en nuestra legislación.

Como en un principio establecimos dentro de la legislación comparada existente ninguna de ellas determina la participación de testigos instrumentales pues se considera que estos no son intervinientes en los actos de voluntades de las partes y su participación menos aún pudiera determinar la efectividad o validación de los contratos; menos aún la testificación fuera de lo que la Ley le otorga al Notario de Fe Pública.

b) LEY 358 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1950.

Como manifestamos fueron derogados varios artículos de la Ley original de 1858, así por ejemplo se deroga con la Ley 358 de 20 de noviembre de 1950 el Art.

25, el cual determina que las escrituras serán firmadas por las partes, los testigos y el Notario. Cuando las partes no sepan o no pudieran firmar se hará mención de esta circunstancia al fin de la escritura.

Este artículo es derogado determinándose que cuando las partes no sepan o no pudieran firmar deberán participar en el fraccionamiento del testimonio o protocolización de los documentos testigos a ruego, sin considerar además la participación de testigos instrumentales o en que ámbito llega a quedar su intervención en este tipo de actos.

Sin embargo en la Ley Compilada no figura esta disposición por lo cual no se toma en cuenta y se sigue manteniendo la Ley original de 1858.

c) LEY DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL.

Dentro de la Ley N° 1455 de 18 de febrero de 1993, en su Título XVII ÓRGANOS INDEPENDIENTES, en el Capítulo II NOTARÍAS DE FE PÚBLICA, en el Art. 279, INDICA LO SIGUIENTE **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".**

El Art 282, determina la responsabilidad civil y penal de la custodia y conservación de documentos, así como de los actos en que intervienen los Notarios de Fe Pública dando fe.

Como podemos establecer la Ley de Organización Judicial no menciona como dependientes dentro de los organismos jurisdiccionales los testigos instrumentales, pues estos no establecen responsabilidad alguna o la efectividad en

su participación, de lo cual podemos determinar que de igual manera en la Ley del Notariado la intervención o participación de los testigos instrumentales no se adecua a lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico respecto a Las voluntades y ejecución de los contratos.

d) CÓDIGO CIVIL.

El Código Civil en actual vigencia determina primeramente en el Art 454 la libertad contractual para celebrar y acordar diferentes contratos entre las partes intervinientes, determinando claramente que las partes pueden determinar libremente el contenido de los mismos.

El Art. 1287 determina como documento público o auténtico aquel que es extendido con las solemnidades legales por un funcionario autorizado para darle la Fe Pública.

El Art. 1295 establece que en los documentos públicos otorgados por personas que no sepan o no pudieran firmar firmará otra persona a ruego de ella, y se estamparan sus impresiones digitales firmando además los testigos instrumentales.

Como se podrá observar estos artículos determinan primeramente que la voluntad de las partes hace Ley mientras estas no determinen una ilegalidad contractual o falta de voluntad intrínseca, pues las partes al efectuar documento privado determinan también su accesibilidad al cumplimiento en forma obligatoria del contenido del mismo.

Como el Art. 1287, determina que el Notario de Fe Pública ante el que se presenta el documento privado en base a las solemnidades eleva el instrumento

privado a público, lo que quiere decir que este a partir de ese momento es oponible ante terceros, en el cual se respetan íntegramente las voluntades expuestas por las partes suscribientes, pues el instrumento privado es transcrito in extenso y el Notario de Fe Pública, tan solo da Fe a lo manifestado.

El Art. 1295 tan solo manifiesta la intervención de testigos instrumentales cuando una de las partes es analfabeta pero de acuerdo a nuestro ordenamiento notarial estas personas que sirven como testigos son llamados a ruego o presenciales y no así instrumentales, pues no manifiesta su accionar frente a la validez de elevar un instrumento privado a público,

e) ANTEPROYECTO DE LEY DEL NOTARIADO.

El Anteproyecto de Ley del Notariado dentro del Título HE. Capítulo II de los comparecientes en el documento notarial no determina la participación de testigos instrumentales como su nombre así lo indica pues *tan* solo en el Art 38 indica que los testigos que intervienen en el documento notarial cumplirán con acreditar el conocimiento de los comparecientes y ser auxiliares a los comparecientes cuando las circunstancias así lo exijan en el acto de otorgamiento del documento notarial.

Podemos establecer de esta manera que a diferencia de la Ley del Notariado de 1858 este Anteproyecto ya no menciona testigos instrumentales, ya que las actuaciones indican que si las circunstancias que exijan en la facción de documento de privado a público fueran necesarias estos en su participación deberán acreditar íntegramente el conocimiento del documento.

El Art. 40 del Anteproyecto de la Ley del Notariado, en su Capítulo DE LA NULIDAD DE LOS DOCUMENTOS, no establece que estos instrumentos elevados

a públicos sean tachados de nulos si no intervienen los testigos instrumentales, de tal manera podemos establecer que a medida de que la Ley del Notariado viene adecuándose a las legislaciones de países vecinos se adecua a la no existencia de testigos instrumentales pues ello no manifiesta la nulidad del acto ya que se mantienen existentes las solemnidades y la. Fe de realización por medio del Notario de Fe Pública.

8.- MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

a) Métodos a utilizarse

Método histórico descriptivo Método deductivo. Método analítico.

b) Técnicas a utilizarse

Técnica de investigación Documental

Fichas Bibliográficas.

Encuestas

9.- CONCLUSIONES.

Habiendo realizado un análisis exhaustivo en base a la investigación determinada en el trabajo y pudiéndose observar que en nuestro ámbito y legislación los testigos instrumentales tienen poca o ninguna participación referente a la validez del documento.

Debemos tomar además en cuenta que en las legislaciones Latinoamericanas dentro de la mayoría de los países como se menciona en la legislación comparada, los testigos no tienen ninguna injerencia pues estos pueden o no estar presentes en los actos notariales, pues solamente se puede determinar que existen en una forma más de costumbre que de participación jurídica obligatoria en todos los actos

notariales.

Al ser partícipes los testigos instrumentales en los actos notariales estos en conclusión solamente figuran por la impresión de firma que estampan en el documento sin que exista relevancia alguna de dar validez u originalidad al documento, cabe aclarar que en épocas remotas se podían apreciar la participación de terceras personas que fungían como testigos en contrato de transacciones, pero ello solamente al determinarse que estos eran vecinos y reconocían el contrato o acción jurídica efectuada.

Va evolucionando el Derecho y por ende la Legislación notarial con ello van cambios los aspectos de participación y utilización de testigos instrumentales, pues pese a la relevancia histórica de cambio y valoración de la capacidad jurídica de las partes intervinientes en un contrato en nuestro país se sigue considerando como obligatoriedad la participación de terceras persona no involucradas ni concedoras del contrato para dar fe al mismo, contradiciendo la Norma general que todo contrato es Ley solamente entre las partes.

Podemos determinar que en la República colombiana, Venezolana y Porto Riqueña, no existen la obligatoriedad de presentar testigos instrumentales, pues solamente si el Notario de Fe Publica creyere indispensable su participación podrá llamar a terceras personas para conocimiento neto del contrato.

Contrariamente en la República Argentina se indica que existe la Asociación del Notario de Fe Publica con los testigos instrumentales pero existiendo un vacío jurídico pues no determinan la responsabilidad respecto a ambos.

En la República del Perú se acepta la presencia de testigos instrumentales al igual que en nuestra legislación, conculcando el derecho de los intervinientes en un

contrato o acto jurídico sobre el secreto particular de los actos públicos.

Dentro del trabajo efectuado y la investigación científica realizada se efectuó el método de encuestas el cual determina por las muestras efectuadas ante personas entendidas en la materia y participantes activos del mismo que un 99% determina primeramente que no es indispensable la participación de los testigos instrumentales, que estos debían de ser parte dentro de todo acto notarial, lo mas importante que dentro de la acción y facultad que determina la Norma jurídica sobre la responsabilidad del Notario de Fe Publica, los testigos instrumentales no son parte y mucho menos concedores del contrato, pues la Ley Notarial determina como parte fundamental que el Notario de Fe Publica debiera conocer íntegramente el tenor de cada contrato.

Por todo lo mencionado líneas arriba se puede llegar a la conclusión que nuestra Norma jurídica referente al Notariado debe ser reformulada primero estableciendo parámetros actuales sobre la valoración de las partes intervinientes y finalmente la determinación tacita de prescindir de la participación de los testigos instrumentales.

Este trabajo de investigación pretende dar luces sobre una materia imprescindible que se encuentra dentro de la vida activa de cada ser humano pues la Ley determina que todo acto deba llevar consigo una acción oponible ante terceros y es la presencia del Notario de Fe Publica la que establece particularmente un instrumento privado elevándolo a publico determinando de esta manera el accionar socio económico dentro de nuestra sociedad toda.

Es menester hacer notar que la legislación nueva trata de evitar la burocracia jurídica existente claramente que ya existe un nuevo Procedimiento Penal que acorta las substanciación de los procesos y debiera de la misma manera

evitarse la burocracia dentro de las notarías de Fe Publica evitando la intervención de testigos instrumentales u otras personas siempre y cuando ello no transgreda acciones necesarias de la participación de testigos de actuación que son diferentes al testigo instrumental.

a) PROPUESTA.

Habiéndose determinado que el testigo instrumental primero no es parte de la oficina de Notaría de Fe Publica, tampoco es parte dentro del contrato y menos aun puede dar validez a una relación jurídica la propuesta conclusiva que determino en el presente trabajo de investigación es omitir por medio de un proyecto de reforma a la Ley *del* Notariado la participación de los testigos instrumentales en todo acto notarial.

10.- BIBLIOGRAFÍA

ENCICLOPEDIA PRÁCTICA DEL DERECHO

Editorial Labor S.A. (Publicada bajo la dirección de Miguel Fenech, catedrático de la universidad de Barcelona). Volumen Primero. Barcelona-Madrid. 1952.

LEY DEL NOTARIADO de 5 de Marzo de 1858

LEY 358 de 20 de Noviembre de 1950

CÓDIGO CIVIL

LEY DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL

LEGISLACIÓN COMPARADA

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO "MÁS ACTUAL"

2000 Lafer Ediciones S.A.

Madrid - España

ANTEPROYECTO DE LEY DEL NOTARIADO.

