

DERECHO NOTARIAL PANAMEÑO

**Actualizado
2011**

Índice

INTRODUCCIÓN	
1. ANTECEDENTES	
1.1. La influencia de la codificación de Justiniano	
1.2. El “Libro del Prefecto”, del Emperador León “El Filósofo”	
1.3. Las “Siete Partidas” de Alfonso X, El Sabio	
1.4. La Constitución de Maximiliano, el Grande	
1.5. Ley del 25 Ventoso	
1.5.1. La primera definición moderna del notariado latino en la ley de 25 ventoso	
1.5.2. La consagración del notario como funcionario público nació con la Ley de 25 ventoso	
1.6. La influencia francesa, española y colombiana	
2. CONCEPTO	
3. CONTENIDO	
3.1. La Organización Notarial	
3.1.1. La jurisdicción territorial	
3.1.1.1. El Circuito Notarial de Panamá	
3.1.1.2. Circuito Notarial de Los Santos	
3.1.1.3. Circuito Notarial de Coclé	
3.1.1.4. Circuito Notarial de Chiriquí	
3.1.1.5. Circuito Notarial de Colón	
3.1.2. Jurisdicciones Especiales	
3.1.2.1. La función notarial ejercida por los Secretarios de Consejos Municipales	
3.1.2.2. Notarías Especiales	
3.1.3. Competencia	
4. OBJETO	
5. FINES	
6. UBICACIÓN DENTRO DE LAS CIENCIAS DEL DERECHO	
6.1. El derecho notarial como derecho privado	

- 6.2. El derecho notarial como derecho público
- 6.3. El derecho notarial como derecho público adjetivo
- 6.4. El derecho notarial entre derecho privado y derecho público

7. SISTEMA NOTARIAL ADOPTADO EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA

.....

8. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO NOTARIAL PANAMEÑO

.....

- 8.1. Principio de la forma
- 8.1.1. La forma interna
- 8.1.1.1. Hecho jurídico
- 8.1.1.1.1. Hecho natural o hecho en sentido estricto
- 8.1.1.1.2. Acto jurídico
- 8.1.1.1.2.1. Hecho humano o acto jurídico en sentido amplio
- 8.1.1.1.2.2. Acto jurídico en sentido estricto
- 8.1.1.1.2.3. Negocio jurídico
- 8.1.2. La forma externa
- 8.1.3. La formalización de un instrumento público
- 8.1.3.1. Rogación
- 8.1.3.2. Recepción
- 8.1.3.3. Extensión
- 8.1.3.4. Otorgamiento
- 8.1.3.5. Archivo
- 8.2. Principio de inmediatez
- 8.2.1. Importancia de la comparecencia en la inmediatez
- 8.2.1.1. La Fe de Conocimiento
- 8.2.1.2. La Fe de Identidad
- 8.3. Principio de notoriedad
- 8.4. Principio de la unidad del acto formal
- 8.4.1. La unidad del acto formal puede ser esencial, natural o accidental
- 8.4.1.1. Cuando la unidad del acto formal es esencial
- 8.4.1.2. Cuando la unidad del acto formal es natural
- 8.4.1.3. Cuando la unidad del acto formal es accidental
- 8.5. Principio de la «matricidad» o protocolo

8.6. Principio de la legalidad	
8.6.1. La legalidad objetiva	
8.6.2. La legalidad subjetiva o formal	
8.6.3. La legalidad convencional	
8.7. Principio de consentimiento	
8.8. Principio de la fe pública o autenticidad	
8.9. Principio de la buena fe	
8.9.1. Definición	
8.9.2. Importancia práctica	
8.9.3. Fundamento ideológico	

9. DE LA FE PUBLICA A LA FE PÚBLICA NOTARIAL

9.1. La Fe pública	
9.1.1. Fe pública administrativa	
9.1.2. Fe pública judicial	
9.1.3. Fe pública registral	
9.2. Fe pública notarial	
9.2.1. La fe pública notarial y el documento público	
9.2.2. La relación entre fe pública y fe pública notarial	

10. EL EJERCICIO DE LA FUNCION NOTARIAL

10.1. Definición	
10.2. Los principios de la función notarial según la U.I.N.L.	
10.3. Contenido de la función notarial	
10.4. Características	
10.4.1. Se inicia y se cumple a instancia de parte	
10.4.2. Atiende a intereses conciliables	
10.4.3. Atiende al interés público	
10.4.4. Es una función técnica	
10.4.5. Es cautelar y preventiva	
10.5. Causales de nulidad	

11. EL NOTARIO, COMO AGENTE DE LA FUNCIÓN NOTARIAL ..

11.1. Definición	
11.2. Evolución institucional	
11.3. Requisitos para ser notario	
11.4. Nombramiento	
11.5. Prohibiciones	

11.6. Obligaciones

12. LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO

12.1. Responsabilidad penal

12.1.1. La idea de lo lícito y lo ilícito: El límite de las libertades públicas

12.1.2. La culpabilidad como presupuesto de la responsabilidad penal

12.1.3. El reproche de la culpabilidad

12.1.4. Responsabilidad por dolo

12.1.4.1. El dolo según su génesis

12.1.4.1.1. “Dolus bonus” y “dolus malus”

12.1.4.1.2. Dolo precedente o inicial y dolo subsiguiente .

12.1.4.1.2.1. Dolo de ímpetu, dolo deliberado, dolo apertus y dolo velatus

12.1.4. 2. El dolo según su contenido

12.1.4.2.1. Dolo genérico

12.1.4.2.2. Dolo específico

12.1.4.2.3. Dolo directo

12.1.4.2.3.1. El dolo directo determinado

12.1.4.2.3.1.1. Manifestaciones del dolo directo determinado

12.1.4.2.3.1.2. Dolo de propósito

12.1.4.2.3.1.3. Dolo de ímpetu

12.1.4.2.3.2. Dolo directo indeterminado

12.1.5. Responsabilidad por culpa

12.1.5.1. El Tipo Penal culposo imputable al Notario

12.1.6. Responsabilidad de culpa por negligencia

12.1.7. Responsabilidad de culpa por Imprudencia

12.1.8. Responsabilidad de culpa por impericia

12.1.9. La responsabilidad del notario por delitos en particular

12.2. Responsabilidad fiscal o tributaria

12.3. Responsabilidad laboral

12.4. Responsabilidad disciplinaria

12.5. Responsabilidad Civil

12.5.1. El ilícito civil

12.5.2. Los notarios no responden por razones de fondo

12.5.3. Los notarios no responden por la capacidad legal de las partes

- 12.5.4. La fuente de la responsabilidad en la función notarial
- 12.5.5. La responsabilidad limitada del código civil panameño

13. EL INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL

- 13.1. Definición
- 13.1.1. Elementos que hacen la definición
- 13.1.2. Acta y Escritura Pública como instrumento notarial
- 13.2. Requisitos legales del instrumento público
- 13.2.1. Requisitos de procedibilidad
- 13.2.2. Requisitos de validez
- 13.3. El objeto del instrumento público
- 13.4. Requisitos formales del instrumento público
- 13.4.1. El material o papel en que se confecciona el instrumento público
- 13.4.1.1. La regla del papel sellado o sus derivados habilitados
- 13.4.1.2. Excepciones
- 13.4.2. El espacio interlineal que se utiliza en la página
- 13.4.3. El tipo de escritura que se emplea
- 13.4.4. El lenguaje en que se escribe
- 13.4.5. La forma del lenguaje
- 13.4.5.1. Debe ser jurídico
- 13.4.5.2. Debe ser técnico cuando así se requiera
- 13.4.5.3. Debe ser sencillo y claro
- 13.4.5.4. Debe reflejar la voluntad de las partes
- 13.5. Valor jurídico del instrumento público
- 13.6. Efecto ejecutivo
- 13.7. Efectos probatorios
- 13.8. El instrumento público en los negocios jurídicos formales
- 13.9. El instrumento público en los negocios jurídicos consensuales
- 13.10. Nulidad del instrumento público

14. LA ESCRITURA PÚBLICA

- 14.1. Concepto
- 14.2. Clases de escritura
- 14.2.1. Atendiendo al negocio que involucra
- 14.2.1.1. Principales
- 14.2.1.2. Complementarias
- 14.2.2. Atendiendo al aspecto instrumental

14.2.2.1. Las escrituras autorizadas	
14.2.2.2. Las escrituras no autorizadas	
14.3. Partes de que consta la escritura pública	
14.3.1. Parte introductoria o de comparecencia	
14.3.2. Parte expositiva	
14.3.3. La parte dispositiva	
14.3.4. Otorgamiento y autorización	
14.3.4.1. El otorgamiento	
14.3.4.2. La autorización	
15. EL ACTA NOTARIAL	
15.1. Concepto	
15.2. Requisitos	
15.3. Un acto práctico sobre el valor probatorio de un acta notarial ..	
15.4. Clasificación de las actas notariales	
15.4.1. Actas de presencia	
15.4.2. Actas de referencia, declaraciones extrajudiciales o atestaciones	
15.4.2.1. Acta contentiva de la declaración	
15.4.2.2. Un caso práctico de declaración notarial jurada aportada en proceso penal	
15.4.3. Actas de notificación	
15.4.4. Actas de requerimientos	
15.4.5. Actas de protocolización	
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCIÓN

Al asumir el cargo de Notario Público Primero del Circuito de Panamá, en septiembre de 2004, me encontré con una ausencia total de bibliografía nacional en torno al ejercicio de la función notarial, y motivado por las constantes consultas de usuarios y colegas empecé a trabajar en el presente estudio, como una forma de absolver consultas, al que ahora hemos titulado **Derecho Notarial Panameño**.

Ya decía desde la primera edición, que en realidad, al inicio no pensé en una edición como la presente ni menos en el título, sino que tuve la necesidad de la investigación por las cuestiones que se me presentaron con motivo del ejercicio de la función notarial.

Este estudio lo inicié con los antecedentes del Derecho Notarial, del que se evidencia la evolución histórica que ha tenido desde el derecho justiniano hasta la Ley de 25, Ventoso, el ejercicio de la función notarial, sin demeritar las legislaciones posteriores que vinieron a definir al notario como funcionario público especial, esto es como depositario de la fe pública notarial por definición del Código Civil y como efectos del principio de delegación de la soberanía del Estado, conforme al artículo 2 de la Constitución Política.

En nuestro país el régimen de la función pública notarial está regulada en el Código Civil, lo que hace a la legislación panameña distinta del resto de las actuales legislaciones latinoamericanas y europeas, seguidoras del sistema del notariado latino, que tienen la materia regulada, por lo general, en leyes orgánicas o estatutarias. No obstante, esto tiene una explicación, y es que nuestro Código Civil deviene de la codificación de 1917, influenciada por las legislaciones española y colombiana, esto es por el Estatuto Notarial español de 28 de mayo de 1862 y las leyes colombianas de 3 de junio de 1852 y la 84 de 26 de mayo de 1873, esta que adoptó como Código Civil de la República de Colombia el que regía para el Estado de Santander; pero, también, se puede hacer referencia a las Leyes 14,34,57 y 153 de 1887 y a la Ley 81 de 1888, todas relacionadas a la función notarial.

La materia relativa al Derecho Notarial incluida en el Código Civil de 1917 no ha sido revisada ni actualizada desde entonces, por lo que históricamente se mantiene en los criterios legislativos que imperaron a finales del Siglo XIX y comienzos del Siglo XX, cuando se entendía que el régimen notarial hacía parte del Derecho Civil, aunque el nombramiento de los notarios era materia del poder público, es decir, que caía bajo regulación del Derecho Administrativo, entendiendo que si bien el notario era un funcionario público no hacía parte de la estructura administrativa del Estado sino que se trataba de un particular ejerciendo la función pública notarial.

En efecto, ya hoy constituye doctrina aceptada y fundamento del modelo del sistema del notariado latino, del cual forma parte la República de Panamá, que el notario es un funcionario público, depositario de la fe pública notarial, pero que no forma parte de la estructura administrativa del Estado, que no cobra emolumentos del Estado, sino que sus ingresos provienen de los usuarios del sistema y que su nombramiento está a cargo del poder público.

No obstante, la regulación que sobre el ejercicio de la función notarial aparece en el Código Civil requiere de una urgente actualización, sobre lo cual los Órganos Ejecutivo y Legislativo ya están enterados, pues ya ha habido varios anteproyectos de Ley para modernizar el sistema notarial panameño, pero no ha habido la voluntad política.

Debo decir, con honestidad, que nunca pensé en una segunda edición de mi Derecho Notarial Panameño, pero ha sido constante la solicitud de estudiantes y profesores por ejemplares de la primera edición, que ya había quedado desactualizada con la entrada en vigencia del Código Penal del 2007, mediante la Ley 14 de 2007, que instituyó un tipo penal delictivo culposo para el notario panameño, que es la materia nueva que incorporamos a la presente edición.

Debo agradecer, también, al editor de esta segunda edición de Derecho Notarial Panameño, que fue quien, en definitiva, me convenció de la nueva edición con decirme que se haría cargo de ella, incluyendo la diagramación; pues éste es siempre para todo autor un obstáculo editorial.

Ahora bien, hemos preferido mantener el título de este estudio como Derecho Notarial Panameño, porque, en efecto, se trata de la revisión de la doctrina fundamental del Derecho Notarial patrio en cuanto es ciencia y método con objeto y fin, en que abordamos la teoría del instrumento notarial desde la visión civilista que impera en nuestro ordenamiento jurídico y bosquejando lo que modernamente se estudia bajo la óptica del Derecho Procesal Notarial.

Así, pues, presentamos al lector la segunda edición de nuestro Derecho Notarial Panameño, un estudio producto de investigaciones personales y muestra de nuestra preocupación por contribuir a esclarecer aspectos fundamentales relacionados con el ejercicio de la función notarial, una tarea que una vez realizamos y que hemos querido entender en toda su dimensión.

Dr. BORIS BARRIOS GONZÁLEZ
Ciudad de Panamá
julio, 2011

1

ANTECEDENTES

Para entender el Derecho Notarial es imperativo hacer un recorrido doctrinal por el devenir histórico por el sistema del notariado latino, el cual sirve de fuente y fundamento ideo-lógico y jurídico a la legislación notarial panameña.

Para tal efecto, iniciamos comentando aspectos sobresalientes de las legislaciones antiguas de Justiniano; del Emperador León, el filósofo; de las “Siete Partidas” del Rey Alfonso, el Sabio; de la Constitución de Maximiliano el Grande, para concluir en la influyente legislación francesa de la Ley de 25 Ventoso.

Terminaremos este aparte, comentando la influencia de la Ley de 25 Ventoso, y las legislaciones españolas y colombianas sobre la normativa del Derecho Notarial panameño.

1.1. INFLUENCIA DE LA CODIFICACIÓN DE JUSTINIANO.

Podemos empezar este aparte con el Emperador Justiniano (482-565 D.C.) quien asumió el trono imperial de Constantinopla en el 527, a quien se debe la más grande obra legislativa romana, entre ella las Novelas, cuyo conjunto legislativo forma lo que se llamó “*Corpus Juris Civiles*”; y de ese conjunto legislativo la Constitución XLV o Novela XLIV, la Constitución XLVIII o Novela XLVII y la Constitución LXXVI o Novela LXXIII se refieren a los notarios, y en particular la Constitución XLVIII o Novela XLVII de Justiniano establecía cómo deberían los notarios iniciar y redactar los documentos¹:

“En el año tal del imperio de tal sacratísimo Augusto emperador, y después de esto escribirán el nombre del cónsul que hay en aquel año, y en tercer lugar la indicción (fórmula romana para determinar el año), el mes y el día. Porque de este modo se conservará íntegramente la fecha, y con la memoria del imperio, el orden del consulado, y las demás circunstancias consignadas en los documentos, se hará que estos sean perfectamente inalterables”.

¹ USUGA VARELA. Ocaris. **Derecho Notarial**. Modulo 1, Unidad 2. Medellín (Colombia): Señal Editora, p. 42

En la Constitución de Justiniano LXXVI o Novela LXXIII ya se presenta el interés por dotar a la escritura notarial de fe pública; sin embargo, para la época de Justiniano, el notario era especialmente un hacedor de documentos¹.

En la Novela LXXIII de Justiniano encontramos la esencia de lo que luego fue la figura de los testigos instrumentales en la actuación notarial al establecerse, entonces, que:

“... más es conveniente, tratándose de los que no saben de letras, que se valgan de testigos y en todo caso de tabularios, en las localidades en que hay tabularios, pero principalmente de testigos no desconocidos para los contratantes, de suerte que algunos escriban por el que no sabe, o sabe poco, de letras y los otros atestigüen que aquello se hizo estando también ellos presentes, y que ellos conocieron a aquel, y de este modo se adquiere la veracidad de tales documentos...”².

1.2. EL “LIBRO DEL PREFECTO”, DEL EMPERADOR LEÓN “EL FILÓSOFO”.

León, el Filósofo, fue emperador de Oriente entre el 886 a 912 y a él se le atribuye el haber reglamentado el oficio de notario en su obra el “Libro del Prefecto”.

En el Capítulo I del “Libro del Prefecto”, León, el Filósofo, estableció el régimen para nombrar al notario: “*por votación a juicio del decano y de los demás notarios*”, pero además debía conocer y entender de las leyes, así como distinguirse por su caligrafía, Además, no podía ser persona locuaz, insolente, ni de vida corrompida, sino de porte serio e inteligencia despierta, docto, prudente, con facilidad de palabra y buena escritura, para que no se vea fácilmente desconcertado por las escrituras falsas y los signos engañosos.

El “Libro del Prefecto” establecía que:

“... el candidato debe saber de memoria los cuarenta títulos del Manual de la Ley (Procheiron, 879) y conocer los sesenta libros de los Basílicos; debe haber estudiado también la Enciclopedia, a fin de no cometer faltas en la redacción o incurrir en error de lectura”.

² Ídem.

Del Capítulo I del “Libro del Prefecto” se deduce, entonces, que el notario debía ser un experto en el arte de la caligrafía y debía estar dotado de condiciones y cualidades intelectuales, personales y morales excepcionales.

El “Libro del Prefecto” puede tenerse como el primer estatuto que regulaba las condiciones de acceso al cargo, su relación con sus colegas, el número de notarios y se instituyó el monopolio de la función de notario³.

1.3. LAS “SIETE PARTIDAS” DE ALFONSO X, EL SABIO.

Rey de Castilla y León (1221-1284 D.C.). Como legislador se le atribuye la obra conocida como las “Siete Partidas”, la cual constituye una compilación legislativa basada en el Derecho Romano y de gran influencia en el mundo medieval, comparable con el “Corpus Juris Civiles” de Justiniano. La obra se inició en el 1256 y se concluyó en el 1265 de la era cristiana⁴.

En la Ley 1, Título XIX, Partida III, se puede leer:

“Escribano tanto quiere decir como home que es sabidor de escrebir: et son dos maneras dellos; los unos escriben los previllejos, et las cartas et las actas en casa del rey, et los otros son los escribanos públicos que escriben las cartas de las vén-didas, et de las compras, et los pleytos et las posturas que los homes ponen entre si en las cibdades et en las villas. Et el pro que nasce dellos es muy grande quando facen su oficio lealmente; ca se desembargan et se acaban las cosas que son meester en el regno por ellos, et finca remembranza de las cosas pasadas en sus registros, en las notas que guardan et en las cartas que facen, así como mostramos en el título que ante deste que fabla de las excripturas”(sic).

Atendiendo a la cita inmediatamente anterior de la Partida III, vale comentar, con Usuga Varela, que según las Siete Partidas el escribano (antecedente del notario) era ante todo un hombre que sabía escribir, por ello decía la Partida III que “escribano tanto quiere decir como home que es sabidor de escribir”, y eran, por una parte, quien tenía encomendado hacer constar los “previllejos”, “cartas” y “actas” en “casa del rey”, eran, entonces, los “escribanos” reales; pero, por otra parte, también estaban encargados de hacer constar las

³ **Ibíd.**, p. 43

⁴ **Ídem.**

“cartas de las vëndidas”, “compras” y “pleytos” y las “posturas” de los hombres en las ciudades y en las villas, y estos eran los “escribanos públicos”, antecedente directo de lo que son hoy los notarios públicos.

En la Ley III de la Partida II se recogió una disposición tomada del Fuero Real, otra de las obras legislativas de Alfonso X, el Sabio, alrededor del 1255 y que se refiere al nombramiento de los notarios, que bien puede entenderse como el antecedente directo de lo que luego pasó a ser el método de nombramiento del notario latino, esto es por vía administrativa, la cual a la letra expresa que:

“... poner escribanos es cosa que pertenece señaladamente a emperador o a rey, et esto porque es uno de los ramos del señorío del regno; ca en ellos es puesta la guarda et la ciddades et en las villas, et son como testigos públicos en los pleytos et en las posturas que los homes facen entre si”.

Quiere decir que ya desde la legislación del Fuero Real de Alfonso, “el Sabio”, era cuestión de normativa determinar a quién correspondía el nombramiento del notario, y aquella legislación establecía que nombrar escribanos era asunto que pertenecía al emperador o rey.

1.4. LA CONSTITUCIÓN DE MAXIMILIANO, EL GRANDE.

Maximiliano, el Grande, fue un emperador germánico (1459-1519) que con su Constitución abordó aspectos relativos al valor probatorio de la escritura y al cumplimiento de las formas de los asuntos notariales. La disposición constitucional de Maximiliano estableció lo siguiente.

“... para mantener la justicia y la paz, sino también por otras cosas que ocurren cada día en la república, y a los súbditos; es muy útil y necesario que exista la profesión u oficio del notariado o de los notarios, por el cual, mediante el otorgamiento de una escritura cierta se entregan a la memoria perpetua y se confirman, con documentos públicos, los deseos, los votos y los hechos de los hombres, para que no se sometan a la debilidad de la memoria o al olvido ...”.

En complemento, en el mismo texto constitucional, Maximiliano agregó la obligación de la comparecencia ante el notario y la lectura del documento en

presencia del otorgante como requisito de validez del instrumento notarial:

“Pues estas cosas han de observarse sobre todo en los contratos y en los actos en que la escritura pública es esencial; más aún, entonces se requiere que, en presencia de los contratantes y de los testigos, sean leídas cada una de las cláusulas, palabra por palabra, porque antes que se complete por las partes, no se juzgue el contrato perfecto y eficaz”.

A manera de conclusión, dos aspectos destacan en la Constitución de Maximiliano “el Grande”:

- a. Estableció valor probatorio a la escritura pública, y
- b. Estableció que la obligatoriedad de la comparecencia y la lectura del documento en presencia de los otorgantes, y por tanto que el cumplimiento de las formalidades en los negocios jurídicos era una condición de existencia del instrumento notarial, por lo que instituyó la obligación de dar forma solemne a los negocios jurídicos.

De esta manera, se puede observar cómo las distintas legislaciones fueron dándole reconocimiento a los aspectos que el notariado, como función pública, iba adquiriendo en su consagración legislativa.

En efecto, se sucedieron distintas obras legislativas y, quizá, el mérito de cada una lo encontramos en que abarcaron aspectos particulares del notariado que las anteriores no habían atendido.

Bajo esta proyección histórica se llega a la Ley de 25 Ventoso, que es, en efecto, la obra legislativa más influyente en el Derecho Notarial moderno.

1.5. LEY DE 25 VENTOSO.

La Ley de 25 Ventoso es el “Estatuto Francés” de 16 de marzo de 1803 del calendario gregoriano.

La denominación de Ley de 25 “Ventoso” es porque corresponde al sexto mes del calendario republicano francés, y en especial corresponde al lapso del 19 de febrero al 20 de marzo del gregoriano.

La Ley de 25 Ventoso es considerada como la matriz de las legislaciones modernas del notariado latino, entre ellas la española, colombiana y, en consecuencia, la panameña seguidora de aquellas; y es que, por lo demás, las legislaciones española y colombiana no solo rigieron, en sucesión de tiempo, en los territorios americanos y en particular en el Istmo de Panamá, sino que son antecedentes directos de las codificaciones americanas y panameña.

En efecto, la Ley de 25 Ventoso no solo es la fuente directa de las legislaciones española y colombiana y, estas a su vez, de la legislación panameña, sino que es fuente directa de las legislaciones que integran el notariado latino.

1.5.1. LA PRIMERA DEFINICIÓN MODERNA DEL NOTARIADO LATINO EN LA LEY DE 25 VENTOSO.

En 1803, año anterior a la promulgación del Código Civil francés, la Ley del 25 Ventoso, en la primera definición moderna del notariado latino, se definió al notario, así:

“Los notarios son los funcionarios públicos establecidos por la ley para recibir todos los actos y contratos a los cuales las partes deben o quieren darles el carácter de autenticidad propio de los actos de autoridad pública y para asegurar la fecha de los mismos, conservarlos en depósito y expedir testimonios y copias”.

La Ley de 25 Ventoso ha sido una de las tareas legislativas más analizada por la doctrina del Derecho Notarial, y uno de los aspectos es el relativo al concepto de funcionario público que emplea la definición del artículo 1 de aquella ley, y coincide la doctrina mayoritaria que el enunciado no se refiere a que el notario sea funcionario administrativo del Estado; y es que el concepto de funcionario público viene dado en función de que la autenticidad que se exige al documento está condicionado a que quien lo emite sea funcionario público, pero no un funcionario administrativo del Estado, por lo que se trata, propiamente, del ejercicio privado de la función pública notarial.

Con razón comenta Usuga Varela que:

“... lo que quiere decir la definición es que la función pública que, en virtud de la ley, ejerce el notario, implica la potestad de darles el carácter de autenticidad propia de los

actos de autoridad pública¹ y plena certidumbre de su fecha a los actos y contratos en que por razón de su oficio, interviene⁵.

1.5.2. LA CONSAGRACIÓN DEL NOTARIO COMO UN FUNCIONARIO PÚBLICO NACIÓ CON LA LEY DE 25 VENTOSO.

La definición que de notario público elaboró la Ley de 25 Ventoso ha servido de fundamento ideológico para las legislaciones posteriores y para los congresos del notariado latino en la sustentación del carácter público que reviste la actuación notarial, para “darles el carácter de autenticidad propia de los actos de autoridad pública”, pero sin que ello haya dado pie para sustentar que el notario sea parte de la estructura administrativa del Estado.

En efecto, ni las legislaciones embrionarias de la función notarial anteriores a la Ley de 25 Ventoso, ni la misma Ley de 25 Ventoso ni el actual modelo legislativo del notariado latino refieren a entender que el notario deba o tenga que formar parte de la estructura administrativa del Estado.

Muy por el contrario, ello es opuesto a la naturaleza de la función notarial, porque el ejercicio privado de la función pública notarial, investidura con que el particular (jurista) que ejerce el cargo de notario y que actúa por delegación del Estado, cumple una función social que es incompatible con la condición de ser empleado del Estado o funcionario de la estructura administrativa; y es que lo que caracteriza al sistema del notariado latino es la independencia en el ejercicio de la función notarial, en donde el notario responde por sus funciones conforme al ordenamiento jurídico que reviste de legalidad sus actuaciones, que por virtud de la ley surgen deberes y obligaciones para el notario, que la ley le establece un objeto y una finalidad, y así mismo reviste de responsabilidad civil, administrativa, fiscal y disciplinaria su actuación.

1.6. LA INFLUENCIA FRANCESA, ESPAÑOLA Y COLOMBIANA.

Bajo las leyes “Visigóticas”, la esencia de la función consistía en Jurar en Derecho aquella manifestación de voluntad que tendría efectos contra terceros que no fueran partes en el acto.

⁵ USUGA VARELA, Ocaris. *Ob cit.*, p. 46

Con la normativa del “Fuero Juzgo”, se clasifica a los escribanos en dos clases: los del pueblo y los comunales.

El ordenamiento del “Fuero Real” clasifica a los escribanos en públicos y jurados.

En tanto que “Las Siete Partidas” establecen una formalidad imperiosa: «que los actos se anoten o graben en el libro o cuaderno que se llama Registro».

Con el “Ordenamiento de Alcalá”, se unificaron las leyes dictadas por Alfonso XI; en tanto que la “Reforma de los Reyes Católicos” estableció el ámbito de competencia territorial, requisitos de idoneidad, como la presentación de exámenes para una buena preparación y que se otorgara copia al emitirse un documento.

En la legislación española antigua se presenta una particularidad, cual es la “Enajenación del Oficios”, que significaba la facultad de vender o traspasar el cargo que desempeñaban, lo que indica que el cargo era susceptible de ser comerciable, esto es que se podía obtener a través de una compra venta, o por herencia.

Con la llegada de Cristóbal Colón a tierras americanas, en 1492, llega a territorio americano el primer escribano, don Rodrigo de Escobedo, cuya tarea consistía en la documentación de los hechos relacionados con la expedición del descubridor.

Don Rodrigo de Escobedo constituye el eslabón perdido entre el escribano europeo y el moderno notario latinoamericano del Siglo XX.

Con la colonización de América por los españoles, quedamos unidos y dependientes de España y, como consecuencia, se dictaron leyes que tuvieron plena vigencia en los territorios de las colonias americanas, como las “Leyes de India”, que fueron una recopilación de las leyes dictadas por España para regir los territorios conquistados en América. La legislación de India consta de nueve

libros y en el Libro V, Título III, se regulaba la figura del escribano; además se trataron aspectos tales como los requisitos de poseer título académico de escribano, pasar un examen ante la real audiencia, contribución al fisco y la designación por los Reyes de Castilla.

En cuanto a la designación, se preveía una excepción y eran los casos de designación de escribanos en poblados aislados para lo cual se le permitía al gobernador respectivo realizar el nombramiento y para lo demás se aplicaba el régimen ordinario.

Si en 1803 los franceses promulgaron la Ley de 25 Ventoso; en España, el 28 de mayo de 1862, se promulga el “Estatuto Español del Notariado”, también llamado “Ley Orgánica del Notariado Español”.

La virtud de aquel Estatuto Español del Notariado, de 28 de mayo de 1862, es haber suprimido las notarías reales y haber unificado el notariado español, bajo la influencia de la Ley de 25 Ventoso y en la idea del notario como funcionario público.

El artículo 1 del Estatuto Español estableció lo siguiente:

“... el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extra-judiciales”.

El ilustre tratadista español, Castan Tobeñas, comentando el referido Estatuto Español, decía:

“... en el problema, que tanto discutieron en nuestra patria los antiguos escritores, de si el notario es o no un funcionario público y administrativo, puede llegarse -y se ha llegado ya- a soluciones de concordia. Desde luego, no puede negarse el carácter público de la función y la institución notarial, reconocido por la Ley Orgánica del Notariado y por el Reglamento. Las finalidades de la institución y la legitimación de los actos jurídicos exigen que el notario sea un funcionario público, que intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que el interés particular, al interés general o social de afirmar el imperio del derecho asegurando la

igualdad y la prueba fehaciente de los actos y hechos de que penden las relaciones privadas”⁶.

La República de Panamá se independiza de la madre patria España en 1821 y se une a la Gran Colombia, de la cual se separa en 1903, por lo que aparte de los textos antiguos en los que encontramos los antecedentes de la institución notarial, no podemos soslayar las leyes españolas y colombianas que rigieron los destinos del Istmo de Panamá más allá de su independencia y separación, respectivamente, pues la primera codificación de la República data de 1917.

Fue durante nuestra unión a Colombia que el Congreso colombiano dictó legislación que instituyó y reguló la institución del notariado, esto es desde 1852.

Ahora bien, la legislación colombiana recibió influencia directa de la legislación española y las leyes que rigieron la América colonial, entre las cuales se destacan: “las Siete Partidas” (1348), “La Nueva Recopilación” (1567) y la “Recopilación de Indias” (1680), y lo que es aquí destacable es que esta legislación rigió en Colombia y los territorios anexados al pacto político de la Gran Colombia hasta 1852, cuando el Senado Colombiano, como efecto de la independencia colombiana, dicta el primer estatuto notarial colombiano, aprobado por el Senado y la Cámara de Representantes de la entonces Nueva Granada bajo la jefatura del Libertador Simón Bolívar, mediante la Ley de 29 de Mayo.

Es una realidad histórica que hasta 1852 la legislación que estaba vigente en Colombia era la española; mientras que en el istmo de Panamá, desde 1852 hasta 1917, rigió la legislación colombiana relacionada con el notariado.

Así, luego de la Ley colombiana de 1852 es imperativo comentar el Código Civil colombiano de 1873, porque este Código ejerce una notable influencia en la posterior redacción de nuestro Código Civil de 1917, en lo relativo a la materia de notariado.

⁶ CASTAN TOBEÑAS, José. *Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho*. Madrid (España): Instituto Editorial Reus, p. 38

Empero, no obstante, y antes del Código Civil de 1917, y más aún, antes de nuestra separación de Colombia, bajo el liderazgo político de don Justo Arosemena, y por mandato del Decreto 1862 de 24 de abril de 1861, Panamá adopta un Código Civil denominado Código del Estado Soberano de Panamá, el que representa en materia de Notarios un gran antecedente legislativo, toda vez que consagró su Libro Quinto a Notarios y Registro e Instrumentos Públicos, y el cual, según el Decreto, entraría a regir el 1 de marzo de 1862.

El Código Civil del Estado Soberano de Panamá presentaba en su Libro V, bajo el título “Los Notarios, Registros e Instrumentos Públicos”, dos Títulos relacionados con el notariado, y el Título I de ese Libro V se denominaba “Del Notariado Público” y estaba dividido en siete capítulos así:

Capítulo 1. Establecimiento de notarios públicos, su nombramiento, renuncia, licencias y modos de reemplazos. Este capítulo contemplaba en su articulado todo lo relativo a la forma en que el Ejecutivo podía nombrar a los notarios y los suplentes. Establecía la condición que el notario residiera en la cabecera del Distrito y otras disposiciones que han sido una tradición en nuestra legislación Civil y Administrativa con pocas variantes de nuestro Código Civil vigente.

Capítulo II. Libros que deben llevar los notarios. Minutario y Protocolo; que según la normativa el Minutario es el libro de papel común, encuadernado y foliado. Al inicio tendría una nota suscrita con la firma entera del notario, expresando el número de folios que contenía. En tanto que el Protocolo es el libro que se forma con los originales de los instrumentos que se otorgan ante notario y con aquellos, cuya inserción en el mismo protocolo ordena la ley o el Magistrado.

Capítulo III. Actos e instrumentos que pasan ante los notarios y copias que estos expiden.

Capítulo IV. Cancelación de un instrumento público. Establece que el principal efecto es la ausencia de valor del instrumento público, porque las obligaciones legales que la originaron cesan.

Capítulo V. Archivos de las notarías y visitas. Esta normativa regulaba la entrega de archivo, los requisitos que debían cumplirse, y todo lo relativo al inventario.

Capítulo VI. Derechos de los Notarios. En este capítulo se estableció todo lo relativo a los derechos de los notarios, y los honorarios que podían exigir por el trabajo realizado.

Capítulo VII: Modos de suplir al notario, en el cual se establecía la forma de reemplazar al notario en determinadas situaciones.

El Título II del Libro V regulaba los aspectos concernientes a Registro e Instrumentos Públicos.

En nuestro concepto, el Código Civil del Estado Soberano fue tan influyente para los codificadores de 1917 que nuestro Código Civil, que deviene de aquella codificación, dedica su Libro V a Notarios, el cual si bien varió en algunos aspectos normativos el ideario de la codificación colombiana y del Código del Estado Soberano se mantuvieron en el actual Código Civil panameño.

En este sentido, sin necesidad de efectuar un pormenorizado recuento de las normas colombianas que gobernaron el ejercicio de la función notarial, durante la época de nuestra unión, podemos advertir que desde 1852, por virtud de la Ley de 3 de junio de 1852, que reemplazó el sistema de escribanos por el de los notarios públicos, de manera expresa se le otorgó al notario un indiscutible carácter público y a quienes ejercían esa función se les reconoció la condición de servidores públicos.

En efecto, esta normativa colombiana tuvo una influencia directa en la posterior Codificación Civil de Panamá de 1917, y es que en el artículo 12 de la Ley de 3 de junio de 1852, los entonces Senadores colombianos y la Cámara de Representantes de la Nueva Granada, reunidos en Congreso, establecieron notarios públicos bajo un concepto que recogió el Código Civil patrio y que aún conserva, esto es, para “recibir y extender todos los actos y contratos a que los individuos o las corporaciones quisieran dar autenticidad, para conservarlos, demostrar la fecha de su otorgamiento y expedir las copias y extractos de ellas que hagan cumplida prueba de las obligaciones y derechos que nacen de su contenido”; concepción que la legislación colombiana había tomado de la ley francesa de 25 ventoso.

La Ley colombiana, de 3 de junio de 1852, que creó y organizó el oficio de notario público en la entonces Nueva Granada, reconoció la calidad de funcionarios públicos a los notarios; así, el artículo 12 estableció que a quienes ejercieran el oficio de notarios se les denominó “notarios públicos”; en tanto que en el artículo 52 se dispuso las incompatibilidades del cargo de notario público (el cargo de notario es incompatible con los de juez, agente del ministerio el público, empleado del poder ejecutivo con mando político o militar, secretario de los tribunales o juzgados, registrador de instrumentos públicos y administrador de las rentas nacionales); en tanto que en el artículo 62 se determinó el modelo de la jurisdicción notarial al decir que en cada cantón habría una notaría pública; pero si una no bastase, a juicio de la cámara de provincia, ésta podría ordenar el establecimiento de dos o más, que se distinguirían numerándolas; en el artículo 72 se instituyó la causal de nulidad por falta de jurisdicción, al decir que el cantón para el que se ha establecido una notaría formaba el distrito dentro del cual podía ejercer sus funciones el respectivo notario, y que fuera de ese distrito, todos los actos que autorice como notario eran nulos; y en el artículo 82 se estableció el sistema de nombramiento.

Otro avance de la legislación colombiana de 1852 es que estableció la clase de libros que debían llevar los notarios; las formalidades que debían cumplir los instrumentos que se pasarían ante los notarios; el modo de cancelar los instrumentos públicos; la manera como los notarios debían ordenar su archivo; los derechos que debían pagar los otorgantes y el modo de suplir el oficio de los notarios.

En Colombia y Panamá, funcionaron los escribanos y es que fue durante nuestra época de unión a Colombia y con la aprobación de la Ley de 3 de junio de 1852, que, en el Título VIII, se dispuso que desde el 1° de enero de 1853 comenzaran a ejercer sus funciones los notarios y que desde esa misma fecha cesaran “los escribanos en el ejercicio de las funciones...”; esto es que en Colombia y Panamá los escribanos funcionaron hasta el 1 de enero de 1853 en que se instituyó el cargo de notario público, bajo el concepto de ejercicio de la función pública notarial ejercida por un particular; época esta en que estábamos unidos a Colombia, y es que la Notaría Primera de Panamá, valga la redundancia, fue la primera notaría que se creó luego de nuestra separación de Colombia y se creó por virtud de la Ley 2 de 29 de febrero de 1904.

Retomando la idea de la vigencia de las leyes colombianas que rigieron en Panamá, la naturaleza pública de los notarios tanto en la organización política central colombiana como en el Departamento del Istmo de Panamá se mantuvo en la legislación colombiana con la Ley 84 de 26 de mayo de 1873, que adoptó como Código Civil de la Nación el que regía para el Estado de Santander; igual se mantuvo en las leyes 14, 34, 57 y 153 de 1887 y la Ley 81 de 1888.

En este orden, el Código Civil aprobado para Colombia en 1873 asimiló la condición de los notarios públicos, y en su artículo 2146 estableció que en los territorios que administra el Gobierno General de la Unión habría notarios públicos según lo estableciera el Código Administrativo.

El Código Civil colombiano de 1873, entonces, reguló las funciones de los notarios, los libros que debían llevar, los actos e instrumentos que debían pasar ante los notarios, la cancelación de los instrumentos públicos, los derechos del notario por los actos de su oficio y el modo de suplir al notario para ciertos actos en algunos lugares; ello fue así en Colombia hasta cuando fueron derogados los artículos 2546 a 2636, con la entrada en vigencia del Decreto Ley 960 de 1970.

No podemos ignorar la existencia del artículo 147 de la Constitución Política de 1904, el cual establecía que tendrían vigencia en la República de Panamá todas aquellas normas colombianas que no fueran contrarias a la Constitución y a las leyes de la nueva República, por lo que esas leyes colombianas rigieron en Panamá hasta 1917 cuando se aprobaron los Códigos Civil y Judicial.

Decía así el artículo 147 de la Constitución de 1904:

Artículo 147. Todas las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y demás disposiciones que estuviesen en vigor al promulgarse esta Constitución, continuarán observándose en cuanto no se opongan a ella ni a las leyes de la República de Panamá.

Con la legislación civil colombiana de 1873, que luego influye en la legislación civil panameña de 1917, el notariado se concibió como una institución de Derecho Civil que debía regirse en lo general por las disposiciones del Código Civil; en tanto que el nombramiento de los notarios, principales, suplentes o interinos, y a razón de que el nuevo Código sus-trajo el

nombramiento de notarios del ramo meramente civil, hizo del nombramiento de los notarios materia de las leyes administrativas, por lo que el nombramiento de los notarios quedó como potestad del poder público.

En la codificación civil panameña de 1917, el artículo 1714 del Código Civil vigente estableció, recogiendo el lineamiento establecido en la codificación colombiana de 1873, que “habrá en la República el número de notarios públicos que establece el Código Administrativo”.

En tanto que el artículo 2112 del Código Administrativo, codificación que también deviene de 1917, se establece que “habrá en la República tantos circuitos notariales como los haya judiciales y el nombre, cabecera y circunscripción de éstos coincidirán con los de aquellos”.

2 CONCEPTO

Uno de los aspectos que trató el “Primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino” fue sentar las bases para el estudio y desarrollo del notariado de tipo latino, esto es el ejercicio de la función notarial que por delegación del Estado cumplen profesionales del Derecho, como depositarios de la fe pública notarial, y su distinción con los notarios funcionarios de la administración del Estado, como los notarios del modelo soviético y los notarios de tipo anglosajón.

La estructura del concepto de Derecho Notarial va a depender, entonces, del modelo de notariado: sea latino, soviético o anglo-sajón. Nuestro derecho notarial se ubica en el modelo del sistema del notariado latino, por lo que nuestro concepto está orientado desde esa concepción hacia el contenido de la función notarial en el Derecho Notarial panameño.

Luego, entonces, con el interés de conceptualizar el Derecho Notarial siguiendo el modelo latino, vale traer a referencia que en el II Congreso Internacional del Notariado Latino (1950), se estableció, en una de sus conclusiones, que el contenido del Derecho Notarial está constituido por el Complejo de Normas Legislativas, decisiones jurisprudenciales y estudios doctrinales sobre la función notarial y sobre el documento auténtico⁷.

En la misma línea ideológica, en el III Congreso Internacional del Notariado Latino se volvió a tratar el tema se agregó las reglamentaciones y los usos y se reiteró que el derecho Notarial tiene por contenido el conjunto de disposiciones legislativas, reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial.

Luego, entonces, concebimos el Derecho Notarial como el conjunto de normas jurídicas, reglamentos, usos y doctrinas que regulan las relaciones voluntarias y extrajudiciales entre los particulares y entre éstos y el Estado, mediante la intervención del notario, el cual actúa en función pública notarial por autoridad de la ley.

La función notarial tiene como fuente y fundamento tanto el derecho positivo creado por el Órgano Legislativo del Estado, como las reglamentaciones que de las leyes hace el Órgano Ejecutivo, así como la jurisprudencia de los tribunales y los usos que en un todo orgánico regulan la Organización de la Función Notarial y la teoría formal del Instrumento Público.

El Derecho Notarial, entonces, regula las relaciones voluntarias y extrajudiciales entre los particulares y entre estos y el Estado, asegurando el ejercicio de los derechos en sociedad y dando autenticidad y legalidad a los hechos jurídicos que son fuentes de derechos.

⁷ MURGAS SALAZAR, Fernando y ORTÍZ PASCO, Jorge. **Temas de Derecho**. Lima (Perú): Edición del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, 1997, p. 491

3 CONTENIDO

Esto nos lleva a establecer que el Derecho Notarial comprende el estudio de las materias que se refieren a los siguientes aspectos.

3.1. LA ORGANIZACIÓN NOTARIAL-

Dentro de la organización notarial alcanza la jurisdicción y la competencia, los derechos y deberes del notario.

3.1.1. LA JURISDICCIÓN TERRITORIAL.

El ámbito territorial del ejercicio de la función notarial en la República de Panamá es por circuitos, el cual no corresponde necesariamente a la división política del territorio de la República; no obstante puede coincidir y en ocasiones un circuito notarial puede estar integrado por varias provincias, y sin perjuicio del reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace de la función de notarios especiales para áreas jurisdiccionales e institucionales, como el caso de la notaria especial del Banco Hipotecario Nacional, de la Autoridad de la Región Interoceánica (ARI), y de los secretarios de Consejos donde no haya notarios.

En el Libro V: “Del Notariado y Registro Público”; Título I: “Del Notariado”; Capítulo I: “De los Notarios Públicos”, artículo 1714 del Código Civil remite al Código Administrativo el establecimiento del número de notarios en la función jurisdiccional.

El referido artículo 1714 a la letra expresa que:

Artículo 1714. Habrá en la República el número de notarios públicos que establece el Código Administrativo.

El notario debe cumplir sus funciones notariales dentro del circuito notarial preestablecido por la ley, y la actuación de un notario fuera de su

circunscripción será nula, así lo establece el artículo 1716 del Código Civil.

Artículo 1716. Las funciones del notario sólo pueden ejercerse por cada notario dentro de la circunscripción del respectivo circuito de notaría; todos los actos y contratos que fuera de tal circunscripción autorizare un notario en su carácter oficial, son nulos.

Por esa remisión que hace el artículo 1714 del Código Civil al Código Administrativo en cuanto al número de notarios en la República, traemos a cita el artículo 2112 del Administrativo, el cual establece:

Artículo 2112. Habrá en la República tantos circuitos notariales como los haya judiciales y el nombre, cabecera y circunscripción de éstos coincidirán con los de aquellos.

En tanto que el artículo 2114 del Código Administrativo desarrolla el concepto de circuito notarial, en los siguientes términos:

Artículo 2114. La porción de territorio demarcada para el ejercicio de las funciones del Notario, se denomina Circuito de Notaría, y el lugar señalado para asiento de la oficina del Notario es la cabecera del Circuito de Notaría.

Finalmente, el artículo 2115 del Código Administrativo, según el texto original del codificador de 1917, indica el número de notarios que inicialmente debía haber por circuito notarial, así:

Artículo 2115. En cada Circuito Notarial habrá un notario, excepto en el de Panamá que tendrá dos notarios, denominado primero y segundo, respectivamente.

No obstante, es de advertir que el Decreto de Gabinete 29 de 7 de febrero de 1990, y otros que le han sucedido, modifican este artículo en la medida en que han creado otras nuevas notarias que describimos a continuación. En efecto, jurisdiccionalmente, la República de Panamá se divide en circuitos notariales, así:

3.1.1.1. El Circuito Notarial de Panamá.

Notaría Primera del Circuito de Panamá.

La creación de la Notaría Primera deviene de 1826, luego de nuestra independencia de España y bajo al inicio del periodo de unión a Colombia, según consta en los archivos de la Notaría, en donde el primer instrumento notarial es el testamento abierto otorgado por Custodio Alvino; y aparecen, además, entre los primeros instrumentos notariales autorizados en la Notaría Primera de Panamá los testamentos abiertos de José María Arias y Domingo Arosemena, ambos de 1827.

Así, entonces, la Notaría Primera de Panamá ya existía cuando el 3 de noviembre de 1903 Panamá se separa de Colombia y validada mediante Ley 2 de 29 de febrero de 1904.

Para el día 4 de noviembre de 1903, aparece en los Archivos Nacionales de Panamá y autorizado por la Notaría Primera de Panamá una Escritura Pública número 306 de 4 de noviembre de 1903, elaborada a mano y a plumilla por el notario, que otorga el señor Enrique del Infante, “por la cual vende un terreno y una bodega construida en él al señor Manuel Caballero López, por la suma de doscientos pesos”, propiedad ubicada en Santa Ana.

En efecto, Panamá era un departamento de Colombia que en materia de notariado se regía por la legislación colombiana, al punto que la documentación que utilizaban las dos únicas notarías de Panamá, las cuales eran en su orden, la Primera y la Segunda, tenía el membrete que decía “Re-pública de Colombia. Departamento de Panamá. Administración General de Hacienda.” Y fungió como Notario Primero de Panamá, en ese periodo de transición, el señor Octaviano Bienvenido Pérez.

Lo cierto es que para los efectos de la transición política, en los registros notariales, y en el membrete del formulario de pago de los derechos de registro de la Administración General de Ingresos correspondiente al Folio 684 del Libro de recaudación del Derecho de registro y que ampara el pago de impuesto de los derechos de registro de un “poder general que el señor Federico Ceballos confiere al señor Don Gerardo Ortega”, se observa que en el lugar donde dice “Re-pública de Colombia”, aparece tachada “Colombia” y encima se lee “Panamá” escrita a mano.

A manera de comentario vale advertir que para la época de nuestra separación de Colombia, el servicio notarial funcionaba en coordinación con la Administración General de Hacienda para los efectos del pago de los derechos a registro de las escrituras públicas que los dos notarios autorizaran, sin soslayar que el régimen legal vigente para asuntos de notariado eran las leyes civiles colombianas.

Notaría Segunda del Circuito de Panamá.

La creación de la Notaría Segunda, al igual que la Notaría Primera, deviene de nuestra época de unión a Colombia. Así, pues, la Notaría Segunda de Panamá ya existía cuando el 3 de noviembre de 1903 Panamá se separa de Colombia, y fungía como Notario Rafael Polidoro Márquez.

De los Archivos Nacionales logramos obtener una copia de la Escritura Pública número 272 de 10 de noviembre de 1903, “por la cual las señoras Leona y Petra Pérez confieren Poder Especial al señor Carlos Eleta”.

Notaria Tercera del Circuito de Panamá.

Fue creada mediante Decreto Ley 30 de 5 de marzo de 1942, publicado en la Gaceta Oficial 8752 del viernes 13 de marzo de 1942.

El Decreto Ley 30 de 1942 fue aprobado e implementado bajo la presidencia de Ricardo Adolfo de la Guardia.

Notaría Cuarta del Circuito de Panamá.

Su creación fue mediante el Decreto Ley 14 de 10 de julio de 1958, publicado en la Gaceta Oficial 13633 de viernes 5 de septiembre de 1958.

El Decreto Ley 14 de 1958 fue aprobado e implementado bajo la presidencia de Ernesto De La Guardia Jr.

Notaría Quinta del Circuito de Panamá.

Creada mediante el Decreto Ley 1 de 14 de abril de 1966, publicado en la Gaceta Oficial 15599 de lunes 18 de abril de 1966.

El Decreto Ley 1 de 1966 fue aprobado e implementado bajo la presidencia de Marco A. Robles.

Notaría Sexta del Circuito de Panamá.

Se creó mediante el Decreto de Gabinete 182 de 2 de septiembre de 1971, publicado en la Gaceta Oficial 16935 de miércoles 8 de Septiembre de 1971.

El Decreto de Gabinete 182 de 1971 fue aprobado e implementado bajo la presidencia de Demetrio B. Lakas.

Notaría Séptima del Circuito de Panamá.

Se trata de una notaría especial competente para los asuntos municipales del distrito especial de San Miguelito, y creada por virtud de la Ley 57 del 5 de octubre de 1976.

Notaría Octava del Circuito de Panamá.

Creada mediante el Decreto de Gabinete 29 de 7 de febrero de 1990, publicado en la Gaceta Oficial 21478 de lunes 19 de febrero de 1990.

El Decreto de Gabinete 182 de 1991 fue aprobado e implementado bajo la presidencia de Guillermo Endara Galimany.

Notaría Novena del Circuito de Panamá.

Su creación fue mediante el Decreto de Gabinete 29 de 7 de febrero de 1990, publicado en la Gaceta Oficial 21478 de lunes 19 de febrero de 1990.

El Decreto de Gabinete 182 de 1991 fue aprobado e implementado bajo la presidencia de Guillermo Endara Galimany.

Notaría Décima del Circuito de Panamá.

Se creó mediante el Decreto de Gabinete 29 de 7 de Febrero de 1990, publicado en la Gaceta Oficial 21478 de lunes 19 de febrero de 1990.

El Decreto de Gabinete 182 de 1991 fue aprobado e implementado bajo la presidencia de Guillermo Endara Galimany.

Notaría Undécima del Circuito de Panamá.

Creada mediante el Decreto de Gabinete 29 de 7 de febrero de 1990, publicado en la Gaceta Oficial # 21478 de lunes 19 de febrero de 1990.

El Decreto de Gabinete 182 de 1991 fue aprobado e implementado bajo la presidencia de Guillermo Endara Galimany.

Notaría Duodécima del Circuito de Panamá.

Fue creada mediante el Decreto de Gabinete 29 de 7 de febrero de 1990, publicado en la Gaceta Oficial 21478 de lunes 19 de febrero de 1990.

El Decreto de Gabinete 182 de 1991 fue aprobado e implementado bajo la presidencia de Guillermo Endara Galimany.

Notaría Decimotercera del Circuito de Panamá.

Creada por virtud de la Ley 60 de 5 de diciembre de 2001⁸, publicada en la Gaceta Oficial 24447 de viernes 7 de diciembre de 2001, tiene jurisdicción en el distrito de San Miguelito.

3.1.1.2. Circuito Notarial de Los Santos.

El circuito notarial de Los Santos fue creado mediante Ley 2 de 29 de enero de 1904, publicada en la Gaceta Oficial 00004 de 7 de marzo de 1904

⁸ La Ley 60 de 5 de Diciembre de 2001, aparece publicada en la Gaceta Oficial 24,447 de viernes 7 de Diciembre de 2001, y fue firmada por la entonces Presidenta Mireya Moscoso.

Vale anotar que la Ley 2 de 1904, tenía por título: “Sobre creación de un segundo circuito de notaría y registro en la Provincia de Los Santos”.

Esta Ley está integrada por dos artículos; el artículo 1 decía que desde el 1 de mayo de 1904 habrá en la provincia de Los Santos un segundo circuito de notaría y registro integrado de la siguiente manera: Las Tablas que sería su cabecera, Guararé, Pocrí, Pedasí y Tonosí.

3.1.1.3. Circuito Notarial de Coclé.

El Circuito Notarial de Coclé está integrado por dos notarías, y según la Ley 60 de 5 de diciembre de 2001, publicada en la Gaceta Oficial 24447 de viernes 7 de diciembre de 2001, y tiene jurisdicción en la provincia de Coclé.

3.1.1.4. Circuito Notarial de Chiriquí.

El Circuito Notarial de Chiriquí está integrado por cuatro notarías, y podemos referirnos a su creación en los años sesenta.

La Notaría Segunda del Circuito de Chiriquí, fue creada mediante Ley 76 de 26 de octubre de 1960, publicada en la Gaceta Oficial 14271 de 17 de noviembre de 1960. La Ley 76 de 1960 fue aprobada y promulgada bajo la presidencia de Ernesto De La Guardia Jr.

La Notaría Tercera del Circuito de Chiriquí, fue creada mediante Decreto de Gabinete 52 de 20 de febrero de 1990, publicado en la Gaceta Oficial 21387, y “por el cual se adicionada el decreto de Gabinete 29 del 7 de febrero de 1990, para crear Notaría Pública adicional en el Circuito de Chiriquí”.

El artículo primero del Decreto de Gabinete 52 de 1990, adiciona el artículo cuarto al Decreto de Gabinete 29 de 1990, por el cual se crea en el Circuito de Chiriquí, la Notaría Tercera con sede en David, para la recepción, extensión y autorización de las declaraciones, actos y contratos que las personas naturales y jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancia pública conforme a la ley, en la provincia de Chiriquí.

El Decreto de Gabinete 52 de 1990 fue aprobado y promulgado bajo la presidencia de Guillermo Endara Galimany.

La Notaría Cuarta del Circuito de Chiriquí fue creada por virtud de la Ley 60 de 5 de diciembre de 2001, con sede en Barú, tiene jurisdicción en la provincia de Chiriquí.

3.1.1.5. Circuito Notarial de Colón.

El Circuito Notarial de Colón está integrado por dos notarías, y encontramos como referencia el Decreto 1258 de 10 de agosto de 1945, publicado en la Gaceta Oficial 9775 de 14 de agosto de 1945.

3.1.2. Jurisdicciones especiales.

3.1.2.1. La función notarial ejercida por los Secretarios de Consejos Municipales.

Tanto el Código Civil, en el artículo 1718, como el Código Administrativo, en el artículo 2116, recogen una fórmula que en los tiempos modernos crea un conflicto de jurisdicción y competencia, que pudo haber tenido su razón de ser en los orígenes de la República, allá por 1917 cuando se estableció esta codificación, pero que en la actualidad no se justifica, y es que se permite a los Secretarios de Consejos Municipales actuar de notarios, circunstancia que en ocasiones demerita la credibilidad internacional del servicio notarial panameño, porque en el extranjero no se reconoce la facultad de los Secretarios de Consejos Municipales en los inicios de la República, se quiso facilitar el otorgamiento de poderes, sustituciones y protestos, en el ámbito nacional, pero los Secretarios de Municipios han querido llevar más allá la facultad, dando origen a conflictos de jurisdicción, la norma se dispuso para casos de excepción de personas que se encuentren en incapacidad física de trasladarse a una notaría; sin embargo, los secretarios de municipios lo han convertido en una práctica común.

El artículo 1718 del Código Civil a la letra expresa:

Artículo 1718. En los lugares que no fueren cabecera de notaría, ejercerá las funciones de notario el Secretario del Consejo Municipal, en la extensión de poderes de todas clases, sustitución de poderes, protestos y otros actos cuya demora sea perjudicial, que deban otorgar las personas que se encuentren en incapacidad física de trasladarse a la cabecera del circuito de notaría y en el otorgamiento de escrituras sobre contratos cuyo valor principal no exceda de doscientos cincuenta balboas.

En relación traemos a cita, también, el artículo 2116 del Código Administrativo que reproduce la norma del Código Civil, en los siguientes términos:

Artículo 2116. En los lugares que no sean cabecera de Circuito Notarial ejercerá las funciones de Notario el Secretario del Consejo Municipal en la extensión de poderes de todas clases, sustitución de poderes, protestas y otros actos, cuya demora sea perjudicial, que deban otorgar las personas que se encuentren en incapacidad física de trasladarse a la cabecera del Circuito de Notaría, y en el otorgamiento de escrituras sobre contratos cuyo valor principal no exceda de doscientos cincuenta balboas. En tales casos, los Secretarios Municipales cumplirán con los deberes que en el presente título se impone a los notarios, pues como tales deben reputarse cuando ejercen las funciones a que contrae este artículo.

Se advierte así, que la facultad otorgada a los Secretarios de Consejos Municipales para actuar de notarios en la extensión de todas clases de poderes, sustitución de poderes y protestos, está condicionado a dos aspectos:

a. Que se trate de persona físicamente incapacitada de trasladarse a la cabecera del Circuito Notarial. b. Que se trate de escrituras sobre contratos cuyo valor principal no exceda de doscientos cincuenta balboas.

Luego, el ejercicio de la función notarial fuera de los casos previstos en los artículos 1718 del Código Civil y 2116 del Código Administrativo, por parte de los Secretarios de Consejos Municipales, entra en la ilegalidad y causal de nulidad según lo previsto en el artículo el artículo 1719 al decir que los Secretarios de Consejo Municipal que ejerzan funciones notariales se ajustarán a las disposiciones de este Título para el desempeño de dichas funciones.

3.1.2.2. Notarías Especiales.

1. Mediante Decreto de Gabinete 262 de 1970, publicado en la Gaceta Oficial 16,664 de 7 de agosto de 1970, se crea una Notaría Especial en el Circuito Notarial de Panamá.

2. Mediante Ley 57 de 1976, publicada en la Gaceta Oficial 18,169 de 19 de octubre de 1976, se creó una notaría especial en el Circuito Notarial de Panamá.

3. Mediante la Ley 3 de 13 de enero de 1998, publicada en la Gaceta Oficial 23,460 de jueves 15 de enero de 1998, “se crean dos notarías especiales, una en el Circuito Notarial de Panamá, que funcionará en Balboa, corregimiento de Ancón, provincia de Panamá, y otra en el Circuito Notarial de Colón, que funcionará en el corregimiento de Cristóbal, provincia de Colón”.

Se establecieron, entonces, según el artículo 1 de la ley, dos notarías especiales:

“... para la recepción, extensión y autorización de las declaraciones, actos y contratos que celebren con la entidad estatal encargada de la custodia, aprovechamiento y administración de los bienes que han revertido o que reviertan a la República de Panamá conforme al Tratado del Canal de Panamá de 1977, conocido como Torrijos-Carter y sus anexos, como consecuencia del desarrollo de los planes y proyectos relativos a las tierras, edificios, instalaciones y demás bienes ubicados en la antigua Zona del Canal de Panamá”.

El artículo 2 de la ley dispone que el funcionamiento de estas notarías especiales se ajustara a las disposiciones sobre notariado del Título I, Libro Quinto del Código Civil.

Para el nombramiento, decía el artículo 3 de la ley que debería tener los mismos requisitos que se exigen para ser magistrados de las Corte Suprema de Justicia y deberán cobrar, en todas las escrituras que elaboren, los tributos que señala la ley.

Además, en el mismo artículo 3 se establece que los notarios y los empleados subalternos de estas notarías especiales, serán de libre nombramiento y remoción del Órgano Ejecutivo; y que los sueldos de los notarios y del personal subalterno de las notarías, así como los gastos que ellas

de-manden, serán asumidos por la Autoridad de la Región Interoceánica o por la dependencia estatal que la sustituya.

Finalmente, el artículo 4 de la ley estableció que los ingresos provenientes de los servicios prestados por estas notarías, serían manejados conforme a lo previsto en el artículo 26 de la Ley 5 de 1993, esto es como ingresos de la Autoridad de la Región Interoceánica.

La Ley 3 de 1998 fue aprobada y promulgada bajo la presidencia de Ernesto Pérez Balladares.

3.1.3. Competencia-

El notario tiene una competencia genérica en lo que se refiere a declaraciones notariales, actos y contratos que las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancia pública conforme a la ley.

Es una competencia genérica para distinguirla de la competencia específica, porque está condicionada a la autonomía de la voluntad privada en cuanto al tipo de declaración, acto o contrato; pero, además, el ordenamiento hace referencia expresa a persona natural o jurídica.

En efecto, el artículo 1715 del Código Civil a la letra expresa:

Artículo 1715. La recepción, extensión y autorización de las declaraciones, actos y contratos a que las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancia públicas, conforme a la ley, están a cargo del notario público.

No obstante, el mismo texto del artículo 1715 del Código Civil fue transcrito, íntegramente, en el Código Administrativo, el cual en su artículo 2113 se refiere, también, a la competencia de los notarios así:

Artículo 2113. La recepción, extensión y autorización de los actos y contratos a que las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancia pública, conforme a la ley, están a cargo del notario público.

Las normas no son excluyentes sino enunciativas de la competencia de los notarios públicos, por lo que el notario puede realizar, y como en efecto realiza, actividad que no está expresamente advertida por la normativa, ejemplo, levantar actas notariales fuera del despacho para hacer constar y dar fe pública sobre un hecho o acontecimiento natural o humano, dar fe pública en juegos de azar autorizados por el Estado, etc.

Es por ello que en concursos y tómbolas suele requerirse la presencia del notario para que dé fe y levante el acta notarial correspondiente.

4

OBJETO

El objeto del Derecho Notarial se identifica con el objeto de la función notarial, por cuanto el ejercicio de una presupone el contenido del otro, por lo que en este sentido, y atendiendo a la regulación jurídica que el Código Civil hace de la función notarial, el objeto del Derecho Notarial es dar fe pública respecto de los actos y contratos que ante el notario deben pasar, y la confianza respecto de los documentos que se ponen bajo su custodia.

En este sentido, forma parte del objeto del Derecho Notarial que el notario dé fe pública sobre las fechas de los actos y contratos que requieran de su firma para su validez legal según el ordenamiento jurídico, pero además individualizar e identificar los nombres de las personas que en ellos intervienen; así como la especie, naturaleza y las circunstancias que hacen la formación del acto o contrato.

Cuando hablamos de la confianza respecto de los documentos que se ponen bajo la custodia del notario es porque, según el mismo ordenamiento jurídico, artículo 1727 del Código Civil, corresponde al notario, la vigilante guarda de todos los instrumentos que requieran de la autorización del notario, y de las piezas y diligencias que, por imperativo de la ley u orden de los tribunales, como los expedientes de sucesiones u adopciones, se manden a

insertar en los protocolos de las notarías o que deban estar bajo la custodia del notario.

El cumplimiento del objeto del Derecho Notarial hace el instrumento público; porque al decir del artículo 1728 del Código civil, los instrumentos que se otorguen ante notario y que éste incorpora en el respectivo protocolo son instrumentos públicos; y concluye la norma diciendo que deberán, por lo tanto, pasar u otorgarse por o ante notario los actos y contratos que la ley exige que consten en instrumento público.

Para entender el objeto del Derecho Notarial debemos preguntarnos qué sentido tiene que una persona comparezca ante notario; o mejor aún ¿por qué y para qué comparece una persona ante notario? Y la respuesta la encontramos en nuestra ley civil que nos dice:

a. Porque deben pasar u otorgarse ante notario los actos y contratos que la ley exige que consten en instrumento público (Art. 1728 del C.C.);

b. Porque la recepción, extensión y autorización de las declaraciones, actos y contratos a que las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancia públicas, conforme a la ley, están a cargo del notario (Art. 1715 del C.C.);

c. Porque pueden otorgarse ante notario los actos y con-tratos cuya constancia quieran las partes quede consignada en escritura pública, aun cuando para tales actos o contratos no haya la ley ordenado semejante formalidad (Art. 1729 del C.C.), y finalmente,

d. Para que el notario, como depositario de la fe pública notarial, cumpla con el objeto del Derecho Notarial, cual es dar fe pública y autenticidad de las declaraciones, actos y contratos de las personas naturales y jurídicas y de estas con el Estado.

El notario, entonces, actúa en función de Estado por autoridad de la ley para cumplir el objeto de dar fe pública y autenticidad en los casos y en las formas predeterminadas por las fuentes del Derecho Notarial.

Es por ello que con el ejercicio de la función notarial, esto es con la actuación del notario en sus diversas manifestaciones, se cumple el objeto del Derecho Notarial.

5 FINES

El Derecho Notarial tiene por finalidad la seguridad jurídica que se deriva del ejercicio de la función notarial, mediante la fe pública.

El Derecho Notarial se desarrolla en el contexto de una jurisdicción voluntaria, esto es que los ciudadanos que comparecen a solicitar los servicios notariales lo hacen de manera voluntaria, libres de toda coacción; en tanto que la función notarial carece del poder de coerción propio de la función jurisdiccional ordinaria y solo se produce a petición de parte.

No obstante, el ordenamiento jurídico ha depositado en el notario la facultad de autenticar y dar fe de las declaraciones, actos y negocios que se cumplen de manera extrajudicial y en base a la autonomía de la voluntad.

6 UBICACIÓN DENTRO DE LAS CIENCIAS DEL DERECHO

La doctrina plantea dos tendencias en torno a la ubicación del Derecho Notarial dentro de las Ciencias Jurídicas, tendencias que hacen referencia a ubicar el Derecho Notarial ya en la rama del Derecho Privado o ya como parte del Derecho Público y hasta una tendencia ecléctica.

6.1. EL DERECHO NOTARIAL COMO DERECHO PRIVADO.

Para algunos autores y atendiendo a que las normas de Derecho Notarial tienen por contenido regulador los actos y negocios de los particulares, en donde la autonomía de la voluntad privada es soberana, y que la función autenticadora y fedataria sólo puede cumplirla el Notario una vez que ha sido solicitada por la voluntad particular y para intereses de carácter privado, es por lo que ubican el Derecho Notarial como Derecho Privado⁹.

Esta era, fundamentalmente, la posición tanto de las legislaciones como de la doctrina del Derecho Notarial hasta finales del Siglo XVIII, cuando las legislaciones de los países seguidoras del modelo notarial latino empezaron a sustraer de la legislación civil la materia relativa a la regulación de la función notarial y se empezó a legislar por leyes orgánicas y estatutos notariales en que se trataba toda la materia relativa al notariado; así aparecen la Ley del 25 Ventoso o Estatuto Francés del Notariado, y aparecen en Ibero América legislaciones como la Ley Orgánica del Notariado Español de 28 de mayo de 1862 y en América el Primer Estatuto Notarial Colombiano contenido en el Decreto de 3 de junio de 1852.

6.2. EL DERECHO NOTARIAL COMO DERECHO PÚBLICO.

Desde otra concepción, las normas legales del Derecho Notarial son de orden público; y es que el notario al ejercer una función pública adquiere su condición y ejerce sus funciones atendiendo a normas de carácter público; y al elaborar el instrumento público tiene que cumplir con los disposiciones que sobre las formalidades le impone la ley; entonces, una vez que las partes firman el instrumento notarial tendrán que aceptar las consecuencias que el ordenamiento le reconoce a la declaración, acto o negocio y ni las partes ni el Notario pueden renunciar a las formalidades establecidas por la ley.

En comentarios de Murga Salazar, en su contribución al “Curso Superior de actualización para el acceso al notariado”, en el sistema notarial peruano, si bien los interesados no están obligados a someterse a la relación, el notario no

⁹ MURGAS SALAZAR, Fernando. *Ob. Cit.*, p. 493

puede organizar esta ni realizar la creación del instrumento público sin apearse a los preceptos de forma que imperativamente le enumera la ley, y una vez que las partes firman el instrumento tendrán que sujetarse a todas las consecuencias que ello implica¹⁰.

No obstante, la seguridad jurídica alcanza a las terceras personas en relación con el documento notarial; y es que, en efecto, se trata de que el instrumento haga fe no solo para los que han intervenido en su otorgamiento, sino también contra todos aquellos que no han intervenido en él.

Para Murga Salazar:

“... el instrumento público otorga publicidad al hecho del negocio jurídico que contenga, sin perjuicio de que esta publicidad sea, en los casos que la ley determina, completada por la publicidad registral y por tanto se concluye diciendo que el Derecho Notarial es un Derecho Público”¹¹.

El Código Civil regula la materia relativa a los contratos y las obligaciones, y en efecto, ello es Derecho Privado; mientras que el Código de Comercio regula la actividad comercial y el acto de comercio; no obstante, es con fundamento en el Derecho Notarial que el notario ejerce la función fedataria y autenticadora que le es propia, pero además es con base en el Derecho Notarial mediante el cual el notario cumple el pro-ceso de elaboración del instrumento público notarial, y todo lo relativo al ejercicio de la función fedataria, autenticadora y sustanciadora del instrumento público notarial se fundamenta en normas imperativas de obligatorio cumplimiento so pena de nulidad y no dispositivas, esto es que las partes ni el notario pueden disponer de las formas sino que están obligados a cumplirlas, y ello es así porque es el campo del Derecho Público.

No olvidemos que la finalidad de la función pública notarial es la seguridad de los actos y negocios jurídicos, en relación con las partes y terceros; por lo que la función pública notarial, como contenido del Derecho Notarial, para garantizar seguridad jurídica tiene que verse en función de Derecho Público,

¹⁰ Ídem.

¹¹ Ídem.

pues lo contrario no alcanzaría a garantizar seguridad jurídica a terceros y a la sociedad.

El Derecho Civil constituye la normativa fuente de las obligaciones y de los poderes de disposición, etc., pero la forma de contratar y de obligarse y de disponer de los derechos previstos en el Código Civil está regulado en el Derecho Notarial; y ello es así porque es en el Derecho Notarial, y en la función pública notarial, en donde se encuentra la garantía de seguridad jurídica que le imprime el notario a sus actuaciones, no solo para las partes, sino también para los terceros y la sociedad en su conjunto; seguridad jurídica que se deriva de la función delegataria que detenta el notario público, que solo puede ser sustentada en el derecho público.

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico parece haber una contradicción puesto que la regulación del Derecho Notarial panameño está inmerso en la normativa del Código Civil, en los artículos 1714 y siguientes, Libro Quinto, que trata "Del Notariado y Registro Público"; pero como hemos dicho en otros apartes de este estudio, ello tiene una explicación lógica e histórica; y es que como nuestra codificación civil deviene de 1917, la primera codificación de la República, después de nuestra separación de Colombia, responde a la influencia de la legislación española y colombiana de fines del Siglo XVIII, en que se entendía, precisamente, que la función notarial hacía parte de la codificación civil salvo el nombramiento de los notarios que se sustrajo de la regulación civil para hacerlo parte de la legislación administrativa.

En efecto, no fue sino hasta ya entrado el Siglo XIX, y luego de las legislaciones estatutarias, especiales u orgánicas, que se convierte en doctrina aceptada la concepción del Derecho Notarial como Derecho Público.

En el caso de nuestro país, que nuestra codificación civil y administrativa devienen de comienzos de Siglo XIX, y para ser preciso de 1917, la materia, relativa al notariado se introdujo como parte de los Códigos Civil y Administrativo panameños.

6.3. EL DERECHO NOTARIAL COMO DERECHO PÚBLICO ADJETIVO-

En el primer número de la “Revista de Derecho Notarial”, española, que se publicó en julio de 1953, aparece un estudio de don José Castán y Tobeñas, bajo el título "Hacia la Constitución Científica del Derecho Notarial". En este artículo Castán y Tobeñas expresa que el Derecho Notarial es adjetivo, porque tiene caracteres de instrumentalidad, de medio necesario para lograr otro fin, cual es la normalidad de la vida del Derecho y la seguridad jurídica.

Para este autor español, el Derecho Notarial es un “derecho de la forma para la forma”. Según se desprende de su criterio, la distinción entre el Derecho Sustantivo y el Derecho Adjetivo proviene de una dualidad, como cuanto se opone Derecho Público a Derecho Privado.

El Derecho Adjetivo por excelencia es el procesal, y precisamente por la afinidad que en este aspecto existe entre el Derecho Notarial y el Derecho Procesal, ya que el “derecho de la forma para la forma” regula un verdadero "Procedimiento" que debe seguir el notario (sucesión de actos formales y obligatorios) es que el derecho encaja perfectamente dentro del concepto Derecho Adjetivo¹².

6.4. EL DERECHO NOTARIAL ENTRE DERECHO PRIVADO Y DERECHO PÚBLICO.

Para otros, el Derecho Notarial se ubica en la zona límite entre el Derecho público y el Derecho Privado porque se vale de normas de ambas ramas científicas, y es que mientras el ejercicio de la función notarial se fundamenta en normas de naturaleza pública, los derechos de los particulares que comparecen ante notario son reguladas por normas de naturaleza privada.

¹² *Ibíd.*, p. 494

SISTEMA NOTARIAL ADOPTADO EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA

La legislación panameña, en el artículo 2120 del Código Administrativo, como fue modificado por Ley 53 de 6 de octubre de 1961, establece que para ser notario público se requieren las mismas cualidades que para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, lo que equivale a decir que debe ser un profesional del Derecho, con experiencia de más de 10 años de ejercicio de la profesión, tener 35 años de edad y no haber sido penado por delito común.

El requerimiento que el notario debe ser un profesional del Derecho con experiencia, se entiende en el sentido que el notario no sólo da fe notarial sino también da forma al instrumento jurídico y asesora a los comparecientes en cuanto a la forma de expresar su voluntad.

En efecto, el artículo 1739 del Código Civil establece que los notarios responden de la parte formal de los instrumentos notariales; en tanto que el artículo 1727 del mismo Código Civil se refiere a que el Notario es depositario de la fe pública respecto de los actos y contratos que ante él deben pasar.

En tal sentido el notario panameño, al igual que el notario latino, actúa como asesor jurídico e informa a las partes sobre las formas y las consecuencias del negocio jurídico que va a celebrar.

Vale advertir aquí que desde el Congreso de Buenos Aires de 1948, de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) se establece que el notario (latino) es el profesional del Derecho encargado de una función pública, y que su función consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos; en tanto que en el Congreso de Río de Janeiro se concluyó que el notario latino es orientador de la ley para las partes y en caso de oscuridad le corresponde esclarecerla e interpretarla; y no está de más traer a cita que el Congreso de Guatemala concluyó que la función notarial latina consiste en el previo

asesoramiento de las partes acerca del medio jurídico más adecuado para los fines que persigue la calificación del negocio y su ajustamiento a derecho.

8

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO NOTARIAL PANAMEÑO

Nos importa ahora individualizar los principios rectores del Derecho Notarial, porque ellos constituyen la fuente orientadora del presente estudio y nos van a permitir entender el fenómeno jurídico que es el derecho notarial.

8.1. PRINCIPIO DE LA FORMA.

El ejercicio del Derecho trae consigo el ejercicio de las formas; y es que el ejercicio de un derecho presupone dos relaciones jurídicas distintas, pero subordinadas la una a la otra: y en donde la forma sirve al derecho sustancial como un mecanismo de eficacia; es la relación que hay entre el Derecho Procesal o Adjetivo (formal) y el Derecho Objetivo o Sustantivo (sustancial). En este sentido, la forma tiene por objeto la tutela de una relación sustancial.

En el Derecho Notarial esto se manifiesta en cuanto el ordenamiento jurídico establece, por una parte, la potestad de ejercer derechos: el derecho de contratación, el derecho de disposición, el derecho de testar, etc., todos ellos en el marco de la autonomía de la voluntad, mientras que, por otra parte, establece la obligación, so pena de nulidad, de ejercer esos derechos mediante el cumplimiento de formalidades y la comparecencia ante un notario que, en ejercicio de la función notarial, deberá dar fe pública de que en el ejercicio del derecho determinado se han cumplido las formalidades que la ley establece según la naturaleza de la declaración, acto o contrato.

Entonces, el Derecho Notarial atiende a dos aspectos fundamentales: al formalismo que debe cumplirse para el ejercicio del Derecho Sustantivo y al

acto mismo de naturaleza jurídica como consecuencia de la voluntariedad subjetiva.

Con razón ha dicho Cubides Romero que en el Derecho Notarial se regulan las formas propias de la función y por ello se le incorpora en el sector del Derecho Público Adjetivo¹³.

En la vida social y en el marco de las relaciones que derivan del Derecho Privado, esto es en aquellas que se fundan en la iniciativa privada, y que involucran las relaciones jurídicas entre los individuos y entre estos con el Estado, que tienen como fundamento jurídico la autonomía de la voluntad, su efecto no se agota en la generación de obligaciones, sino que sustentan las relaciones humanas y la vida en sociedad.

Vale establecer, entonces, que el principio de la forma en el Derecho Notarial se entiende desde dos puntos de vista: la forma interna y la forma externa; esto es el ejercicio de un derecho y las formas válidas para su eficacia en el seno de la sociedad.

8.1.1. La forma interna.

Cuando hablamos del principio de la forma en su sentido interno tenemos que revisar el asunto al que incumbe la forma interna; en este caso, nos referimos al acto notarial; pero es que tenemos que dilucidar, primero, que el acto notarial es un hecho o acto jurídico, esto es una de las formas del acto jurídico que se manifiesta en un negocio jurídico, lo cual pasamos a explicar.

8.1.1.1. Hecho jurídico.

Tanto los enciclopedistas como los doctrinarios coinciden en establecer que todo hecho productor de efectos para el Derecho se denomina “hecho jurídico”.

¹³ CUBIDES ROMERO, Manuel. **Derecho Notarial Colombiano**. Bogotá (Colombia): Ediciones de la Universidad Externado de Colombia, p. 119

El hecho jurídico, como hecho productor de efectos para el Derecho se puede dividir así:

8.1.1.1.1. Hecho natural o hecho en sentido estricto. Es el hecho de la naturaleza, productor de efectos jurídico o, dicho de otra manera, es el hecho del hombre que es re-levante para el Derecho, pero sin tenerse en cuenta la intervención de la voluntad que caracteriza la actividad humana.

En esta categoría de hechos se ubica, por ejemplo, la muerte de una persona que, aunque no depende, por regla general de su voluntad, produce efectos jurídicos; así como también, la enfermedad mental.

8.1.1.1.2. Acto jurídico. Cuando el hecho jurídico procede de la voluntad humana se denomina acto jurídico; por lo que, en consecuencia, el acto jurídico, según Cabanellas de Torres, ha sido definido como “el hecho dependiente de la voluntad humana que ejerce algún influjo en el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas”.

Es por ello que el acto jurídico se clasifica, entonces, según la relevancia que tenga en el Derecho el aspecto volitivo que lo determina, y así tenemos:

8.1.1.1.2.1. Hecho humano o acto jurídico en sentido amplio- Es el hecho del hombre producido con conciencia y voluntad; esto es, hecho humano voluntario, aunque con total independencia del contenido de la voluntad, el fin.

8.1.1.1.2.2. Acto jurídico en sentido estricto- Es el hecho humano simplemente voluntario, en que las consecuencias jurídicas se producen por la mera objetividad, por lo que también se habla de acto jurídico objetivo, lo que quiere decir que importa simplemente la voluntad con independencia del fin.

8.1.1.1.2.3. Negocio jurídico- Es el que produce efectos en el Derecho, aunque ya no por la simple actuación voluntaria, sino conforme a la orientación de la voluntad hacia un fin determinado.

La forma interna hace referencia al contenido mismo del acto notarial; y es que con el acto notarial se produce una manifestación formal constitutiva que genera la existencia de la relación sustancial contenida en el documento o

instrumento notarial; a la que también se puede explicar como formalidad “*ad substantiam actus*”.

Hay actos y contratos que la ley exige que consten en instrumento público (Art. 1728 C.C.); entonces, el incumplimiento de este requisito hace al negocio ineficaz. Se trata de un requisito “*ad substantiam actus*” porque se refiere a una manifestación formal constitutiva que hace eficaz la manifestación consignada en el instrumento notarial.

En este sentido, la comparecencia ante el Notario, como depositario de fe pública, para rendir el acto o contrato, con-juntamente con la expresión de la voluntad de la persona, constituyen el supuesto de hecho tutelado por el orden jurídico para que el acto o negocio produzca efectos jurídicos vinculantes. Así, la expresión notarial que dice la fe notarial significa el reconocimiento del supuesto fáctico necesario para que el acto o negocio jurídico nazca a la vida jurídica y produzca los efectos consignados por el ordenamiento jurídico.

8.1.2. La forma externa.

La forma externa como contenido del principio de la forma en el Derecho Notarial hace referencia a la aplicación de la teoría formal del instrumento público, para distinguirla de la forma interna o, dicho de otra manera, de la forma de constitución. En este sentido, se distinguen las formalidades procesales que el ordenamiento jurídico instituye como la forma de la intervención notarial y que equivale a la forma constitutiva del negocio; las ritualidades propias del acto o negocio. Cuando se habla de la «forma de la forma», no es más que un concepto que quiere distinguir entre formalidades de procedimiento y formalidades de constitución sustancial del acto o negocio.

Cuando en nuestro ordenamiento jurídico, y en particular el Derecho Civil, se establece la libertad de disponer de un derecho, como es el caso del derecho de testar, pero que el ejercicio de ese derecho establece, además, la obligación de comparecer ante notario a efectos de expresar esa voluntad en la forma de un instrumento público notarial, ello es un requerimiento de forma para alcanzar los efectos establecidos por la ley. Esto significa que el particular debe comparecer ante el notario para que su manifestación de voluntad se exprese

en la forma del instrumento público (escritura pública); sin el cumplimiento de las formalidades del instrumento público el acto no produce ningún efecto, no nace a la vida jurídica, y no alcanzará la finalidad establecida en la ley, y por lo tanto carece de eficacia jurídica.

En el caso de una obligación, como la que le impone a los funcionarios públicos la Ley 59 de 1999, de orden administrativo, esto es el caso de las declaraciones de bienes patrimoniales que presentan los funcionarios públicos al inicio y terminación de su gestión, y que esa declaración sea rendida ante notario bajo la forma de una declaración jurada notarial, para alcanzar los efectos establecidos por la ley, esto significa que el funcionario público debe comparecer ante el notario para que su declaración se eleve a instrumento público; sin el cumplimiento de las formalidades del instrumento público, el acto carece de eficacia jurídica.

En este sentido, la forma externa que debe revestir el acto o negocio jurídico formal es el “instrumento público” o “escritura pública” con valor equivalente al “documento público”, y a semejanza de los valores de convicción que en Roma tuvieron los “*instrumenta publica confecta*” e “*instrumenta publicae*”¹⁴.

Ahora bien, la producción de la escritura pública requiere de un procedimiento que significa el cumplimiento de formalidades que exige el ordenamiento jurídico notarial (Art. 1720 y s.s. del C.C.).

8.1.3. La formalización de un instrumento público.

El artículo 1715 del Código Civil hace referencia a la aplicación de la teoría del instrumento público por parte del notario y, en particular, a la aplicación del principio de la forma.

El texto del artículo 1517 a la letra expresa:

¹⁴ CUBIDES ROMERO, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 121

Artículo 1715. La recepción, extensión y autorización de las declaraciones, actos y contratos a que las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancia pública, conforme a la ley, están a cargo del notario público.

El procedimiento cronológico en la elaboración de un instrumento notarial lleva al cumplimiento de una solemnización que se refiere al cumplimiento de momentos sucesivos descritos como la rogación, recepción, extensión, otorgamiento y archivo.

8.1.3.1. Rogación.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “rogación” proviene del latín “*rogatío-onis*”, que significa acción de rogar; mientras que “rogar”, que deriva del latín “*rogare*”, significa pedir por gracia algo, instar con súplicas.

La rogación o requerimiento es la petición que hacen las partes al notario para recibir la prestación de sus servicios.

La rogación o requerimiento debemos entenderla en dos dimensiones:

a. Como desarrollo del interés privado de las partes; porque mediante la rogación o el requerimiento se regula la voluntariedad de los intereses de naturaleza privada que solo incumben a sus titulares, por lo que, en consecuencia, solo el titular puede disponer de su derecho.

b. Porque siendo el notario una persona natural en ejercicio de una función pública notarial, actúa solo a petición de parte interesada, y no tiene potestades coactivas.

Esto significa que el notario no actúa de oficio y no puede imponer el ejercicio de un derecho; no obstante, el notario sí puede obligar al cumplimiento de las formalidades propias de la declaración, acto o contrato. Así lo expresa el artículo 1739 del Código Civil que dice “los notarios responden de la parte formal y no de la sustancial de los actos y contratos que autorizan”.

La función notarial se cumple a petición de parte, he allí la importancia de la rogación.

8.1.3.2. Recepción.

La recepción es la formulación de voluntad que hacen las partes y que recibe y hace constar el notario en el instrumento público al decir, “comparecieron, personalmente”, o “a solicitud de parte interesada”, y a veces la recepción se entiende implícita en el documento, por ejemplo cuando se trata de una “diligencia de inspección notarial”, la cual se hace siempre a solicitud de parte interesada, pero en la que puede no ponerse el nombre de quien la solicita, lo que no impide que la diligencia se constituya en prueba preconstituída.

La recepción es, entonces, la interpretación que hace el notario de la expresión de la voluntad del interesado y su impresión al instrumento público notarial a satisfacción del interesado.

La formulación de la voluntad como contenido de la recepción debe producirse con entera espontaneidad. El notario solo llega hasta la asesoría y ser garante de la libertad en la expresión de esa voluntad.

En efecto, el vocablo recepción alude a una actitud pasiva del notario; y es que “recepción”, según el Diccionario de la Real Academia Española, deriva del latín “*receptio-onis*”, el cual significa acción y efecto de recibir; y “recibir” del latín “*recipere*”, significa tomar lo que le dan o le envían. Admitir, aceptar, aprobar algo. Esto es que mediante la recepción, el Notario recibe la voluntad que se le formula; no obstante, verificar el sentido de la voluntad expresada o de requerir la aportación de documentos y el relato de antecedentes necesarios.

A manera de conclusión, es imperativo establecer aquí, que el ordenamiento jurídico no le concede al notario iniciativa alguna en la formación y recepción de la voluntad, pues esta debe ser libre y espontánea de las partes y tiene el deber de oír sin apremio ni coacción, salvo para la necesidad de requerir documentos o referir antecedentes para perfeccionar la manifestación de voluntad y que el acto o negocio alcance la eficacia que pretende quien expresa la voluntad.

8.1.3.3. Extensión.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “extensión” (del latín “*extensio extensionis*”), significa: acción y efecto de extender; y “extender” (del latín “*extendere*”) es poner por escrito y en la forma acostumbrada una escritura, un auto, un despacho; o, también, hacer por escrito o de palabra la narración o explicación de algo; o, también, dicho de una cosa: alcanzar su fuerza, virtud o eficacia a influir u obrar en otra u otras.

En este sentido, es función del notario realizar la extensión del instrumento notarial; extensión que lleva implícito el deber de transcribir y hacer constar la narración y la manifestación que presentan las partes, incorporando los elementos formales que exige el orden jurídico; y sin dejar de incorporar todos los elementos que le son propios al acto o negocio jurídico que quieren las partes.

La extensión que hace el notario de la narración debe ser fiel, y es que lo que el notario eleva a escritura o instrumento público debe contener solo la voluntad del compareciente y solamente ella.

Al notario incumbe darle a la escritura o al instrumento público las formalidades que el acto o negocio requiere; así el notario debe cuidar de hacer constar su competencia y jurisdicción, la individualización del compareciente, la capacidad legal para actuar, el lugar y la fecha, el domicilio de los comparecientes, etc.

Es también contenido de la extensión, el deber del notario de establecer en la redacción de la escritura o instrumento público todos los elementos propios del acto o negocio jurídico o que correspondan a la naturaleza del contrato cuya instrumentalización solicitan los comparecientes y las circunstancias, además de los aspectos accidentales en que ellos con-vengan, siempre que no sean contrarios a la naturaleza del acto, negocio o contrato.

8.1.3.4. Otorgamiento.

Siguiendo al Diccionario de la Real Academia Española, “otorgamiento”, deriva de otorgar, que significa permiso, consentimiento, licencia, parecer

favorable. Acción de otorgar un documento, un poder, un testamento, etc. Escritura de contrato o de última voluntad. Parte final de documento, especialmente del notarial, en que este se aprueba, cierra y solemniza.

La importancia del otorgamiento, es que se trata del momento en que se conjugan el asentimiento que los comparecientes y el notario imparten al instrumento redactado. En este momento, en que se verifica la lectura de su contenido, las partes pueden desistir de su rogación y rechazar el documento, pero también pueden corregirlo o complementarlo o aclarar aspectos ambiguos, etc.

En el otorgamiento del instrumento notarial, que consiste precisamente en su elaboración, se garantiza la seguridad jurídica de los comparecientes, porque es el momento de defender y tutelar la libertad contractual y la autonomía de la voluntad de las partes.

Como parte del otorgamiento, corresponde al notario impartir la autorización de la declaración, acto o contrato cuya emisión se le solicita, y consiste en la declaración que el notario hace constar en el instrumento notarial en el sentido que todo ha ocurrido como aparece narrado en él.

Es mediante el otorgamiento que el notario expresa el ejercicio formal de la fe pública notarial, lo que le imprime fuerza ejecutoria a la declaración, acto o negocio contenido en el instrumento, manifestándose en autenticidad.

La formalización del instrumento notarial concluye con las firmas de los otorgantes, de los intervinientes a otros títulos (testigos) y del notario que da fe, con lo cual se completa el proceso de solemnización y adquiere existencia legal.

8.1.3.5. Archivo.

Cumplido el proceso de solemnización del instrumento notariado, el protocolo, que es el expediente que contiene la substanciación del instrumento, se incorpora al registro o archivo de protocolos de la notaría, que es el espacio

dis-puesto por el notario a imperativo de la legislación notarial para la guarda y conservación de los instrumentos otorgados por el notario.

La importancia del archivo radica en la guarda y conservación de los originales de los instrumentos para efectos de cumplir con la publicidad y la comunicación que requieran los ciudadanos, las partes y las autoridades en salvaguarda de la seguridad jurídica, lo cual se manifiesta en el conocimiento externo mediante la expedición de copias, certificaciones, cotejos, referencias y otras actuaciones con valor de autenticidad.

8.2. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “inmediación” es “cualidad de inmediato”; mientras que “in-mediato” (del latín “*inmediátus*”) significa “contiguo o muy cercano a algo o alguien”.

Adecuando esta definición al Derecho Notarial y haciendo al principio de inmediación, significa la presencia física, directa e inmediata de las personas y las cosas ante el notario para hacer que la comunicación directa y cierta genere la autenticidad de la declaración, acto o contrato.

Siguiendo a Cubides Romero:

“... este principio ha operado históricamente y se halla implícito en las novelas y en los demás cuerpos legislativos anteriores a la Constitución de Maximiliano I, al exigir de los tabeliones o escribanos que actuaran personalmente en presencia de las partes y testigos. Pero es en la sobredicha Constitución en donde expresamente se establece la importancia de la percepción sensorial, según aparece de la siguiente disposición: *Guárdense también los Notarios al escribir en su protocolo o al redactar un instrumento poner ninguna relación, por fidedigna que sea, que no hayan presenciado u ocurrido ante ellos, y los testigos presentados acerca de tal fin, ni aquellas cosas acerca de las cuales no ha si-do requerido al tiempo de otorgarse el acto, y no antes ni después, y también aquello que no haya percibido con sus sentidos corporales, pues su oficio y su autoridad no se extienden a otras cosas. Pero en estos sentidos ha de haber una distinción, pues en la vista y en el oído basta que el Notario, en presencia del testigo, vea y oiga*¹⁵.

¹⁵ **Ibíd.**, p. 125

La intermediación en cuanto a las personas se manifiesta en la comparecencia ante el Notario, ya que de esa manera le conoce, le escucha, le pregunta y hace juicios de valoración; mientras que en cuanto a las cosas la intermediación se manifiesta en la exhibición, pues así constata su existencia real y efectiva.

8.2.1. Importancia de la comparecencia en la intermediación.

Si hemos dicho que la función notarial no tiene poder coercitivo, como en efecto así es, porque se trata de una jurisdicción voluntaria y la jurisdicción voluntaria se fundamenta en la autonomía privada, entonces, la función notarial solo se ejerce a solicitud de parte privada, con excepción de la instrucción que imparten los jueces de circuito en los casos de elevar a escritura pública una sucesión intestada, una adopción, etc.

No obstante, desde otro punto de vista, la importancia de la comparecencia personal es indispensable para solicitar la actuación del notario y se fundamenta en la fe pública de la cual es depositario el notario, y así se cumple con el principio de intermediación.

En la práctica, en la comparecencia ante notario se manifiestan dos tipos de fe:

8.2.1.1. La Fe de Conocimiento.

El notario debe dar fe de conocer a los comparecientes, no puede dar fe de la actuación de alguien a quien no conoce, y en este aspecto se entiende por conocer que el notario vea a la persona, que se cumpla con el principio de intermediación.

En efecto, el que comparece ante notario, primero debe identificarse para luego proceder a expresar su voluntad libre de apremio, amenaza y coacción en presencia del notario, no puede hacerlo por interpuesta persona, a no ser la excepción de la representación por poder en los casos que la ley lo permita.

Es por ello que el artículo 1738 del Código Civil establece la obligación de que el notario conozca al que solicita la prestación de su servicio.

Artículo 1738. El notario debe conocer a las personas que le pidan la prestación de su oficio; si no las conoce, no deberá prestárselo a menos que se le presenten dos personas conocidas y de buen crédito, en quienes concurran las otras cualidades exigidas para los testigos instrumentales, que aseguren conocer a los otorgantes, y que se llaman como estos expresan. Estas personas se denominarán testigos de abono. En el instrumento se hará mención de esta circunstancia, nombrando a los testigos de abono, quienes suscribirán el instrumento con los otorgantes, los testigos instrumentales y el notario.

No puede, entonces, el notario dar fe de la actuación de persona alguna que no ha comparecido ante él, a no ser que concurran testigos de abono, en los términos del artículo 1738.

8.2.1.2. La Fe de Identidad.

Al dar fe de que conoce al compareciente debe exponer, en la parte introductoria del instrumento notarial, si es hombre o mujer, la mayoría de edad, la nacionalidad, estado civil, ocupación, si entiende o no el idioma, capacidad legal para actuar, libertad, conocimiento y domicilio, y con tal finalidad puede el notario pedir al compareciente cualquier documento que estime conveniente para establecer su identidad.

Como efectos de la comparecencia ante notario para solicitar los servicios, y una vez que el notario ha decidido prestar sus servicios, en la substanciación del instrumento notarial debe proceder a identificar al o los comparecientes. Así lo establece el artículo 1743 del Código Civil.

Artículo 1743. Por regla general los instrumentos que se otorguen ante notario contendrán: el número que les corresponde en la serie instrumental; el lugar y fecha del otorgamiento; la denominación legal del notario por ante quien se otorga; los nombres y apellidos, sexo, estado, edad, naturaleza y domicilio de los otorgantes, o de sus representantes legales ...”.

La descripción de la identidad de los comparecientes es una acreditación previa a la constancia de la expresión de la voluntad; es decir que en la sustanciación de instrumento, el notario debe proceder, primero, a acreditar la identidad del o los comparecientes que han pedido sus servicios para luego proceder a hacer constar la voluntad que mediante el instrumento se quiere

expresar, para luego proceder a consignar las correspondientes firmas en el instrumento.

Ahora bien, si en materia notarial, en cuanto a las personas, el supuesto fáctico tutelado por el orden jurídico es la comparencia voluntaria, como en efecto así es; y en cuanto a las cosas, también el supuesto fáctico tutelado es la exhibición, entonces, toda la actividad notarial se fundamenta en un supuesto fáctico (hecho), mediante el cual el notario puede ver, escuchar y verificar el relato de las personas y la realidad de las cosas que se le piden o se le ponen de presente; y es que, en efecto, en ello se fundamenta la autenticidad y la fe notarial, lo cual se sintetiza en la fórmula «por ante mí, el notario, que doy fe».

8.3. PRINCIPIO DE NOTORIEDAD.

Siguiendo el Diccionario de la Real Academia Española, “notorio” (deriva del latín “*notorius*”) significa público y sabido por todos, claro, evidente.

En Derecho Notarial, la notoriedad se refiere a un principio rector que se fundamenta en el imperativo de incorporar en el instrumento notarial hechos no individualizados por la percepción del notario sino conocidos por él o acreditados mediante documentación, que guardan relación con requisitos de legitimación o representación.

8.4. PRINCIPIO DE UNIDAD DEL ACTO FORMAL.

La definición de “unidad” (que deriva del latín “*unitas*”) que nos da el Diccionario de la Real Academia Española es unidad de todo ser, en virtud de la cual no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere; mientras que “acto” (que deriva del latín “*actus*”) es “acción”, y “acción” puede entenderse en dos acepciones: como ejercicio de la posibilidad de hacer, o como resultado de hacer. Celebración pública o solemne. En tanto que “formal” (del latín “*formalis*”) nos lo define el mismo diccionario como un adjetivo perteneciente o relativo a la forma. Que tiene formalidad. Dicho de una persona sería, amiga de la verdad y enemiga de chanzas; mientras que “forma” (del latín “*forma*”) significa la configuración externa de algo, modo de proceder en algo.

Se refiere a que la instrumentalidad de la declaración, acto o negocio, aun cuando se aplica un procedimiento formal, tiene la propiedad de un todo, y es contenido de un acto formal, contentivo de una acción de hacer que produce un resultado, cual es la producción de un instrumento público notarial que da vida jurídica a una declaración, acto o negocio en expresión de la autonomía privada.

Atendiendo al principio de formalidad, la unidad del acto implica la efectiva oportunidad de que se produzca un intercambio real y cierto del consentimiento de las partes; siendo parte de su contenido la lectura del texto, la explicación de su contenido y el conocimiento de las consecuencias que implica el negocio.

8.4.1. La unidad del acto formal puede ser esencial, natural o accidental.

La legislación y la doctrina nos hablan de la cuestión esencial, natural y accidental en que puede manifestarse la unidad del acto formal, atendiendo a que la ley, declaración, acto, negocio o contrato exija su concurrencia; o que sea un atributo que naturalmente aportan las partes a la solemnización; o que se produzca como un accidente pactado. No obstante, cualquiera sea el caso, es un acontecimiento previsto en el ordenamiento jurídico para la validez del instrumento o del negocio.

8.4.1.1. Cuando la unidad del acto formal es esencial.

La unidad del acto formal es esencial cuando toda la solemnidad del instrumento notarial debe cumplirse de manera concentrada en presencia de todos los intervinientes; esto es que el acto o negocio se consagra en presencia de los comparecientes, del notario y los testigos.

Hay actuaciones notariales o negocios que, ya porque el ordenamiento jurídico así lo establece o porque la naturaleza del acto así lo requiere, es esencial que se cumpla en unidad de acto en presencia de las partes. Es así como se entiende el contenido de los artículos 726, 727 y 731 del Código Civil, y como si fuera poco, el artículo 719 establece la nulidad del testamento dictado

incumpliendo las formalidades expresa-mente establecidas en el Código Civil, para la materia testamentaria.

En efecto, el testamento abierto exige de concentración y unidad de acto, cuando en los artículos 726 y 731 del Código Civil se establece que el testamento abierto deberá ser otorgado ante el notario y tres testigos, en unidad de acto, cuyos textos a la letra expresan:

Artículo 26. El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales, uno, a lo menos, sepa y pueda escribir.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en este mismo capítulo.

Artículo 731. Todas las formalidades expresadas en este capítulo se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero.

El Notario dará fe, al final del testamento, de haberse cumplido todas las dichas formalidades y de conocer al testador o a los testigos de conocimiento en su caso.

En concordancia, el artículo 719 del mismo Código Civil establece que “será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este Título”.

En el otorgamiento de un testamento abierto podemos hablar de preámbulos, que viene a ser la preparación del documento e, incluso, la aportación de los elementos que sustentan el protocolo, pero lo que constituye, propiamente el acto de otorgamiento, es el momento cuando el testador comparece ante el notario y los testigos para expresar su voluntad; es por ello que las normas precitadas establecen que el testamento será otorgado, leído en voz alta, en presencia del testador, del notario y los testigos.

En lo que corresponde al testamento cerrado, el artículo 739 del Código Civil establece, en su numeral 2, que: “el testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto, ante el notario que haya de auto-rizarlo, y tres testigos idóneos, de los cuales dos, al menos, han de poder firmar”; se trata de consumir el hecho de que el testador, de manera personal, presenta al notario y los testigos un escrito cerrado,

declarando en voz alta, y de manera que el notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan, que el escrito que presenta contiene su testamento.

8.4.1.2. Cuando la unidad del acto formal es natural.

La unidad del acto formal es natural cuando la comparecencia personal ante el notario no está condicionada a la concurrencia conjunta de las partes, como un elemento esencial del negocio; sino que se impone el consentimiento, el cual puede expresarse en forma conjunta, pero también sucesiva o en momentos diferentes, personalmente o por apoderado.

Con razón dice Cubides Romero, que es un elemento natural o de la naturaleza del negocio cuando la presencia simultánea de las partes y su actuación conjunta ante el notario no se exigen esencialmente, como en el caso del testamento abierto, sino que puede ser sucesiva o en momentos diferentes, siempre que exista unidad del notario y consentimiento expreso y coincidente sobre un texto único y suficientemente conocido por los contratantes y expresivo de la voluntad previamente emitida ante el notario, antes de la redacción o extensión por escrito¹⁶.

En efecto, el artículo 1109 del Código Civil patrio establece que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento...”, a excepción de los que además el ordenamiento exige su constancia por escrito, con las condiciones y la determinación del objeto.

En tanto que el artículo 1113 del Código Civil establece que “el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”.

La unidad del acto formal, entonces, es natural cuando la naturaleza del negocio no exige, como cuestión esencial, la presencia y actuación conjunta de

¹⁶ CUBIDES ROMERO, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 127

las partes para manifestar su voluntad expresa, sino que esta puede manifestarse en momentos sucesivos o distintos, siempre que el notario pueda dar fe del consentimiento expreso y coincidente sobre las condiciones y la determinación del objeto del negocio.

De lo que se trata, entonces, es que en el Derecho Notarial impera el principio de la unidad del acto formal, que es la comparecencia y actuación conjunta de las partes ante el notario para la manifestación de la voluntad, lo cual se constituye en esencia del asunto cuando la ley o la naturaleza del negocio así lo exige, pero cuando la ley o la naturaleza del negocio no la exige, se entiende que es natural, y entonces la unidad del acto formal puede cumplirse en momentos sucesivos o distintos, siempre que el notario pueda dar fe del consentimiento expreso y coincidente sobre las condiciones y la determinación del objeto del negocio.

8.4.1.3. Cuando la unidad del acto formal es accidental.

Atendiendo a la naturaleza del negocio, las partes pueden acordar la desconcentración del acto o negocio, de manera que se produzca la unidad formal del acto, pero que tal evento se consuma de manera accidental; esto es que tanto la oferta como la aceptación, como contenido del consentimiento sobre la cosa y la causa del negocio, se produzcan en momentos distintos, pero previamente pactados y establecidos.

La doctrina del Derecho Notarial prefiere hablar de unidad del acto formal accidental; no obstante, tal vez “accidental” no sea la expresión más feliz, y pudiéramos hablar mejor de “condición”, esto sería unidad del acto formal sujeto a condición; porque en realidad de lo que se trata es que las partes acuerdan que la comparecencia y actuación conjunta para manifestar la aceptación se produzcan en momentos distintos sujetos al cumplimiento de determinadas condiciones.

Es por ello que el artículo 1112 del Código Civil establece que no hay contrato, sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes;

2. Objeto cierto que sea materia del contrato;
3. Causa de la obligación que se establezca.

Es decir, que deben concurrir estos elementos, de manera indefectible, para que estemos en presencia de un negocio jurídico válido y reconocido por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, establecida la causa y el objeto, pero de conocimiento por todos los que en el negocio participan, el consentimiento se puede establecer por adhesión.

Comenta Cubides Romero que se trata de un elemento accidental cuando se pacta la falta de unidad formal del acto según el tipo de contrato, como ocurre con los reglamentos de la propiedad horizontal, de la constitución de sociedades con posibilidad de ingreso de nuevos socios luego de la constitución y, en general, en todos los casos de adhesión en que la voluntad y la forma están previstas para que sean aceptadas por el adherente posteriormente a la emisión y, por ende, no habrá unidad en la formación y otorgamiento, aun-que se mantiene la confluencia de las voluntades sobre un mismo contenido y una misma forma¹⁷.

Establecer pactos para la manifestación del consentimiento sin que éste se concrete en concentración y unidad del acto formal no es causal de nulidad de los contratos, siempre y cuando la naturaleza del negocio así lo permita. A ello se debe el texto del artículo 1129 del Código Civil, sobre la eficacia de los contratos, cuando dice que “los contratos serán obligatorios siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez”; es decir, que se pueden pactar términos y condiciones en la celebración del negocio.

8.5. PRINCIPIO DE LA “MATRICIDAD” O PROTOCOLO.

En la antigüedad, los hebreos eran celosos conservadores de los escritos que guardaban relación con los asuntos de interés interpersonales y sociales; los griegos practicaron el arte de archivar los contratos para prueba de las obligaciones; los romanos instituyeron los funcionarios tabulares (tabularios), que en la práctica se constituyeron en verdaderos archiveros de las

¹⁷ Ídem.

obligaciones privadas, y antecedentes del notario moderno, y hoy somos parte de un sistema de notariado latino, derivado directo del sistema romano.

Con razón, que las prácticas de las sociedades antiguas mediante las cuales se conservaban las notas y los escritos que probaban las obligaciones privadas, viene a ser el antecedente inmediato de codificaciones como el Fuero Real español y las Partidas de Don Alfonso el Sabio; las cuales fueron las primeras codificaciones en donde se instituyó el mandato de guardar en archivos los escritos constitutivos de la contratación privada.

Hasta la Constitución de Maximiliano I, el proceso de formación del instrumento partía de la anotación de las declaraciones de las partes en minutas por medio de "notas"; y cuando era necesario demostrar la existencia y contenido del contrato, el escribano procedía a elaborar la "carta" tomándola de los apuntes o anotaciones de su archivo y oyendo para ello a los testigos presenciales de los pactos¹⁸.

No es sino hasta el Estatuto de 25 Ventoso y luego en la Novísima Recopilación española en donde, por primera vez, y con propiedad, se estableció la obligación de hacer el protocolo, con la intervención de las partes, y conservarlo en archivo, con las escrituras redactadas, ordenado cronológicamente.

Con la institución del protocolo surge el desarrollo del concepto de la fe notarial a partir del Siglo XII, y aunque el valor probatorio del instrumento notarial estuvo por largo tiempo asimilado a la idea de fe judicial, con la aparición de la Ley de Ventoso y las legislaciones de 1803 y 1805, esto es a comienzos del Siglo XIX, se separó la fe judicial de la fe notarial o extrajudicial; entendiéndosele como el ejercicio de la fe pública ejercida por un particular en calidad de notario.

Si el Notario es el depositario de la fe pública notarial, como en efecto así es, entonces, el protocolo, que es el producto de su actividad, es parte necesaria de la fe notarial.

¹⁸ **Ibíd.**, p. 128

En efecto, la calidad de notario es una investidura que otorga el Estado a un particular para que a su nombre y re-presentación, garantice la seguridad jurídica ante el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los particulares y entre estos y el Estado, en cumplimiento de las formas preestablecidas por el ordenamiento jurídico y la costumbre para la realización de declaraciones extrajudiciales, actos y negocios jurídicos, todo lo cual se acredita mediante documentación escrita, producida, autorizada y firmada por el notario y todos los que intervienen en su otorgamiento, cuyo original adquiere la condición de un documento público inviolable bajo la custodia del notario, que produce certeza de su contenido y constituye un medio de prueba y de comunicación entre las partes y hacia los miembros de la sociedad en general.

Siguiendo a Cubides Romero, si la fe notarial es:

“... una investidura que produce autenticidad y fuerza ejecutoria, al instrumento y al negocio y está concedida a un particular o profesional no dependiente del Estado, es porque la autonomía de la voluntad y su poder vinculante reposan vívidamente en el original intervenido, autorizado y firmado por las partes y el notario y porque las copias o traslados de ese original que sirven de medio de conocimiento y de prueba, tienen el original inviolable como fiel de comparación para fundar la autenticidad en la inutilidad de falsificación o adulteración”¹⁹.

El principio de la «matricidad» o del protocolo, abarca la acreditación del cumplimiento de las formalidades internas y externas del instrumento notarial; y a tal efecto, importa el tipo de papel, el cual debe ser el que el ordenamiento jurídico establece como de uso notarial y sin perjuicio del empleo de papel común para la acreditación de hechos y circunstancias que forman el instrumento; así como las particularidades de la forma de la escritura; lo relacionado con las correcciones que las partes hayan acordado, las cuales deben mostrar el salvado respectivo; así como la preservación, enumeración del instrumento y el correspondiente foleo, índices, relatarías, notas de referencia y cancelaciones.

¹⁹ Ídem.

Ahora bien, este principio rige fundamentalmente para los instrumentos notariales amparados en protocolos, esto es, propiamente, las escrituras públicas; y hace excepción de las actuaciones notariales que no requieren de archivo, sino que se cumplen por ventanilla, porque solo requieren de la verificación de autenticidad por parte del notario.

8.6. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

En principio, todas las actuaciones notariales están reguladas por el Derecho o permitidas por el ordenamiento jurídico y adecuado a éste.

El principio de legalidad alcanza al “Derecho Notarial Objetivo”, al “Derecho Notarial Subjetivo o formal”, y la actividad convencional notarial.

8.6.1. La legalidad objetiva.

La legalidad objetiva del Derecho Notarial se refiere al Derecho Notarial Objetivo o, también, Derecho Notarial Material, esto es la norma jurídica misma en cuanto es derecho positivo y en cuanto contiene el imperativo (requisito) de que se debe cumplir con una manifestación formal constitutiva (Ejemplo: comparecencia personal en unidad de acto para otorgar testamento abierto) para generar la existencia válida y eficaz de la relación sustancial como contenido del instrumento notarial; es lo mismo que hablar de la formalidad o solemnidad “*ad substantiam actus*”.

8.6.2. La legalidad subjetiva o formal.

La legalidad subjetiva o formal del Derecho Notarial se refiere al cumplimiento de las formalidades propias de la función notarial, al que también se le puede denominar Derecho Notarial Procesal, porque regula las ritualidades propias para producir el instrumento.

En este sentido, el notario debe cumplir y hacer cumplir las normas que regulan las ritualidades propias de los instrumentos y la forma de los negocios que requieren de la fe notarial.

En efecto, el cumplimiento de las normas que imponen requisitos formales deben ser cumplidas por el notario o hacer que los usuarios de sus servicios las cumplan, por ello constituye la seguridad jurídica de que solo cumpliendo con las formas establecidas para todos es posible crear, modificar o extinguir determinadas relaciones jurídicas.

8.6.3. LA LEGALIDAD CONVENCIONAL.

Es función del notario asesorar jurídicamente a las partes en el sentido de adecuar la expresión de la voluntad a las formas esenciales o naturales de la declaración, acto o negocio.

Advierte el artículo 1739 del Código Civil que “los notarios responden de la parte formal y no de la sustancia de los actos y contratos que autorizan...”.

Modernamente no toda la actuación notarial está establecida en la ley o prevista en el ordenamiento jurídico de manera detallada en cuanto al cumplimiento de las formas; por lo que también la jurisprudencia y la doctrina pueden establecer prácticas notariales relacionadas con formas que debe revestir la manifestación de la voluntad. Corresponde, entonces, al notario impartir el consejo que sea necesario para redactar el instrumento cumpliendo con la legalidad de los instrumentos notariales o la actividad notarial.

8.7. PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO.

En nuestro ordenamiento jurídico, la autonomía privada es fuente constitutiva de las relaciones entre personas, siempre que se cumpla con las previsiones del ordenamiento.

El consentimiento manifestado mediante una declaración o comportamiento predeterminado por el ordenamiento crea las relaciones privadas según el sentido de la expresión de su voluntad.

Entonces, el notario encauza el ejercicio de su función atendiendo a los dictados del ordenamiento jurídico, ya sea en cumplimiento de formalidades solemnes, o recibiendo la comparecencia espontánea y personal de los

interesados, garantizando la expresión de la autonomía de la voluntad sin vicios ni error.

La razón de que en normas de Derecho Positivo el legislador haya establecido que para que una declaración, acto o negocio produzca efectos legales debe realizarse en cumplimiento de formas solemnes, es la manera como el ordenamiento jurídico garantiza la autenticidad y la libertad de las declaraciones voluntarias o extrajudiciales; y el garante de esa seguridad jurídica es el notario, cuya función también está establecida en normas de Derecho Positivo, al que la ley limita su accionar a la voluntariedad de las partes.

8.8. PRINCIPIO DE FE PÚBLICA O AUTENTICIDAD.

“Autenticidad”, según el Diccionario de la Real Academia Española, es calidad de auténtico; en tanto que “auténtico” es acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren. Certificación con que se testifica la identidad y verdad de algo.

La autenticidad es el efecto de certeza que imprime el notario con su sello y firma en los documentos de que lo que se hace constar por él es verdadero.

Fe pública, según el Diccionario de la Real Academia Española, es la autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para que los documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero mientras no se haga prueba en contrario.

La afirmación de autenticidad que se deduce del sello notarial es un enunciado de la calidad probatoria del instrumento notarial; que es un documento auténtico; esto es que tiene un autor cierto, que las declaraciones son ciertas, que el hecho es cierto que ocurrió, que la manifestación de voluntad en efecto se dio en cumplimiento de las formas preestablecidas en el ordenamiento jurídico, lo que produce, como consecuencia, un documento público.

El notario realiza una actividad esencialmente documental. Toda su actividad gira en torno a hacer constar o dar fe de un hecho o manifestación de voluntad; y esa constancia o fe que expresa el notario lo hace a través de la forma documental, levantando un acta notarial para hacer constar un suceso, acontecimiento o hecho o el reconocimiento de que se han cumplido las formas establecidas por el ordenamiento jurídico para la manifestación de la voluntad mediante «escritura pública».

En efecto, mediante la actuación del notario se quiere dejar constancia de un acontecimiento; entonces, se trata de documentar el hecho o la manifestación de voluntad o de dar autenticidad a un documento. Esto no hace excepción de las intervenciones del notario destinadas a no permanecer en su archivo, como las autenticaciones o reconocimientos de documentos privados, declaraciones juradas notariadas, fe de vida, etc.

El instrumento notarial implica, por una parte, la forma constitutiva del negocio formal y, por otra, el cumplimiento de las formas externas establecidas por la ley para el perfeccionamiento del negocio; pero además el instrumento notarial representa la expresión auténtica de las declaraciones atribuidas a los otorgantes y lo cual se reconoce así por la credibilidad que deriva de la fe notarial que le imprime el notario con su sello y firma.

8.9. PRINCIPIO DE LA BUENA FE.

8.9.1. Definición-

El principio de buena fe notarial consiste en la disposición del notario de actuar convencido de que quien realiza un acto o negocio jurídico, en su presencia, lo hace exponiendo la verdad, de manera lícita y justa.

8.9.2. Importancia práctica.

La importancia de este principio en el ejercicio de la función notarial deriva de la importancia que la buena fe tiene en materia de contratos y obligaciones, de derechos reales y de posesión, que son negocios jurídicos que se celebran ante el notario, sin soslayar la buena fe que el notario debe

dispensar al usuario que comparece por ventanilla a realizar atestaciones en documentación privada y cotejos de documentos públicos y privados.

Es por ello que Manuel Ossorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales dice que la buena fe es:

"Convencimiento, en quien realiza un acto o hecho jurídico, de que éste es verdadero, lícito y justo. El concepto tiene extra-ordinaria importancia en materia contractual y de derechos reales (propiedad, posesión, servidumbres, etc.), así como también en materia de prescripción".

En tanto que para Cabanellas de Torres, en su Diccionario Jurídico Elemental, por buena fe debe entenderse:

"Rectitud, honradez, hombría de bien, buen proceder...".

Para Virviescas, en la doctrina colombiana:

"...aplica el Notario este principio al presumir la buena fe de los usuarios que al momento de hacer sus declaraciones, realizar actuaciones y presentar documentos no pueden ser objeto de corroboraciones, pruebas o requisitos adicionales, pues el funcionario debe creerles sin más exigencias que las que la ley exige"²⁰.

En otro sentido, explica Virviescas que cuando los comparecientes van a otorgar una escritura pública de compraventa y le manifiestan al notario que el precio es una suma determinada, que el vendedor es el propietario del inmueble, el notario les creerá y no exigirá prueba alguna de que estas manifestaciones son ciertas, y por lo tanto no está facultado para pedir avalúos, constancias de que el precio se pagó o el certificado de libertad y tradición del inmueble²¹.

8.9.3. Fundamento ideológico.

²⁰ VIRVIESCAS CALVETE, Alirio. **Principios del Derecho Notarial**. Bogotá (Colombia): Ediciones Nueva Jurídica, 2005, p. 117

²¹ **Ídem.**

La buena fe es un atributo que debe presumirse en el desarrollo de las actividades normales del ser humano, incluso en aquellos hechos que deben producir efectos jurídicos.

En efecto, la buena fe está presente en los actos y negocios jurídicos o contratos que las personas realizan, como en la compra-venta, en el otorgamiento de créditos, en la entrega y la prestación de bienes y servicios, en la posesión, lo cual se desprende de un extenso articulado del Código Civil que regula la buena fe en los negocios jurídicos, entre los cuales podemos referir a los artículos 373, 377, 418, 419, 421, 437, 1281, 1639, 1641, 1687, 1688, 1694; y es por ello que encuentra sustentación que intervenga el Notario, como el depositario de la fe pública notarial, para revisar que se cumpla con las formalidad de todos aquellos negocios jurídicos que según la ley lo requieran, y dar fe y constancia pública como medio de garantizar la seguridad jurídica.

En este sentido, vale traer a cita el artículo 214 del Código de Comercio de la República de Panamá, el cual a la letra expresa:

Artículo 214. Los contratos de comercio se ejecutarán de buena fe, según los términos en que fueren convenidos y redactados, atendiendo más que a la letra de los pactos, a la verdadera intención de los contratantes.

Las palabras deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aunque alguno de los contratantes pretenda que las ha entendido de otro modo.

En la actuación del notario, al amparo del principio de buena fe, y al ser el Derecho Notarial un derecho voluntario, y el ejercicio de la función notarial, se refrenda la buena fe con que se presumen actúan los particulares en sus relaciones humanas cotidianas, lo que conforme a la autonomía de la voluntad fortalece la seguridad jurídica en el Estado de Derecho.

Con razón dice Virviescas que:

“... el notario aplica directamente el principio de la buena fe en muchos casos, como cuando recibe las declaraciones de los usuarios para extender una escritura pública, o una declaración jura-mentada o una diligencia de reconocimiento de contenido y firma, diligencias de conciliación, en las cuales no cuestiona al declarante, ni se negará a darle el servicio por dudar que no esté diciendo la verdad”²².

²² **Ibíd.**, p. 119

En la concepción ideológica del Estado moderno en que la soberanía radica en la voluntad ciudadana y la voluntad ciudadana tiene su sustento en la autonomía de la voluntad los actos tanto de los particulares y las autoridades públicas deberán adecuarse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en toda actuación que los particulares hagan ante las autoridades públicas; con razón que el artículo 18 de la Constitución Política nos dice que:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de las Leyes. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extra-limitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas”.

El artículo 18 de nuestra Constitución consagra la libertad civil, esto es que los particulares solo pueden hacer todo lo que las leyes no les prohíban; y en materia de contratos dice el artículo 1109 del Código Civil que:

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley...”.

Resulta, entonces, que el principio de la buena fe es fuente y pilar del Derecho Notarial, en el cual descansa el ejercicio de la función pública notarial toda vez que el notario carece de poder coercitivo y su actuación responde al querer de las partes, quedando limitado al cumplimiento de las formas y solemnidades que, para el acto o contrato de que se trate, establece el ordenamiento jurídico.

9 DE LA FE PÚBLICA A LA FE NOTARIAL

9.1. LA FE PÚBLICA.

El Diccionario de la Real Academia Española, de manera amplia, define la fe pública como la autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para que los documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sean tenidos por verdadero mientras no se haga prueba en contrario.

Partiendo del latín “*facere*” (hacer), dijo Cicerón que “*fides*” es “*quia fat quod dictum est, appellata est fides*”; esto es que la fe es la aceptación de verdad, como medio de conocimiento y de convencimiento, porque se hace lo que se dice.

Hay una elemental diferencia entre fe pública y fe pública notarial; la idea de fe pública se aplica, en efecto, al funcionario público que por condición de su cargo es depositario de la fe pública dentro de la estructura orgánica del estado o de sus dependencia e instituciones centrales y descentralizadas para la publicidad de los actos administrativos y, que, en consecuencia, deriva un salario por el ejercicio de las funciones públicas que desempeña; mientras que la idea de fe pública notarial se aplica, exclusivamente, a quien ejerce la función notarial y que, por la tradición del sistema de notariado latino, no forma parte ni de la estructura del Estado ni cobra emolumentos por parte de estado, pero que por ley ejerce la función pública notarial; y es que el régimen jurídico aplicable a uno y otro funcionario varia como, también, el concepto de funcionario público.

La fe pública, entonces, es la verdad oficial, que se impone como un imperativo jurídico de presunción legal de verdad sobre los hechos o actos sometidos al amparo de aquellos funcionarios que la ley les reconoce esa facultad. Desde este punto de vista hay varias clases de fe pública, así:

9.1.1. Fe pública administrativa.

Es la facultad que se reconoce a las personas de Derecho Público, esto es a los funcionarios de la administración pública del Estado, que forman parte de la estructura administrativa de los poderes públicos del Estado, de dar autenticidad a los hechos y a los actos que se realizan en función de gobierno.

9.1.2. Fe pública judicial.

Es la fe pública que se deriva del ejercicio de los poderes jurisdiccionales, en función de administrar justicia.

En este sentido, los fedatarios serán los magistrados, jueces y secretarios de tribunales y juzgados conforme a las disposiciones de la Constitución y las leyes.

9.1.3. Fe pública registral.

Es la que se deriva de la actuación del Registro Público, mediante la inscripción para su publicidad de los actos o con-tratos que la ley exige deban cumplir con tal procedimiento.

9.2. FE PÚBLICA NOTARIAL.

Es la que se deriva del ejercicio de la función notarial, la cual en nuestro país cumple el notario conforme a las facultades previstas por el Código Civil y las leyes administrativas.

Con razón, el artículo 1727 establece que:

“En el notario deposita la ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante el deben pasar, y su confianza respecto de los documentos que se ponen bajo la custodia del mismo notario...”.

En efecto, si el notario es depositario de la fe pública, como en efecto así lo es, para los actos y contratos que la ley establece deben llevar su refrendo para surgir a la vida jurídica; entonces, el notario ejerce la fe pública notarial en base al principio de delegación que, conforme al artículo 2 de la Constitución, el Estado le delega a un particular, el cual actúa en representación del Estado para la actividad reglada por ley.

9.2.1. La fe pública notarial y el documento público.

El Libro de Procedimiento Civil del Código Judicial, en su artículo 836, le reconoce valor probatorio al instrumento público, según las reglas de la sana crítica; y es que, en efecto, el instrumento público debe producir certeza sobre su contenido, pero la certeza se obtiene como consecuencia de un proceso lógico dialéctico, cual es el método de conocimiento de la sana crítica, porque se funda en hechos y circunstancias conocidos que llevan a la convicción.

El artículo 385 del Libro de Procedimiento Civil establece que

“Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo haya firmado, elaborado u ordenado elaborar. El documento público se presume auténtico, mientras no se pruebe lo contrario mediante tacha de falsedad”.

En este sentido, la escritura pública es un documento auténtico porque presenta certeza sobre la persona que lo manda a elaborar, que comparece y firma, y por el notario, que en función notarial, da fe de haber cumplido con todas las formalidades que el ordenamiento jurídico establece para su otorgamiento; pero, además, porque por expreso mandato normativo está amparado por una presunción *iuris tantum*, esto es que se presume auténtico mientras no se pruebe lo contrario; y la determinación de falsedad de un documento público no es un criterio subjetivo de juzgador o autoridad alguna, sino el resultado de un proceso judicial de anulabilidad del documento.

Siguiendo la definición que de fe pública nos ofrece el Diccionario de la Real Academia Española, y atendiendo a la concepción de poder público que deriva del artículo 2 de la Constitución Política, así como del artículo 1727 del Código Civil y los artículos 834, 835 y 836 del Código Judicial patrios, entendemos el concepto de fe pública como una manifestación del ejercicio del poder público del Estado, y en concepto de legalidad como una presunción de verdad con que el orden jurídico ampara la función notarial, como actividad autorizada por la ley. En este sentido, se identifica la fe pública notarial con el poder del Estado delegado en un particular, el cual actúa en representación del Estado atendiendo a las funciones que le ha atribuido el ordenamiento jurídico.

En efecto, la fe notarial se manifiesta así como una especie de la fe pública, se identifica con esta y se justifica en el ejercicio de la función notarial, distinta a la fe judicial y a la fe legislativa.

Resulta, entonces, que la fe pública es una manifestación del poder público o soberanía interna del Estado que se manifiesta en el ejercicio de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial; y es que la fe pública presupone la aceptación de verdad de los actos del poder público y es la fuente constitutiva de relaciones jurídicas con fuerza ejecutoria y vinculante en la cual se sustenta la seguridad jurídica.

La concepción ideológica que deriva del artículo 2 de nuestra Constitución Política, esto es que el poder público solo emana del pueblo y lo ejerce el Estado conforme a la Constitución, significa que los actos del poder público (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), manifestados en leyes, actos administrativos, decisiones judiciales, llevan en sí, como producto del ejercicio del poder público, el valor de autenticidad y se les llama documentos públicos o auténticos.

El artículo 834 del Libro de Procedimiento Civil del Código Judicial vigente establece que:

“Documento público es el otorgado por los funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. Cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y es incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública (...).”.

El documento público es el género del cual son especies el instrumento público y la escritura pública; y todos deben presumirse auténticos porque según manda el artículo 836 del Libro de Procedimiento Civil del Código Judicial vigente los:

“documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las certificaciones que en ellos haga el servidor que los expidió”.

En tanto que el mismo artículo, en su segundo párrafo, sostiene que:

“Las declaraciones o afirmaciones que hagan el otorgante u otorgantes en escritura pública o en cualquier documento público tendrá valor entre éstos y sus causahabientes, en lo dispositivo, y aún en lo enunciativo siempre que tengan relación directa con lo dispositivo del acto o contrato...”.

El objeto de la fe pública notarial es, en efecto, que el notario con su actuación y su refrendo dé fe pública sobre la verdad de las declaraciones, actos y contratos que los particulares quieran hacer constar para los efectos de su relaciones entre sí y entre ellos y el Estado, como la forma en que el ordenamiento jurídico ha establecido las bases de la seguridad jurídica.

9.2.2. La relación entre fe pública y fe pública notarial.

Al analizar la fe pública y su relación con la fe notarial resulta, entonces, que la fe pública es el género del cual es una especie la fe notarial; y es que, la fe notarial, como una especie de la fe pública, da autenticidad a la escritura pública porque el notario, como depositario de la fe pública, con su actuación individualiza e identifica y hace constar a los autores de las actuaciones que ante él comparecen; y lo que también es importante es que de ese documento auténtico surgen relaciones jurídicas que vinculan a los declarantes y a terceros.

Ahora bien, la función que ejerce el notario, por cuya virtud imprime autenticidad al documento y obligatoriedad o efecto vinculante respecto de la escritura pública surge de la autonomía privada por la declaración o comportamiento (manifestación de voluntad) realizado ante el notario, en un proceso espontáneo en el que el notario garantiza la libertad contractual de los comparecientes y vela por la seguridad jurídica; y es que los particulares comparecen ante el notario por la necesidad de dar autenticidad a sus actos y en la voluntariedad de su comparecencia le dan la razón de ser y la vida jurídica a la fe notarial la cual solo se manifiesta a solicitud de parte interesada.

Entonces, la fe notarial tuvo en el pasado histórico y en el devenir un origen privado que reconocieron y fueron consagrando las legislaciones; y es que al representar características de interés general y público su ejercicio vino a ser regulado en las leyes.

Es por ello que la fe notarial hoy tiene un origen legal (véase art. 1727 del Código Civil) del cual se derivan los efectos autenticadores y ejecutorios propios de la fe pública emanada de los poderes del Estado; pero no es que la ley haya creado esos efectos como resultado de la tarea legislativa, sino que los reconoce como efecto de una necesidad social, derivados de las prácticas consuetudinarias; distinta a la labor

En conclusión, la fe notarial, como una especie de la fe pública, ejercida por un particular delegado del Estado, se fundamenta en el poder público y legal que legitima y reconoce la confianza de los asociados y autentica y establece las formas en que debe manifestarse la expresión de la autonomía privada para que produzca eficacia jurídica.

10 EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

10.1. DEFINICIÓN.

La función notarial es la actividad reglada que cumple el profesional del derecho investido por el Estado de función pública para garantizar seguridad jurídica a los asociados en sus relaciones interpersonales y entre estos y el Estado, mediante asesoría jurídica para sus declaraciones, actos y negocios y el entendimiento de la libertad de contratación y la eficacia de la manifestación de voluntad mediante el otorgamiento de instrumentos públicos notariales.

La función notarial comprende la teoría formal del instrumento público que alcanza a la escritura pública, el acta, el testimonio, la fotocopia autenticada,

legitimaciones, la copia, el protocolo y otras actuaciones.

“El Derecho Notarial no sólo se limita a transcribir cláusulas rituales o clásicas y a interpretar y plasmar en el instrumento la voluntad humana, que se da principalmente en los contratos que son objeto de escrituración, sino también el Derecho Notarial contiene todas aquellas funciones que le son atribuidas por preceptos legales en sentido amplio y autónomo al Notario, tales como las autenticaciones, legalizaciones, legitimaciones, actas en todas sus variaciones, etc., y mucho más actúa como todo profesional liberal asesorando y orientando la voluntad de las partes, aplicando no sólo las normas de Derecho Notarial, sino también todas aquellas que sobre el caso se requiera, para el bienestar y la seguridad jurídica de las partes que lo solicitan en forma inmediata y en forma mediata a terceros, cumpliendo así una verdadera función tu-telar del Derecho en sus representaciones”²³.

El estudio del origen del notariado nos remonta a la práctica consuetudinaria de los pueblos antiguos de preservar la memoria de aquella actividad humana relacionada con los negocios y las obligaciones. Es así que el notariado tiene su origen en lo consuetudinario, primero, y luego en la legislación que va reconociendo la necesidad de regular un derecho extrajudicial, voluntario, basado en la autonomía privada. Es por ello que hoy podemos hablar que la función notarial es la actividad reglada que cumple el profesional del Derecho depositario de la fe pública notarial.

Ahora bien, ese profesional del Derecho debe estar investido por el Estado para ejercer función pública notarial porque no es el funcionario público ordinario, y se le denomina notario público, y es bajo esta condición de funcionario público especial, que mediante la asignación legal de determinadas funciones, que puede garantizar la seguridad jurídica de los asociados en sus relaciones interpersonales y entre estos y el Estado.

²³ MURGAS SALAZAR, Fernando y ORTIZ PASCO, Jorge. *Ob. Cit.*, p. 492

Es por ello que el artículo 1715 establece que están a cargo del notario público la recepción, extensión y autorización de las declaraciones, actos y contratos a que las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancia pública, conforme a la ley.

En complemento al criterio expuesto es que el artículo 1727 expresa que “en el notario deposita la ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante él deben pasar...”.

En efecto, la condición de depositario de la fe pública notarial es lo que le permite al profesional del Derecho designado por el Estado como notario cumplir la función notarial.

En esta línea de pensamiento, dice Cubides Romero que:

“la práctica consuetudinaria primeramente y, luego, las distintas legislaciones en el tiempo y en el espacio, han organizado y reglamentado la función notarial para atender con ella el servicio que requiere el conglomerado social para satisfacer la necesidad de alcanzar la seguridad jurídica en sus relaciones particulares mediante una accesoria jurídica, la garantía de su libertad de contratación, la eficacia de su autonomía privada y la producción de instrumentos revestidos de completa credibilidad y perdurabilidad”²⁴.

Siguiendo lo expuesto, me declaro partidario de la posición funcionalista del Derecho Notarial²⁵ (en la cual militan José Castan Tobeñas, José González Palomino, Rafael V. Gutiérrez, José María Mengual y Mengual, José María Mustapich) y que sostiene que el notario ejerce una función pública emanada del

²⁴ **CUBIDES ROMERO**, Manuel. **Ob. Cit.**, p. 106

²⁵ Además de la posición funcionalista, la doctrina recoge otras concepciones teóricas, como lo son la posición profesionalista (integrada por Ignacio Allende, Jorge Allende Iriarte, Pascual Quaglitta) la cual sostiene que la función notarial es el ejercicio de una profesión libre que por su importancia está regulada en el ordenamiento jurídico; también está la posición jurisdiccionalista (integrada por Roberto Gonnella, Erwin Saage, Julio Otero y Valentin) para quienes el notario ejerce un cargo público dentro de la administración de justicia preventiva; también está la concepción de la jurisdicción voluntaria (Vinzzenzo Baratta, G.B. Cuti – Pasini, Enrique Gumenez Arnau) para quienes la función notarial pertenece a la llamada jurisdicción voluntaria, pero entendiendo por tal una función de carácter administrativo. Para nosotros hay una unidad conceptual entre las posiciones funcionalista y la jurisdicción voluntaria.

Estado, dentro del orden administrativo, pero sin pertenecer a la burocracia y se le aplica una definición especial de funcionario público a razón de la función especial que ejerce que lo excluye del concepto jurídico ordinario de funcionario público.

10.2. LOS PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL SEGÚN LA U.I.N.L.

La Unión Internacional del Notariado Latino (U.I.N.L.), organización a la que pertenece la República de Panamá a través del Colegio de Notarios de Panamá, ha elaborado un conjunto de principios sobre el ejercicio de la función notarial que pasamos a enunciar, y que según esta organización constituyen la esencia de la institución notarial y el modelo al que todos los Notariados han de aspirar.

Título I. EL NOTARIO Y DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

1. El Notario es un profesional del Derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios.

2. La función notarial es una función pública, por lo que el Notario tiene la autoridad del Estado. Es ejercida de forma imparcial e independiente, sin estar situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado.

3. La función notarial se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiere al usuario seguridad jurídica, evita posibles litigios y conflictos, que puede resolver por medio del ejercicio de la mediación jurídica y es un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia.

Título II. DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES-

4. Los documentos notariales, que pueden tener por objeto la formalización de actos y negocios de todo tipo, son los autorizados por el notario. Su autenticidad comprende autoría, firmas, fecha y contenido. Son

conservados por el notario y clasificados por orden cronológico.

5. En la redacción de los documentos notariales, el notario, que debe actuar en todo momento conforme a la ley, interpreta la voluntad de las partes y adecua la misma a las exigencias legales, da fe de la identidad y califica la capacidad y legitimación de los otorgantes en relación al acto o negocio jurídico concreto que pretenden realizar. Controla la legalidad y debe asegurarse de que la voluntad de las partes, que se expresa en su presencia, haya sido libremente declarada. Todo ello se entiende con independencia del soporte en el que conste el documento notarial.

6. El notario es el único responsable de la redacción de sus documentos. Es libre de aceptar o rehusar todo proyecto o minuta que le sea presentado o bien de introducir en él, con el acuerdo de las partes, las modificaciones que estime pertinentes.

7. Los otorgantes de un documento notarial tiene derecho a obtener copias de su original, que queda en poder del notario. Las copias auténticas tienen el mismo valor que el original. El notario podrá también expedir copias a favor de personas que, según su legislación nacional, tengan interés legítimo en conocer el contenido del documento.

8. Los documentos notariales gozan de una doble presunción de legalidad y de exactitud de su contenido y no pueden ser contradichos más que por la vía judicial. Están revestidos de fuerza probatoria y ejecutiva.

9. La actuación notarial se extiende también a la legitimación de firmas de particulares puestas en documentos privados, así como a la expedición de testimonios de conformidad de las copias con sus originales en toda clase de documentos y a cualquier clase de actividades previstas por su respectiva legislación nacional.

10. Los documentos notariales que respondan a los principios aquí enunciados deberán ser reconocidos en todos los Estados y producir en ellos los mismos efectos probatorios, ejecutivos y constitutivos de derechos y obligaciones que en su país de origen.

Título III. DE LA ORGANIZACIÓN NOTARIAL-

11. La ley nacional determinará el área de competencia de cada notario así como el número de Notarios, que ha de ser suficiente para asegurar convenientemente el servicio.

La ley determinará también el lugar de instalación de cada estudio notarial, garantizando un reparto equitativo en todo el territorio nacional.

12. Los notarios deberán pertenecer a un organismo colegiado. Un solo organismo, compuesto exclusivamente por notarios, asumirá la representación del notariado de cada país.

13. La ley de cada Estado determinará las condiciones de acceso a la profesión notarial y de ejercicio de la función pública notarial, estableciendo a tal fin las pruebas o exámenes que se estimen oportunos, exigiendo en todo caso a los candidatos el título de graduado o licenciado en Derecho y una alta calificación jurídica.

Título IV. DE LA DEONTOLOGÍA NOTARIAL.

14. La Ley determinará el régimen disciplinario de los notarios, que estará bajo el control permanente de la autoridad pública y de los organismos colegiales.

15. El notario está obligado a la lealtad y a la integridad frente a quienes solicitan sus servicios, frente el Estado y frente a sus compañeros.

16. El notario, conforme al carácter público de su función, está obligado a guardar secreto profesional.

17. El notario está obligado a ser imparcial, si bien tal imparcialidad se expresa igualmente mediante la prestación de una asistencia adecuada a la parte que se encuentre en situación de inferioridad respecto de la otra, para así obtener el equilibrio necesario a fin de que el contrato sea celebrado en pie de igualdad.

18. La elección de notario corresponde exclusivamente a las partes.

19. El notario está obligado a respetar las reglas deontológicas de su profesión tanto a nivel nacional como internacional.

10.3. CONTENIDO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL.

La actuación del notario en ejercicio de la función notarial tiene, en esencia, el siguiente contenido:

1. Atender a las solicitudes de los asociados para la prestación de sus servicios.
2. Ser receptor de la voluntad de las partes.
3. Asesorar, como técnico, a las partes y con ello dar forma jurídica a la voluntad.
4. Redactar el escrito que debe convertirse en instrumento público, interpretando y dando forma jurídica a la voluntad, narrando los hechos vistos u oídos o percibidos por sus sentidos.
5. Autorizar el instrumento público con el que se da forma pública a la declaración, acto, contrato o negocio que los asociados desean hacer constar en instrumento público.
6. Conservar en archivo el instrumento otorgado (protocolo) a fin de que cualquiera que sea el tiempo transcurrido, las partes y los asociados, puedan acceder al conocimiento de su contenido.
7. Expedir copias del instrumento para acreditar su existencia y contenido.
8. Dar autenticidad a los documentos privado.
9. Dar autenticidad y fe pública a hechos que las personas naturales o jurídicas quieran hacer constar en instrumento público.
10. Dar fe de vida.
11. Garantizar la seguridad jurídica de los asociados.

10.4. CARACTERÍSTICAS.

10.4.1. Se inicia y se cumple a instancia de parte.

Esto es que al tratarse de una función pública no coercitiva sino voluntaria, los particulares, atendiendo a lo normado por el ordenamiento jurídico, pueden renunciar al trámite notarial mientras el notario no haya provisto el cierre del trámite instrumental.

10.4.2. Atiende a intereses conciliables.

Como la función notarial solo se cumple, por lo general, a solicitud e instancia de partes, se trata de atender intereses coincidentes o conciliables, sin perjuicio de las protocolizaciones que ordenen las autoridades judiciales, por ejemplo, en materia de sucesiones.

10.4.3. Atiende al interés público.

La función notarial nunca se cumple en contra del interés público; y es que por el contrario, la función notarial sirve al interés público general en cuanto garantiza la seguridad jurídica.

10.4.4. Es una función técnica.

La función notarial es técnica, porque interpreta la voluntad de las partes y la traduce al lenguaje jurídico y aplica la Ley al caso concreto.

10.4.5. Es cautelar y preventiva

La función notarial es cautelar y preventiva porque mediante su ejercicio se puede preconstituir prueba en relación a un hecho o se pueden aplicar las medidas necesarias que el ordenamiento jurídico prevé para impedir que las partes desemboquen en un conflicto.

10.5. Causales de nulidad.

Según expresa el segundo inciso del artículo 1717 del Código Civil, serán nulas y de ningún valor ni efectos las cláusulas de que resulte el interés directo, en cualquiera de los casos de la prohibición a que se contrae el precedente

inciso. Lo demás contenido en la escritura, acto, declaración o instrumento, no será nulo.

11 EL NOTARIO COMO AGENTE DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

11.1. DEFINICIÓN.

En la doctrina encontramos distintas definiciones de Notario, pero preferimos tomar como punto de partida la definición acordada en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, en el cual se dejó establecida la definición de notario así:

“El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, y calificar y expedir las copias que dan fe de su contenido”.

Vale comentar con Vallet de Goytiso²⁶ que la definición acordada en el Primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino diferencia claramente el notario de tipo latino de los notarios funcionarios de la administración del Estado, de los que es prototipo el modelo soviético, y de los notarios de tipo anglosajón, meros autenticadores de firmas, mientras que la función asesora y redactora corresponde a otros profesionales como los “*solicitors*” en Inglaterra y los “*attorney and conseller law*” en USA, de lo cual se exceptúan los “*scrivener notaries*” de Londres que desempeñan, conjuntamente, ambas funciones, aunque solo autorizan documentos que han de surtir efectos en el extranjero.

En la doctrina se recoge la “Declaración de Madrid” de 13 de marzo de 1993, de los Presidentes de la Confederación Europea del Notariado Latino, en

²⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan. En el Prólogo a las Memorias del Cincuentenario (1948 – 1998). Santa Fe de Bogotá (Colombia): Unión Internacional del Notariado Latino. Septiembre de 1998

el seno de la Conferencia Permanente, y bajo los auspicios del Notario de Luxemburgo, André Shhwactgen, entonces Presidente de la Unión Internacional del Notariado Latino, en la cual se adoptó una sustentación del notario latino y se estableció que:

- a. Es un oficial público que ha recibido delegación de la autoridad del Estado para conferir el carácter de autenticidad a los actos de su autoría, al mismo tiempo que asegura la conservación, la fuerza probatoria y la fuerza ejecutoria de dichos actos.
- a. A fin de garantizar su independencia necesaria el notario ejerce en el marco de una profesión liberal que cubre todas las actividades jurídicas fuera de lo contencioso.

Para nosotros, entonces, y tomando como referencia las dos citas anteriores tomadas de los fundamentos ideológicos de la Unión Internacional del Notariado Latino en unión con el enunciado general que sobre los notarios hace el Código Civil de Panamá, el notario es una persona natural, con formación en las ciencias del Derecho, que actúa por delegación del Estado en ejercicio de la fe pública notarial, para dar autenticidad a las declaraciones, actos y contratos a que las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancia públicas conforme a la ley.

11.2. EVOLUCIÓN INSTITUCIONAL.

En la era de Justiniano (482 – 565 D.C.), ya en su Constitución LXXVI o Novela LXXIII se quiso dotar a la escritura notarial de fe pública; no obstante, para Justiniano el notario era, especialmente, un hacedor de documentos²⁷.

Ahora bien, en la Novela LXXIII de Justiniano se encuentra el origen de los testigos instrumentales en la actuación notarial, porque según se estableció, entonces, los que no sabían de letras debían valerse de testigos y en todo caso de tabularios, pero principalmente de testigos no desconocidos para los contratantes, de suerte que algunos escriban por el que no sabe, o sabe poco, de letras y los otros atestigüen que aquello se hizo estando también ellos presentes, y que ellos conocieron a aquel, y de este modo se adquiría la veracidad de tales documentos.

²⁷ USUGA VARELA, Ocaris. *Ob cit.*, p. 42

Tal como lo expusimos en los antecedentes, a León, El Filósofo, quien fuera emperador de Oriente desde 886 hasta 912, se le atribuye la reglamentación del oficio de Notario en su obra el “Libro del Prefecto”, el cual puede tenerse como el primer estatuto que reguló las condiciones de acceso al cargo, su relación con sus colegas, el número de notarios y se instituyó el monopolio de la función de notariado.

A Alfonso X, el Sabio, Rey de Castilla y León (1221-1284 D.C.), se le atribuye la obra conocida como las “Siete Partidas”, en cuya Partida III, el escribano era ante todo un hombre que sabía escribir, pero además era, por una parte, quien tenía encomendado hacer constar los “previllejos”, “cartas” y “actas” en “casa del rey”, eran, entonces, los “escribanos” reales; por otra parte, también estaban encargados de hacer constar las “cartas de las véndidas”, “compras” y “pleytos” y las “posturas” de los hombres en las ciudades y en las villas, y estos eran los “escribanos públicos”, antecedente directo de lo que son hoy los notarios públicos.

Es la Ley de 25 Ventoso, el Estatuto francés de 16 de marzo de 1803, definió al notario, así:

“Los

Notarios son los funcionarios públicos establecidos por la ley para recibir todos los actos y contratos a los cuales las partes deben o quieren darles el carácter de autenticidad propio de los actos de autoridad pública y para asegurar la fecha de los mismos, conservarlos en depósito y expedir testimonios y copias”.

Es imperativo aclarar aquí, que el enunciado que hace la Ley de 25 Ventoso no se refiere a que el notario sea funcionario administrativo del Estado (asalariado del Estado), sino que el concepto de funcionario público viene dado a razón a que la autenticidad que se exige al documento está condicionada a que quien lo emite sea funcionario público, por lo que se trata, propiamente, de la función pública notarial ejercida por un particular.

Con la independencia de Panamá de España y su inmediata unión a la Gran Colombia, de la legislación colombiana de esa época que gobernó el ejercicio de la función notarial, podemos advertir que desde 1852, por virtud de la Ley 3 de junio de 1852, que reemplazó el sistema de escribanos por el de los

notarios públicos²⁸, y de manera expresa se le otorgó al notario carácter público y a quienes ejercían esa función se le reconoció la condición de servidores públicos, y esa normativa rigió en el territorio del Istmo de Panamá.

Esta ley colombiana tuvo una influencia directa en el Código Civil de Panamá de 1917, y es que, en efecto, en el artículo 12 de la Ley colombiana de 3 de junio de 1852, se establecieron notarios públicos, para dar fe pública, en cuanto recibir y extender todos los actos y contratos a que los individuos o las corporaciones quisieran dar autenticidad, para conservarlos, demostrar la fecha de su otorgamiento y expedir las copias y extractos de ellas que hagan cumplida prueba de las obligaciones y derechos que nacen de su contenido.

La Ley 3, colombiana, de junio de 1852, que creó y organizó el oficio de notario público en la entonces Nueva Granada, reconoció la calidad de funcionarios públicos a los notarios; así, el artículo 12 estableció que a quienes ejercieran el oficio de notarios se les denominó “Notarios públicos”.

La naturaleza pública de los notarios se mantuvo en la legislación colombiana con la Ley 84 de 26 de mayo de 1873, que adoptó como Código Civil de la nación el que regía para el Estado de Santander; igual se mantuvo en las leyes 14,34, 57 y 153 de 1887 y la Ley 81 de 1888²⁹.

En este orden, el Código Civil aprobado para Colombia en 1873 asimiló la condición de los notarios públicos, y en su artículo 2146 estableció que en los territorios que administra el gobierno general de la Unión habría notarios públicos según lo estableciera el Código Administrativo, esto incluía al territorio del Istmo de Panamá.

Al notario público, entonces, le está encomendado, pro-piamente, el ejercicio de la función notarial, y solamente él puede prestarla con carácter oficial.

En efecto, el notariado es una función o un servicio público e implica el ejercicio de la fe notarial, es por ello que el artículo 1727 de nuestro Código Civil

²⁸ MÉNDEZ ARANGO, Rafael y NADER, Carlos Isaac. **El Notario como Funcionario Público**. Medellín (Colombia): Señal Editora, 2001, p. 13

²⁹ Ídem.

establece que “en el notario deposita la ley la fe pública...”; y es que el notariado es un servicio público, a cargo de la Nación, que por delegación del Estado se presta por un particular en ejercicio de la función pública, en la forma, para los fines y con los efectos consagrados en las leyes.

En este sentido, lo cierto es que el notario, en todas las legislaciones latinas tiene la investidura de funcionario o servidor público, porque ejerce una función delegada del Estado, cual es la de dar fe pública a los hechos y actos que conoce por razón de sus atribuciones legales.

Ahora bien, la investidura de funcionario o servidor público que tiene el notario en las legislaciones latinas no significa una retribución directa del Estado, sino que su remuneración la pagan los usuarios del servicio; y es que a los notarios se les reconoce la calidad de funcionarios públicos no solo porque ejercen el notariado conforme lo establecido en la ley como un servicio público, sino que su actividad está revestida de presunción de autenticidad, por lo que solo puede concebirse como una delegación del poder soberano del Estado.

La expresión "público" que se atribuye al notario y "pública" a la función que ejerce, presenta dos significados: uno etimológico referido a "pueblo" que equivale a entender que el notario es una persona que se debe a la comunidad, a los asociados, o que está a sus servicios, por lo que la idea de notario público deviene de un interés general (interés público); pero también se atiende a un significado jurídico el cual deriva del atributo de soberanía que tiene el Estado, atributo en base al cual el Estado ejerce el poder público y regula los servicios y funciones del Estado.

Explica Cubides Romero que la acepción relacionada con el servicio al público o al pueblo tiene asidero en los tiempos primitivos. Por ejemplo, entre los hebreos la solemnidad constitutiva consistía en actuar y declarar delante del pueblo que vino posteriormente a ser sustituido, con el empleo de la escritura, por el escriba especial que por tener ese cometido se le llamó "público"; los tabeliones romanos con-figuraban los instrumentos de su competencia actuando en lugares públicos especiales y, por ello, tales documentos recibieron la denominación de "*instrumenta pública confecta*", con valor equivalente a los instrumentos públicos, producidos por funcionarios del Estado. En la España

medieval, el "Fuero Real denomina el Título VIII del Libro 1, De los escribanos públicos", como aquellos encargados de intervenir en la redacción de las cartas que contienen los contratos privados y las Siete Partidas explícitamente denominan «escribanos públicos» a los destinados a la contratación privada en las ciudades y las villas, es decir, al pueblo. (Leyes I, II y IX, entre otras, del Título XIX de la Partida III)³⁰.

Razón tiene Cubides Romero cuando comenta que de todas estas referencias y denominaciones de escribanos públicos, claros antecesores del notario actual, se colige que no se trata de funcionarios del Estado, sino de servidores del pueblo.

En nuestro ordenamiento jurídico se declara a la función notarial como pública al decir el artículo 1727 que "en el notario deposita la ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante el deben pasar...". no obstante, no se señala al notario como funcionario público, en el sentido de agente o parte de la estructura administrativa del Estado.

Trayendo a cita legislación extranjera, por ejemplo, el artículo 10 de la Ley española de 28 de mayo de 1862 dice que "el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales"; no obstante, el Reglamento Notarial los define como "profesionales del Derecho" y, además, como "funcionarios".

En la legislación francesa, el artículo 10 de la Ley de 25 de Ventoso, año XI, define a los notarios como "funcionarios públicos"; en Colombia, el artículo 188 de la Constitución Nacional dispone que "compete a la ley la creación y supresión de círculos de Notaría y de Registro y la organización y reglamentación del servicio público que prestan los Notarios y Registradores"; en tanto que el Estatuto Notarial (Decreto-Ley 960 de 1960, en su artículo 10. dijo: "El notariado es una función pública e implica el ejercicio de la fe notarial". Esta norma fue expresamente derogada por el Decreto-Ley 2163 de 1970, por medio del cual se estatizó el notariado colombiano, pero que no llegó a tener vigencia. La ley 29 de 1973 que derogó el Decreto 2163 en el aspecto de la

³⁰ **Ibíd.**, 108

estatización restableció en su artículo 1^a lo que había dispuesto el Decreto 960, en estos términos: "El Notariado es un servicio público que se presta por los Notarios e implica el ejercicio de la fe notarial". Esta disposición se adecuó a la norma constitucional en la denominación del notariado como "servicio público" prestado no por el Estado sino por los notarios.

En la legislación de Costa Rica, el artículo 2 del Código Notarial, Ley 7764 de 1998, establece que "el notario público es el profesional en derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial"³¹.

Resulta, entonces, que la tendencia de regulación jurídica de la función notarial es institucionalmente pública en cuanto está concebida para el servicio de los asociados, y que por su trascendencia social el Estado ha reconocido y regulado el servicio social público del notariado, sin que el Estado haya asumido directamente su prestación sino que ha depositado en los notarios la fe pública respecto de los actos y contratos que ante el deben ser otorgados.

Esta concepción se explica, también, en función de la responsabilidad civil y penal del notario; y es que con fundamento al sistema del "notariado latino" el Estado no responde de la culpa y negligencia o dolo en el ejercicio de la función notarial; porque el notario es un particular con autonomía e independencia en servicio público notarial, esto es un servidor público más no un funcionario de la estructura administrativa del Estado, esto es que no es un asalariado del Estado; y es que si fuera un funcionario de la estructura administrativa del Estado o, simplemente, un asalariado del Estado, entonces, el Estado tendría que responder, por lo menos solidaria o subsidiariamente, por la responsabilidad civil del notario derivada de culpa o negligencia o dolo, y como consecuencia aquí entraría toda la teoría de la responsabilidad del Estado por la actuación de los funcionarios públicos.

11.3. REQUISITOS PARA SER NOTARIO.

³¹ SANCHEZ, Rafael. *Código Notarial y Legislación Conexa*. San José (Costa Rica): Editorial Juritexto, p. 2005, p.11

El Código Administrativo establece los requisitos para ser Notario Público de la República.

En este sentido, el artículo 2120 del Código Administrativo, como fue modificado por el artículo 2 de la Ley 53 de 1961, establece lo siguiente:

Artículo 2120. Para ser Notario de Circuito, Principal o Suplente, en Panamá y Colón, se requieren las mismas cualidades que para ser Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Para ser Notario de Circuito, Principal o Suplente, en los otros lugares de la República, se requiere ser panameño por nacimiento o por naturalización, con más de diez años de residencia continua en la República, haber cumplido veinticinco años de edad, estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos y ser graduado en Derecho en el país o en el extranjero, o poseer certificado de idoneidad expedido por la Corte Suprema de Justicia para ejercer la abogacía en los Tribunales de la República.

Tratándose de graduados en el extranjero, será preciso, que el interesado haya revalidado su título en la Universidad de Panamá y que el mismo se halle inscrito en el Ministerio de Educación o en la oficina que la ley señale para este efecto.

Parágrafo: No podrá designarse Notario, Principal o Suplente, a la persona que haya sido condenada a alguna pena por delito común.

Puede advertirse que la norma hace una distinción en los requisitos para ser notario público en los circuitos de Panamá y Colón en relación a “los otros lugares de la República”.

Los artículos 204 y 205 de la Constitución Política establecen los requisitos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, así:

Artículo 204. Para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia se requiere:

1. Ser panameño por nacimiento.
2. Haber cumplido treinta y cinco años de edad.
3. Hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos.
4. Ser graduado en Derecho y haber inscrito el título universitario en la oficina que la Ley señale.
5. Haber completado un periodo de diez años durante el cual haya ejercido indistintamente la profesión de abogado, cualquier cargo del Órgano Judicial, del Ministerio Público, del Tribunal Electoral o de la Defensoría del Pueblo que requieren título universitario en Derecho, o haber sido profesor de Derecho en un establecimiento de enseñanza universitaria.

6. No haber sido condenado por delito doloso, mediante sentencia ejecutoriada proferida por un tribunal de justicia.

Resulta, entonces, que la normativa precitada presenta algunas variantes en cuanto a los requisitos para ser notario en los Circuitos de Panamá y Colón, con relación a “los otros lugares de la República”; y es que, en efecto, mientras que para ser notario en los Circuitos de Panamá y Colón se requiere el cumplimiento de lo normado en los artículos 204 y 205 de la Constitución; para ser notario en “los otros lugares de la República” se flexibilizan los requisitos y, entonces, se puede ser Notario:

- a. Siendo panameño por naturalización.
- b. Siendo panameño por naturalización debe tener más de diez años de residencia continua en la República.
- c. No requiere tener los treinta y cinco años de edad, sino que basta haber cumplido veinticinco años de edad.
- d. No impera la exigencia de tener diez años de experiencia durante los cuales haya ejercido, indistintamente, la profesión de abogado, sino que basta tener título de graduado en Derecho en el país o en el extranjero convalidado e inscrito en la oficina que la ley señale, o poseer certificado de idoneidad expedido por la Corte Suprema de Justicia para ejercer la abogacía.

Quizás vale comentar que las diferencias establecidas en las normas del Código Administrativo y en la Constitución para los efectos de los requisitos en el nombramiento de notarios, obedece a factores políticos imperantes en los momentos en que se aprobó la normativa del Código Administrativo y que hoy se mantienen a razón de que no se ha modernizado ni actualizado la legislación.

11.4. NOMBRAMIENTO.

Luego del esquema de evolución presentado en el aparte anterior, debemos concluir en el sistema de nombramiento de los notarios bajo el ordenamiento jurídico patrio, el cual viene dado por los artículos 1714 del Código Civil y el artículo 2119 del Código Administrativo, como fue modificado por el Decreto de Gabinete 29 de 7 de febrero de 1990, y otros, mediante los cuales se han creado nuevas notarías.

Dice así el artículo 1714 del Código Civil:

Artículo 1714. Habrá en la República el número de notarios públicos que establece el Código Administrativo.

Recordemos que esta fue la tendencia ideológica que estableció el Código Civil colombiano de 1873 (Ley 84 de 26 de mayo), el cual sustrajo de la materia civil el nombramiento de los notarios y lo hizo materia de las leyes administrativas; a esa tendencia, pues, obedece el artículo 1714 del Código Civil panameño de 1917.

En tal sentido, el artículo 2119 del Código Administrativo vigente y que deviene de la primera codificación de la República, establece lo siguiente:

Artículo 2119. Los Notarios de Circuito, principales y suplentes, los nombrará el Órgano Ejecutivo...”.

Esta ha sido la fórmula de nombramiento desde el nacimiento de la República, no obstante haberse variado el periodo de nombramiento a partir de la Ley 15 de 1925 y luego la Ley 53 de 6 de octubre de 1961, que establecieron periodos de nombramientos de 4 años en ambos casos, no obstante en la práctica el periodo de nombramiento de los notarios ha estado unido a los periodos presidenciales, en atención a que es el Presidente de la República el que en nuestro país nombra a los notarios, y a razón de que en Panamá hay una sola categoría de Notarios Públicos.

Mediante la Ley 53 de 6 de diciembre de 1961 que modificó disposiciones del Código Administrativo, además de establecer el periodo de los notarios en cuatro años y fijar los requisitos para ser nombrados, reiteró que los notarios de circuito principal y suplente, serían nombrados por el Órgano Ejecutivo.

11.5. PROHIBICIONES.

La función notarial, como actividad que ejerce el notario, presenta limitaciones según previsiones del ordenamiento jurídico.

El artículo 1716 del Código Civil establece que todos los actos y contratos que autorice un notario fuera de su circunscripción son nulos.

En este sentido, el artículo 1717 del Código Civil establece que se prohíbe al notario la autorización de escrituras, actos, declaraciones o instrumentos peculiares a su oficio, en los cuales tenga interés directo el mismo notario o sus ascendientes, descendientes o hermanos y los cónyuges de estos o de aquellos, o la mujer del notario, los ascendientes, descendientes o hermanos de la misma mujer.

El artículo 1733 del Código Civil establece que se prohíbe, absolutamente, a los notarios usar de iniciales en los nombres y apellidos de los otorgantes, y en los nombres de las cosas, y de las abreviaturas en las palabras de los instrumentos, raspar lo escrito en estos o borrarlo de modo que quede ininteligible lo que estaba escrito.

El artículo 2121 del Código Administrativo refiere que la función notarial es incompatible con cualquier otro de los ramos administrativos o judiciales y con el ejercicio de la abogacía.

En otro aspecto, según el artículo 2122 del Código Administrativo,

“Prohíbese a los Notarios el que se encarguen de la gestión particular u oficial de negocios ajenos. En los casos que se contra-venga a esta disposición, los respectivos funcionarios levantarán el correspondiente comprobante y lo pasarán al Tribunal correspondiente”.

11.6. OBLIGACIONES.

Desde los inicios de la legislación relacionada con el ejercicio de la función notarial se estableció que los notarios debían residir en la cabecera del Circuito Notarial. Es por ello que el Código Administrativo, en su artículo 2117 establece esta obligación, en los siguientes términos:

Artículo 2117. Los Notarios están obligados a residir en la cabecera del Circuito Notarial, de la cual no podrán ausentarse sino por diligencia en el ejercicio de sus funciones, con autorización del Gobernador de la Provincia o del Alcalde si la cabecera

del Circuito Notarial no lo fuere de la Provincia, cuando la ausencia debiere durar más de veinticinco horas.

En los casos de licencia, ésta la concederá el respectivo Gobernador o Alcalde, cuidando de que no se separe el notario sin que haya sido reemplazado por el suplente correspondiente.

El artículo 2117 se entiende en relación con el artículo 2124 sobre el horario de trabajo de los notarios, que requiere la presencia permanente en el despacho notarial.

Artículo 2124. Los notarios tendrán las horas de despacho público señaladas para los demás empleados públicos en este Código.

Dentro de las horas señaladas para el despacho, tienen los notarios la obligación de prestar su ministerio a las personas que para ello los requieran, y serán responsables a las partes o interesados de los perjuicios que a unas y a otros se sigan por la no extensión o formalización oportuna de los instrumentos o diligencias en que deban intervenir los notarios, y cuya falta pro-venga de la inasistencia en las horas señaladas para el despacho o de otro hecho imputables a los mismos notarios.

Fuera del régimen del horario de las oficinas públicas, el artículo 2125 del Código Administrativo autoriza al notario a prestar su servicio fuera de la oficina en cualquier día y hora que se lo soliciten.

Artículo 2125. Tienen también los notarios la obligación de prestar su ministerio fuera de la oficina, pero dentro del Distrito cabecera del Circuito de Notaría, en cualesquiera días y horas en que fueren llamados por personas que estuvieren en incapacidad física de pasar a la oficina de la Notaría, y tratándose de actos urgentes cuya demora sea perjudicial.

Resulta, entonces, que el Notario tiene la obligación de prestar sus servicios en el horario dispuesto por el Código Administrativo para las oficinas públicas, pero además tiene la autorización legal para actuar y prestar sus servicios fuera de ese horario, siempre que ejerza sus funciones dentro del Circuito Notarial establecido por ley para el ejercicio de sus funciones.

LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO

La idea genérica de responsabilidad proviene del latín “*res-pondere*” que significa “estar obligado”.

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española dice que “Responsabilidad es la cualidad de responsable. Deuda. Obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”.

El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas De Torres dice que “responsabilidad” es la “obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado”.

No obstante, no es el estudio de la responsabilidad, en general, lo que nos motiva en el presente estudio, y es que “responsabilidad” es el género del cual nos importa la especie “responsabilidad civil”, aplicada a la función notarial, esto es a la actuación del notario.

Vale advertir que la idea de responsabilidad tiene una larga evolución que hay que describirla en atención, primero, a aspectos religiosos, pasando por la venganza privada de donde toma vida la responsabilidad objetiva y aflora la idea de la responsabilidad subjetiva.

En ese proceso de evolución, el derecho romano primitivo se debatió entre los conceptos de “reparación” y “pena”; y es que como explica Boffi Boggero, en su contribución a la Enciclopedia Jurídica Omeba,

“En el derecho romano primitivo se daba una confusión profunda entre los conceptos de reparación y pena. La infracción cometida en el campo contractual era considerada como la producida fuera del contrato. La distinción entre ambas ilicitudes, se dice, nació de modo circunstancial. La Lex Aquilia reprimía hechos positivos y no negativos. El incumplimiento contractual pertenecía a este tipo. Entonces se concedió al acreedor la

acción derivada del con-trato y la responsabilidad contractual se confundió con el contenido de éste³².

Ahora bien, la idea de responsabilidad adquiere relevancia en el derecho cuando se castiga a los culpables y aparece en la Roma de fines de la república la idea de la “culpa aquiliana” que permite la indemnización a los particulares, cuando en materia contractual se vincula la culpa con las ideas de buena fe y diligencia.

En palabras de Boffi Roggero:

“Las ideas positivas del campo penal, como Ferri lo reconoce con orgullo, influyeron en buena medida para que naciera la idea de responsabilidad sin culpa en su versión moderna. La situación de la víctima y la necesidad de acreditar la culpa del agente trasgresor, a veces poco menos que imposible, y la cantidad de accidentes que trajera el maquinismo, hicieron de consuno que naciera la idea de responsabilidad sin culpa en la ya mencionada versión sin culpa. Ello dio origen al nacimiento del derecho laboral y a las revolucionarias ideas de Saleilles durante el final del Siglo pasado. Así nace la teoría de riesgo, que defienden fundamentalmente Josserand, Demogue y Savatier³³ .

Siguiendo con las ideas de Boffi Boggero,³⁴ más adelante se difundió la idea de la seguridad social. El ente colectivo absorberá, cada uno en parte ínfima, la desgracia económica entre las personas, y ya no se producirán las injusticias que ese excesivo alargamiento de la idea de responsabilidad sin culpa puede ocasionar. Si echamos, entonces, una mirada a la situación contemporánea en materia de responsabilidad civil, hemos de ver entre otras, las siguientes tendencias:

a. Se acentúan las presunciones de culpa, recurso técnico que el legislador emplea para superar la dificultad probatoria que encuentra la víctima.

b.B. Se va transformando la responsabilidad aquiliana en una de tipo contractual merced a la idea de seguridad, primero en el contrato laboral.

c.Se produce el afinamiento de la concepción de la culpa, recogiendo los jueces hasta la llamada “falta levísima”, fijando la doctrina de la falta en la guarda de las cosas y la teoría del riesgo.

³² **BOFFI BOGGERO**, Luis María. **Responsabilidad**. Contribución a la Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires (Argentina): Bibliográfica Omeba, Tomo XXIV, 1981, p. 790

³³ *Ibíd.*, p. 796

³⁴ **Idem.**

Se extiende la idea de solidaridad o seguridad social para evitar los inconvenientes a que puede conducir el exceso de una condición que ve la responsabilidad sin culpa.

Luego de lo expuesto, vamos a ver que del ejercicio de la función notarial se derivan, por lo menos, cinco clases de responsabilidad legal: responsabilidad civil, responsabilidad penal, responsabilidad fiscal o tributaria, responsabilidad laboral y disciplinaria.

12.1. RESPONSABILIDAD PENAL.

La responsabilidad penal es la obligación que nace de la sentencia jurisdiccional penal, mediante la cual se impone a una persona la sanción de soportar las consecuencias jurídicas de una conducta culpable o dolosa, determinada por la naturaleza del hecho y las circunstancias personales del autor o partícipe.

El concepto de responsabilidad penal ha variado con la evolución del pensamiento penal; otrora aparecía en los códigos penales un capítulo sobre la “responsabilidad penal”, no obstante hoy ha sido reemplazado ese tratamiento en las codificaciones penales por el de “culpabilidad”; desplazando así la “responsabilidad penal” como contenido de la sentencia penal.

En este sentido, el Código Penal panameño de 1922, aprobado por Ley 6 de 1922, en su Título IV trataba “De la responsabilidad penal y de las causas de justificación, de excusas y de atenuación”³⁵.

Más tarde, el derogado Código Penal de 1982 reemplazó la idea de responsabilidad penal por la de culpabilidad, como contenido seccional del Código; en tanto que la responsabilidad penal es materia que se trata como contenido de la sentencia penal de fondo.

³⁵ GALVEZ, Roque. **Legislación Penal Panameña**. Panamá, 1943, p. 168

El Actual Código Penal de 2007, sigue la misma concepción que el Código del '82, aunque del Título II, que trata de los “hechos punibles y personas penalmente responsables”, elabora un Capítulo III sobre “Dolo, Culpa y sus Excepciones”; lo que podría entenderse como un retroceso histórico al Código de 1922, empero, no obstante, y para mí un error de titulación, lo que trata es la punibilidad.

En este sentido, el artículo 24 del actual Código Penal refiere a que “son delitos las conductas tipificadas como tales en este Código o en otras leyes que establecen tipos penales”.

El artículo 25 del mismo Código del 2007 dice que “los delitos pueden cometerse por comisión u omisión...”.

Bajo esta orientación, en los artículos 26, 27 y 28, el codificador del 2007, en una tarea no muy propia de la codificación moderna se aventura a definir lo relativo al dolo y la culpa; y lo que sí me parece apropiado es que el codificador expone, consciente o inconscientemente, que la concepción del tipo penal contemporáneo está vinculada a la idea del dolo y no de la culpa, y es por eso que en el artículo 26 se lee que:

“Para que una conducta sea considerada delito debe ser realizada con dolo, salvo los casos de culpa previstos por este Código...”

Lo que quiere decirse con el artículo 26 del Código de 2007 es que hablar de delito penal es hablar, por regla general, de delito dolo; y es por eso que por lo general la culpa se debate en la jurisdicción civil y no en la penal, pero, no obstante, se debatirán en la jurisdicción penal solo los casos de culpa expresamente previstos en el Código penal, y lo que los casos de culpa que no está previsto en el Código Penal, expresamente, entonces, deben ser tratado en la jurisdicción civil.

12.1.1. La idea de lo lícito y lo ilícito: el límite de las libertades públicas.

La idea de lo lícito jurídico está definida por el contenido del artículo 18 de la Constitución de la República que dice:

Artículo 18. Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.

De lo que se trata, entonces, es que lo lícito está dado en el contexto del artículo 18 de la Constitución en el sentido de que todos los ciudadanos tienen derecho de hacer lo que no está prohibido, esto es lo que no cause daño a otro, pero además que nadie estará obligado a hacer lo que no estuviere legalmente ordenado, y por lo tanto puede hacer todo lo que la ley no prohíbe. Este es el contexto constitucional en que se entiende la libertad ciudadana.

En efecto, son delitos sólo aquellos actos que la ley, previamente, tipifica y sanciona con penalidad. Es por ello que cuando el artículo 18 de la Constitución permite realizar todo lo que ella misma y la ley no prohíbe, se entiende que los particulares pueden hacer todo lo que la Constitución y la ley no les prohíbe; mientras que los funcionarios públicos solo pueden hacer lo que la ley les faculta a hacer; por lo que deben abstenerse de hacer todo lo que no estuviere legalmente ordenado, con lo que no hace otra cosa que honrar la previsión contenida en el artículo 1 de nuestro Código Penal, el cual a la letra establece:

Artículo 1. Nadie podrá ser procesado ni penado por un hecho no descrito expresamente como delito por la ley al tiempo de su comisión, ni sometido a medidas de seguridad que la ley no prevea.

El texto del artículo 9 del Código Penal vigente del 2007 es la transcripción, casi literal, del artículo 1 del Código Penal derogado de 1982; no obstante, creo que la redacción del artículo 1 del Código del '82 estaba mejor por más explícita.

Retornando a la idea, las infracciones a la ley penal se dividen en delitos y faltas: las últimas las define y castiga el Código Administrativo.

Este artículo consagra los dos principios fundamentales del Derecho Penal: "*Nullum crimen sine lege. Nullo paena sine lege*".

Se deduce, entonces, que en Panamá es lícito jurídico o jurídicamente lícito todo aquello que no esté expresamente prohibido como delito o falta por ley vigente anterior al hecho.

Siguiendo el texto del artículo 18, constitucional, es lícito todo lo que la Constitución permita y todo lo que las leyes amparen; y es, ilícito todo lo que la Constitución prohíba y todo lo que las leyes declaren como delito o falta.

Ahora bien, cuando las conductas se consagran como prohibidas en la Ley Penal, hablamos, entonces, de ilícito penal; y por el contrario, es lícito jurídico todo acto o conducta que las leyes amparen, permitan o manden hacer; pero también es lícito jurídico toda abstención que las leyes establezcan.

En opinión de Jiménez Giraldo, hay lícito jurídico activo y lícito jurídico pasivo. Todo Derecho Civil consagrado, toda garantía social consagrada, constituye un acto lícito que por estar especialmente incluido dentro de alguna ley viene a ser lícito jurídico³⁶.

El Título III de nuestra Constitución Política, que trata los “Derechos y Deberes Individuales y Sociales”, Capítulo 1° sobre “Garantías Fundamentales”, viene a ser la más clara y amplia expresión del lícito jurídico. En efecto, se trata de aquellos “Derechos Fundamentales” que todos los ciudadanos pueden ejercer y que las autoridades de la República están obligadas a garantizar frente a cualquier perturbación.

El concepto de libertad civil fue consagrado en norma legal en el Código Napoleónico de 1804, esto es que los ciudadanos pueden hacer todo lo que las leyes no les prohíban hacer; en tanto que los funcionarios públicos solo aquello que está ordenado.

El lícito jurídico, entonces, es la convivencia ciudadana dentro del cumplimiento del ordenamiento jurídico, es el res-peto del derecho ajeno, es el actuar con la capacidad legal, es el cumplimiento de las obligaciones pactadas, es asumir la responsabilidad por el acto propio y por aquello sobre lo cual se

³⁶ **JIMENEZ GIRALDO**, Alberto. **La Responsabilidad en el Derecho Penal**. Bogotá(Colombia): Ediciones Teoría, 1947, p. 111

tiene responsabilidad legal; y dice Cabanellas de Torres en su Diccionario Jurídico Elemental: "Lícito: justo, legal, jurídico, permitido, razonable, según justicia...".

La vida en sociedad está fundada en el ordenamiento jurídico, esto es que la conducta de los ciudadanos debe desarrollarse bajo el entendimiento de la convivencia social pacífica; al Derecho importa no solo que los ciudadanos cumplan con las normas que regulan la vida en sociedad sino también con las normas que regulan la vida privada; he allí por qué la doctrina habla hoy del ilícito penal, de las faltas administrativas y del ilícito civil, entre otras manifestaciones de incumplimiento del ordenamiento jurídico en general.

12.1.2. La culpabilidad como presupuesto de la responsabilidad penal.

Ni el Código derogado de 1982 ni el Código Penal vigente de 2007 contiene, ningún capítulo sobre la "responsabilidad"; no obstante, en algunos artículos del Código del '82, como en el 42, se refiere a la responsabilidad al afirmar que "los partícipes serán responsables desde el momento en que se inició la realización del hecho punible, según lo establecido en el artículo 18"³⁷. Si el hecho fuera más grave del que quisieron realizar, responderán por aquel quienes lo hubieren aceptado como una consecuencia probable de la acción emprendida"; y el artículo 43 decía que "las circunstancias agravantes o atenuantes inherentes a la persona del autor o que emanen de sus relaciones particulares con el ofendido o de otra causa personal, atenuarán o agravarán la responsabilidad sólo de los partícipes en quienes concurren", y agregaba la misma norma que "las que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, agravarán la responsabilidad únicamente de los partícipes que tuvieron conocimiento de ellas en el momento de la comisión o en el de su cooperación para prepararlo".

³⁷ Decía el artículo 18 del derogado Código del '82 que: "El hecho punible se considera realizado en el momento y lugar de la acción u omisión, aún cuando sea otro el momento del resultado".

Así, también, el Código Penal del '82 contenía el Capítulo IV, del Título I, sobre "Disposiciones Preliminares", del Libro Primero, que trata de la "Ley Penal en General", en cuyo artículo 30 a la letra expresaba:

Artículo 30. Nadie podrá ser declarado culpable por un hecho legalmente descrito si no lo ha realizado con dolo, salvo los casos de culpa expresamente previstos por la ley.

Si la ley señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará solo al autor o partícipe que hubiere actuado por lo menos culposamente respecto de ella.

El artículo 30 del derogado Código Penal, precitado, resultaba ser el eje central sobre el cual giraba el concepto de delito, el cual en efecto se divide en delito doloso y delito culposo, el que a la vez sirve de fundamento ideológico a toda la estructura normativa del tipo penal delictual que recoge nuestra legislación penal, por lo que tenemos que abordar el concepto de "culpabilidad", como presupuesto de la responsabilidad penal.

Si atendemos a los artículos 43, 44, 45, 46 del Código Penal del 2007, vigente, se empieza a comprender la diferencia entre un Código Penal de concepción causalista como el de 1982 y el actual Código Penal finalista de 2007.

Según el artículo 43 del Código Penal vigente, de corte finalista, "es autor quien realiza, por si mismo o por interpuesta persona, la conducta descrita en el tipo penal"; el 44 dice que "es cómplice primario quien toma parte en la ejecución del hecho punible o presta al autor una ayuda sin la cual no habría podido cometer el delito"; el 45 no habla del cómplice secundario, y el 46 nos dice que "si el hecho punible fuera más grave del que quisieron realizar el cómplice o los cómplices, solo responderán quienes lo hubieren aceptado como una consecuencia probable de la acción emprendida"; y el 47 nos dice que "es instigador quien determina a otro u otros a cometer delito".

A donde quiero llegar es que los artículo 43,44, 45, 46 y 47 del Código Penal vigente del 2007 nos dan los parámetros para determinar la culpabilidad penal.

En efecto, la culpabilidad penal actúa como presupuesto de la responsabilidad penal, porque para declarar esta hay que acreditar aquella; es decir que si bien el proceso penal se divide en fases: preliminar, sumarial, de calificación, plenaria, impugnación, ejecución; todas ellas están estructuradas para cumplir, primero, con los propósitos de la investigación: comprobación del hecho punible y establecer la vinculación, y ello conlleva a establecer el tipo de delito, sea doloso o culposo y las circunstancias de la vinculación personal del sujeto; la fase de calificación, que consiste en la determinación del tipo penal aplicable al caso concreto y su llamado a responder en juicio de responsabilidad penal; en tanto que la fase plenaria tiene el propósito de emitir la sentencia penal, y entre el contenido de su parte resolutive debe estar la declaración de responsabilidad penal y la individualización judicial de la pena atendiendo a la autoría o participación.

Toda la fase sumarial está estructurada para comprobar el hecho punible y el tipo de delito cometido y las circunstancias agravantes o atenuantes, si las hubiere, así como la autoría o participación, y previa calificación del sumario; el juzgador, mediante sentencia, procederá a declarar la responsabilidad penal, imponiendo la pena conforme a la individualización proporcional a la autoría o participación.

Ahora bien, indistintamente de que el delito se cometa por acción u omisión, es regla dogmática establecida en el artículo 26 del actual Código Penal, que el sujeto debe actuar con dolo, salvo las excepciones del delito culposo.

La razón de ser de los artículos 26 y 27 del Código Penal vigente, relacionado con el contenido del artículo 30 del derogado Código de 1982, es que la acción típicamente antijurídica es relevante para el Derecho Penal si el juicio de desvalor o reprochabilidad sobre el acto alcanza a determinar la autoría, esto es la culpabilidad.

Es por eso que la investigación penal tiene dos propósitos principales y un propósito accesorio: el propósito objetivo, cual es la comprobación del hecho punible; el propósito subjetivo, que es la acreditación de la vinculación del sujeto con el hecho punible; y finalmente la acreditación del daño.

Dicho de otra manera, el objeto principal del Derecho Penal es sancionar, y de ser necesario poner bajo medida de seguridad al autor.

Esto significa que para que se declare la responsabilidad penal del actor de la acción típicamente antijurídica tiene que atribuírsele al sujeto la culpabilidad del hecho como obra de su voluntad.

Lo dicho quizás se evidencia más en relación con la pena, pues aplicando el principio "*nulla poena sine culpa*", quiere decir "ninguna pena sin culpabilidad", esto es que no puede haber declaración de responsabilidad penal sin culpa.

12.1.3. El reproche de la culpabilidad.

Si la culpabilidad es el presupuesto de la declaración de responsabilidad penal, como en efecto así es, esto es así porque la determinación de la culpabilidad se desenvuelve en un juicio de reprochabilidad sobre la naturaleza personal e individual de la culpabilidad del actor; porque el juicio de reprochabilidad sobre la culpa se basa en una desaprobación de la conducta del sujeto por haber preferido hacer el mal, en vez de haberse conducido conforme a las normas de convivencia social.

Con razón ha dicho Maurach que "la esencia de la culpabilidad, descrita por la teoría tradicional, ha sido acertadamente apreciada en lo que la culpabilidad constituye un juicio sobre el autor"³⁸.

En este sentido, es necesario entender que el debate sobre la culpa en el juicio penal, es un juicio de reprochabilidad de la conducta antijurídica del autor o partícipe en atención a la configuración de la voluntad; y es que el contenido de la culpabilidad es, precisamente, la voluntad; entonces, es sobre ello que se erige el reproche de la culpabilidad.

Orientado al sentido práctico del presente estudio, podemos distinguir algunos aspectos caracterizadores de la culpabilidad, así:

³⁸ MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona (España): Editorial Ariel, 1962, p. 11

a. La culpabilidad se determina mediante el juicio de reprochabilidad que se hace al autor o partícipe atendiendo a la naturaleza del hecho y a las circunstancias personales de los sujetos en relación con el hecho, y que una vez acreditada la culpabilidad lleva a la justificación de aplicar la sanción penal.

b. Es sobre la acción típica y antijurídica se erige directamente el desaprobatorio reproche de culpabilidad³⁹.

c. El juicio de reprochabilidad penal sobre el autor o partícipe está condicionado a la capacidad de imputable del sujeto, pues el sujeto ubicado en una causa de inimputable penal no alcanza a enfrentar un juicio de reprochabilidad porque la ley lo excluye.

d. El juicio de culpabilidad alcanza el debate sobre la relación de culpabilidad y voluntad; porque es a través de la voluntad que el autor o partícipe orienta la acción delictiva.

Todo lo expuesto en los aspectos caracterizadores de la culpa podemos sintetizarlo diciendo que solo aquel hecho o conducta que el hombre realiza voluntariamente, le puede ser reprochado en cargo de culpabilidad; idea que da sentido a los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad.

En conclusión, solo puede declararse responsable, penalmente, al sujeto dotado de voluntad.

12.1.4. Responsabilidad por dolo.

Partimos de la idea central de que es un dogma en el Derecho Penal que sin dolo no hay delito, salvo las excepciones expresamente establecidas en el Código de los delitos culposos; y es que el dolo es uno de los presupuestos esenciales y la fuerza constitutivas del delito.

En nuestro Derecho Penal esta afirmación ha sido una tradición dogmática y cobra vida jurídica en el texto del artículo 26 del Código Penal vigente, el cual a la letra establece:

Artículo 26. Para que una conducta sea considerada delito debe ser realizada con dolo, salvo los casos de culpa previstos por este Código...

³⁹ Ídem.

Es por tal importancia que el dolo no se puede presumir y debe ser probado en el proceso penal.

El tipo penal del delito doloso está dado en el contexto del artículo 27 del Código Penal, el cual a la letra expresa:

Artículo 31. Actúa con dolo quien quiere el resultado del hecho legalmente descrito, y quien lo acepta en el caso de representárselo como posible.

Es imperativo establecer aquí que la doctrina y la jurisprudencia identifican varias clases de dolo⁴⁰:

12.1.4.1. El dolo según su génesis.

12.1.4.1.1. “*Dolus bonus*” y “*dolus malus*”. Fue Ferri quien elaboró una teoría sobre el reconocimiento del dolo bueno, en aquellos casos en que los motivos determinados del delito son sociales y altruistas; no obstante, la generalidad de la doctrina penal moderna se inclina por la inadmisión del dolo bueno.

El dolo malo, por su parte, se manifiesta en valores o motivos antisociales y egoístas, en los que el actor tiene la capacidad de entender las consecuencias de sus actos.

12.1.4.1.2. Dolo precedente o inicial y dolo subsiguiente. El dolo es precedente o inicial cuando el sujeto tiene la intención de cometer el delito, pero se arrepiente de con-sumarlo.

El dolo es subsiguiente, cuando el ánimo de cometer el delito no se manifiesta en el principio de la conducta, sino posteriormente; es decir, que la conducta inicial del sujeto no presenta el ánimo delincencial, pero al encontrarse frente al momento y la oportunidad decide cometer delito.

⁴⁰ **BARRIENTOS RESTREPO**, Samuel. **Elementos de Derecho Penal**. Medellín (Colombia): Editorial Bedout, 1977, p.41 y s

12.1.4.1.2.1. Dolo de ímpetu, dolo deliberado, *dolo apertus* y *dolo velatus*. El dolo de ímpetu es el que se manifiesta en un momento de emoción intensa; o dicho de otra manera, cuando la intención de cometer delito surge de súbito en el individuo.

El dolo es deliberado cuando la intención de cometer el delito se manifiesta después de haber deliberado sobre él.

El dolo "*apertus*" y el dolo "*velatus*" deriva de la diferencia entre dolo de ímpetu y dolo premeditado, y se manifiesta en el "*modus operandi*" del sujeto, ya que el dolo "*apertus*" es característico del delincuente pasional, en tanto que el dolo "*velatus*" define a los delincuentes natos y habituales.

12.1.4. 2. El dolo según su contenido.

12.1.4.2.1.Dolo genérico. El dolo genérico, como su denominación lo indica, es el que se aplica a todo tipo delictivo que no requiera dolo específico.

Un ejemplo práctico de delito con dolo genérico es el de falsificación de documento como estaba previsto en el artículo 265 del derogado Código Penal de 1982.

Artículo 265. El que falsifique en todo o en parte una escritura o documento público o auténtico de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de 2 a 5 años. Si el hecho fuere cometido por un servidor público en el ejercicio de sus funciones, la sanción será de 3 a 6 años de prisión.

La previsión típica del artículo 265 del derogado Código del '82 paso a ser contenido del artículo 362 del actual Código de 2007, que a la letra dice:

Artículo 362. Quien falsifique o altere, total o parcialmente, una escritura pública, un documento público o auténtico o la firma digital informática de

otro, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años...

En efecto, tratándose de delito, el dolo genérico viene a ser la regla, pues no hay delito sin dolo, salvo la excepción de los delitos culposos previstos, expresamente, en la legislación penal, y del dolo específico requerido en algunas tipificaciones penales elaboradas por el legislador.

12.1.4.2.2.Dolo específico. El dolo específico es el que el tipo penal exige, como contenido de la conducta, en determinadas infracciones penales.

Vale como ilustración decir, a manera de ejemplo, que en el homicidio intencional el dolo específico se define por el "propósito homicida".

Cuando el tipo penal exige, como contenido de la conducta, el dolo específico, la norma contiene la exigencia de que la consumación de la conducta prohibida se realice "a sabiendas" de su prohibición.

Un ejemplo práctico de dolo específico es el delito de aprovechamiento de documento falso previsto que antes estaba en el artículo 271 del derogado Código Penal del '82, así:.

Artículo 271. El que, a sabiendas, haga uso o derive provecho de cualquier modo que sea, de un documento falso o alterado aunque no haya cooperado en la falsificación o alteración, será sancionado como si fuese el autor.

No obstante, el enunciado normativo del artículo 271 del derogado Código Penal del '82 pasó a ser el contenido del artículo 369 del actual Código de 2007, así:

Artículo 369. Quien, a sabiendas de su falsedad, haga uso o derive provecho de un documento falso o alterado aunque no haya cooperado en la

falsificación o alteración, será sancionado como si fuere el autor.

La expresión, “a sabiendas” que contiene el tipo penal de los artículo 271 del derogado Código del '82 y 369 del actual Código penal de 2007, es la exigencia del dolo específico en el desarrollo de la conducta del autor o partícipe.

12.1.4.2.3.Dolo directo. El dolo es directo cuando el resultado dañoso que produce la conducta del actor es, en efecto, el resultado querido o que perseguía el actor con su conducta.

12.1.4.2.3.1. El dolo directo determinado. La doctrina clásica concibió el dolo directo determinado bajo la idea de que el agente previera los efectos de su conducta y los quisiera.

Modernamente se entiende que el dolo directo es determinado cuando el agente se propone un resultado determinado y, en efecto, con la consumación del hecho solamente alcanza el resultado propuesto.

Es el caso del que planifica la muerte de otro con arma de fuego y, en efecto, lo mata con un arma de fuego.

12.1.4.2.3.1.1. Manifestaciones del dolo directo de-terminado. Para los clásicos, atendiendo a la mayor o menor energía de la determinación, el dolo directo determinado se manifiesta en:

12.1.4.2.3.1.2. Dolo de propósito-. El dolo de propósito requiere perseverancia de la resolución de consumar el delito. El dolo de propósito se divide en:

a. Premeditado.

El dolo premeditado requiere perseverancia en la resolución de cometer el delito y frialdad de ánimo. Es decir, que entre la resolución de cometer el delito y

la ejecución transcurra espacio de tiempo, tiempo durante el cual se haya conservado el ánimo frío.

b. Simple deliberación.

En la simple deliberación, hay perseverancia en la resolución de cometer el delito, pero no hay frialdad de ánimo.

12.1.4.2.3.1.3. Dolo de ímpetu. El dolo de ímpetu implica una resolución súbita o ciega. El dolo de ímpetu se divide en: súbita resolución y pasión ciega.

El dolo de ímpetu se divide en:

a. Súbita resolución.

Hay súbita resolución cuando el delito se realiza inmediatamente después de la resolución, con frialdad de ánimo, pero sin perseverancia en el propósito.

b. Pasión ciega.

Hay pasión ciega cuando no hay frialdad de ánimo, ni perseverancia en la resolución para cometer el delito.

12.1.4.2.3.2. Dolo directo indeterminado. Para la doctrina clásica, el dolo es directo indeterminado, si el resultado se presentaba como una consecuencia posible, no prevista o prevista sin quererla.

Modernamente se entiende que el dolo es directo e indeterminado cuando el agente, entre varios posibles resultados que se le presentan, quiere cualquiera de ellos como consecuencia de su conducta.

Es el caso del agente que quiere, indistintamente, matar o herir, y para tal efecto dispara un arma de fuego contra la víctima. En estos casos el resultado determina el dolo.

a. Dolo directo indeterminado alternativo.

El dolo directo indeterminado es alternativo cuando el actor, entre varios efectos alternativos posibles, quiere, con indiferencia, que resulte cualquiera de esos resultados posibles.

Es el caso del que dispara sobre un grupo de personas, sin apuntar a ninguno en particular, pero sabiendo que matará o herirá a alguna de esas personas, y le es indiferente matar o herir aunque sí quiere el resultado.

b. Dolo directo indeterminado eventual.

El dolo directo indeterminado es eventual cuando al actor se le presentan varios resultados posibles, y quiere uno como resultado principal y otro como eventual o secundario.

Usando el mismo ejemplo anterior, es el caso del actor que dispara contra un grupo de personas, con la intención de dar muerte, principalmente, a uno de ellos, y eventualmente a otro.

c. Dolo indirecto.

El dolo es indirecto cuando el actor quiere un resultado, pero el resultado alcanzado sobrepasa a la intención del actor.

El caso típico es el dolo en el homicidio preterintencional.

12.1.5. Responsabilidad por culpa.

En el Código Penal patrio, y atendiendo al texto del artículo 26, la culpa, además del dolo, operan como presupuesto de procedibilidad para la declaración de responsabilidad penal.

Ello es así, porque si atendemos al tenor literal del artículo 26, este sustenta que nadie podrá ser declarado culpable por un hecho legalmente descrito, si no lo ha realizado con dolo o culpa.

Dicho de otra manera, nadie puede ser declarado culpable de delito, aunque el delito esté legalmente descrito, porque requiere de la prueba del dolo o la culpa; y es que la declaración de culpabilidad de la que habla la norma es, precisamente, la declaración de responsabilidad penal contenida en la sentencia penal.

Sin adentrarnos a un debate doctrinal sobre la definición de culpa, y orientándonos hacia una exposición de Derecho Positivo, vamos a valernos,

primero como antecedente, de la definición legal de culpa que nos ofrecía el artículo 32 del derogado Código Penal del '82, el cual a la letra establecía:

Artículo 32. Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, en el caso de representárselo como posible, actúa confiado en poder evitarlo.

Siguiendo esta tradición, el artículo 28 del Código Penal vigente de 2007, a la letra expresa:

Artículo 28. Actúa con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del deber objetivo de cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y las condiciones personales o, en el caso de representárselo como posible, actúa confiado en poder evitarlo.

Vale aquí la misma crítica que hacía al derogado Código del '82, y es que aunque particularmente pienso que la definición que nos dan los artículo 32, del derogado Código del '82, y 28 del actual Código de 2007, no es la más feliz, porque no refiere en su enunciado todas las formas de la culpa, sí nos expone, en esencia, la idea de culpa; y es que el actuar culposo se puede manifestar en tres formas: negligencia, imprudencia e impericia.

Ya antes de la aprobación del actual Código Penal de 2007, y de su artículo 370, en que instituye una tipificación penal culposa para los notario, decíamos en la primera edición de este estudio de derecho notarial, que era imperativo establecer que por la naturaleza de la función pública que ejerce el notario como depositario de la fe pública notarial y por la regulación que el Código Civil establece para el ejercicio de esa función notarial, el notario no cometía delito culposo al amparo de los tipos penales del derogado Código Penal del '82; y la responsabilidad por culpa irrogable al notario en el ejercicio de sus funciones se trasladaba, por razón de la naturaleza funcional, al Derecho Civil, por lo que la responsabilidad por culpa del notario debía ser reclamada en la esfera de la justicia civil y no penal bajo la regencia del Código del '82.

En todo caso, frente a la posible responsabilidad por culpa del notario podíamos hablar de ilícito civil pero no de ilícito penal; y es que tanto la responsabilidad de culpa por negligencia, responsabilidad de culpa por imprudencia y la responsabilidad de culpa por impericia, solo pueden irrogarse al notario en razón de defecto en el ejercicio de sus funciones o en la prestación del servicio, pero ajena a una conducta penal dolosa o culposa.

Decíamos antes de la entrada en vigencia del Código Penal de 2007, que solo con propósito didáctico, si aceptábamos que el notario cometía delito culposo tendríamos que renunciar a concebir el derecho notarial como un derecho voluntario, tendríamos que renunciar, por lo menos, al principio de rogación (que algunos doctrinarios prefieren llamar de “*rogatio*” o de requerimiento), al principio de consentimiento y al principio de buena fe; lo cual sería desatender a la naturaleza del Derecho Notarial, que manda, como dice el artículo 1739 del Código Civil que:

“... cuando algún acto o contrato, o cuando alguna cláusula del acto o contrato le pareciere ilegal, deberá advertirlo a las partes, sin rehusar en ningún caso la autorización”;

También, el mandato del artículo 1729 del mismo Código Civil, cuando dice que:

“lo dicho en el artículo anterior no excluye el que también se otorguen por ante notario los actos y contratos cuya constancia quieran las partes quede consignada en escritura pública, aún cuando para tales actos o contratos no haya la ley ordenado semejante formalidad”.

Luego, entonces, si se entiende que el notario debe prestar sus servicios al rogante, aún en contra de la advertencia del notario, mal puede el notario ser responsable, por culpa, esto es por delito culposo en la prestación del servicio.

Lo mismo opera para el caso del servicio de autenticación de documento privado, por ventanilla, o de autenticación de firmas; pues el notario, al amparo del principio de buena fe, no puede ser responsable del contenido del documento, por lo que mal puede ser llamado a responder por él.

12.1.5.1. El Tipo Penal culposo imputable al Notario

La derogatoria del Código Penal de 1982 y la, consecuente, entrada en vigencia del Código Penal de 2007, trajo consigo la implantación de un tipo penal culposo para los funcionarios públicos que dan fe pública y, norma que se ha entendido que se aplica a los notarios en el ejercicio de sus funciones; pero es que la redacción del artículo 370 también trajo contradicciones.

El artículo 370 del Código Penal vigente a la letra expresa:

Artículo 370. Quien tenga como función dar fe pública y permita de manera culposa la expedición, el registro o el archivo protocolar de un documento fraudulento que tenga efecto público, será sancionado con prisión de uno a dos años o equivalente en días multa o arresto de fines de semana.

Tenemos que decir que la introducción del artículo 370 del Código penal vigente, el cual contiene una tipificación penal de delito culposo por parte del notario, de manera directa, confronta no solo con la normativa del Código Civil vigente sino con el sistema del notariado latino, del cual forma parte Panamá, sin soslayar el error de tipicidad que contiene la redacción del artículo 370, incommento.

Ahora bien, el primer planteamiento crítico que debe hacerse al artículo 370, incommento, es que una cosa es la fe pública y otra la fe pública notarial; y es que hay una relación de género a especie, donde el género es la fe pública y la especie es la fe pública notarial; en tal sentido: toda fe notarial es fe pública pero no toda fe pública es notarial.

En este sentido, hay funcionarios públicos que, en efecto, y al decir del artículo 370 del Código Penal son depositarios de la fe pública, por ejemplo, los secretarios de Consejos Municipales que expiden certificaciones de autenticidad de las actuaciones de los consejos; los secretarios de Ministerios e instituciones que, también, dan fe pública mediante certificaciones de las actuaciones de los ministerios y de las instituciones; los secretarios de Alcaldías que además de

dar fe pública mediante la certificación de los actos públicos de las alcaldías, también, están facultados por la ley para confeccionar escrituras públicas pero no son notarios sino funcionarios públicos.

El notario, en primer lugar, no es un funcionario público ordinarios de la administración pública; ya hemos dicho que no cobra del Estado ni forma parte de la estructura del poder público, y aunque el artículo 370 no dice “funcionario público” sino “quien tenga como función dar fe pública...”, en el sentido literal de la norma no alcanza a la función pública notarial, porque no lo dice así la norma, y en estricto sentido jurídico público dan fe pública, por ejemplo, la secretaria de la presidencia, la secretaria de los ministerios, la secretaria de las instituciones públicas, las secretarías de los consejos municipales y las alcaldías, etc.

En otro aspecto, la el artículo 370 emplea la expresión “expedición” para hacer referencia al ejercicio funcional de dar fe pública, en vez de haber utilizado la que la doctrina emplea como propia de la función de dar fe pública notarial y es “otorgar” u “otorgamiento”; porque si vamos al diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, “expedición” proviene del latín: “expeditio-oni”, que significa:

“acción y efecto de expedir, Excursión para realizar una expresa en punto distante. Expedición militar, naval, científica...”

En tanto que “otorgar” u “otorgamiento”, que proviene del latín “autoricäre, de autoräre”, que significa:

“consentir, condescender o conceder algo que se pide o se pregunta. Hacer merced y gracia de algo. Der. Disponer, establecer, ofrecer, estipular o prometer algo. Por lo común cuando interviene solemnemente la fe notarial”.

Es evidente, entonces, que el artículo 370 del Código Penal al emplear la expresión “expedición” en vez de “otorgar”, “otorgue” u “otorgamiento” incurre en un error ideomático y por lo tanto desnaturaliza el tipo penal que se pretendía establecer; y es que al estar tipificando una conducta delictual debió utilizar un “verbo” que es lo que permite conjugar la conducta; y es que quien haga el ejercicio de conjugación de “expedición” se da cuenta de la mal redacción de la norma, porque no es posible conjugar “expedición”, por las simple razón que no es un “verbo”, conjugación que si se pudiera hacer con “otorgar”: yo, otorgo; tu, otorgas, él, otorga, etc

Creemos suficiente las críticas al artículo 370 del Código Penal, que no significa que no haya más, porque también está el mal uso de la figura del “registro”, porque el notario, en nuestro sistema, a la redacción de este estudio no registra por lo que mal puede irrigársele esa conducta; pero lo que es peor es el empleo del calificativo “fraudulento”; calidad que se supone el notario debe conocer al momento de “expedicionar” el tramite que se le pide, y es que fraudulento es una condición que solo califica una decisión judicial, porque supone una verificación de certeza previa.

Todo lo anterior sin soslayar que la introducción del artículo 370 del Código Penal al tipificar un tipo penal culposo irrogable al notario en ejercicio de su función pública notarial contraviene disposiciones del Código Civil que regula la materia notarial y, específicamente, la culpa en que incurra el notario en el ejercicio de sus funciones; por lo tanto se ha ignorado toda la regulación civil del notariado y se ha elevado a culpa penal lo que antes era responsabilidad civil.

Pero lo grave del artículo 370 del Código Penal no es necesariamente que haya ignorado la regulación civil del notariado panameño, sino que haya ignorado las reales causas del problema de falsedad en los despachos notariales; cuales es que en nuestro país el notario a degenerado en un testaferra del sector económico privado que trabajan ejerciendo la fe pública en una abierta competencia desleal con la propia función pública notarial; porque los bancos, las oficinas de abogados, las financieras y los satélites ejercen ilegalmente la función pública notarial desde el momento que confeccionan escrituras y solo se la llevan al notaria para que las firme; desde el momento en que recogen firmas de autenticación de 3 documentos y luego se la llevan al

notario para que con su firma de fe pública; desde el momento en que las altas personalidades del Estado y los funcionarios públicos no quieren ir a los despachos notariales a hacer los trámites personalmente como manda la ley, y entre ellos están no solo los funcionarios del poder público central sino los mis fiscales, jueces y magistrados que después tramitan los expedientes contra los notarios, a sabiendas de que la practica notarial a superado, por la degradación del sistema, a los procedimientos establecidos en la ley.

12.1.6. Responsabilidad de culpa por negligencia.

Al amparo del artículo 28 del Código Penal vigente, la negligencia es una de las formas de la culpa, que consiste en una conducta omisiva, contraria a las normas que imponen determinada conducta, inclinada a impedir la realización de un resultado dañoso o peligroso.

No impedir un resultado dañoso o peligroso que haya obligación jurídica de impedir, equivale a ocasionarlo. Naturalmente que la omisión no es, propiamente, la causa del resultado, sino que, por ficción jurídica, se asimila a la causa; pues una vez que el agente se encuentre en una condición de relación causa - efecto tiene la obligación jurídica de realizar una conducta de impedir el resultado.

Se incurre en negligencia no solo por dejar de hacer algo sino, también, por el descuido en la propia conducta, en cuanto se actúa de manera contraria a como se debe.

Hay una zona gris entre negligencia e impericia; cuando la conducta denota una falta o ligereza técnica se habla de impericia; en cambio, cuando la conducta denota descuido o inobservancia de las normas comunes, se habla de negligencia. Así, el médico que no se desinfecta, si lo hace por ignorancia, será impericia; pero si no se desinfecta por descuido, será, entonces, negligente.

Para Altavilla, la negligencia es una forma de desatención, de inercia psíquica. Pero también puede derivarse de una forma de inercia física, de pereza, en caso que hayan surgido en la conciencia los motivos para obrar, y a

pesar de ello no se obra, siendo así posible la culpa con previsión por negligencia⁴¹.

Según Altavilla, en la negligencia hay un fenómeno de algidez emotivo-afectiva, ya que el colorido emotivo de la re-presentación es el gran propulsor de las acciones; por esto una madre es más diligente en vigilar a sus hijos, que una niñera los de su señora. Del afecto, del interés, surgen motivos de acción con fuerza suficiente para superar los motivos contrarios. Es natural que la negligencia tenga relaciones con algún temperamento particular, psíquico y ético: amnésico, inerte, afectivamente torpe⁴².

Hay negligencia cuando el propietario deja un arma cargada donde hay niños, cuando el encargado de vigilar los trabajos no lo hace, cuando el padre entrega a su hijo menor el auto sin que este tenga licencia de manejo.

12.1.7. Responsabilidad de culpa por imprudencia.

La imprudencia consiste en el despliegue de una acción realizada con ligereza, sin atender las debidas precauciones, poniendo en peligro o afectando derechos ajenos tutelados.

En tanto que la negligencia es actuar en inobservancia, por desconocimiento, de las normas comunes creyéndose que se han cumplido; la imprudencia es actuar también en inobservancia, pero conociéndolas, de las normas comunes y produciendo, como consecuencia, la puesta en peligro o la afectación de los derechos ajenos tutelados.

En opinión de Altavilla, la negligencia:

“Es conducta positiva, consistente en una acción de la cual habría que abstenerse, por ser capaz de ocasionar determinado resultado de daño o de peligro, o que ha sido realizada de manera no adecuada, haciéndose así peligrosa para el derecho ajeno, penalmente tutelado. Por lo tanto, es una forma de ligereza, un obrar sin precauciones”⁴³.

⁴¹ ALTAVILLA, Enrico. La Culpa. Bogotá (Colombia): Editorial Temis, 1087, pp. 4 y s

⁴² **Ídem.**

⁴³ **Ídem.**

Altavilla, siguiendo a Del Giudice, comenta que de la imprudencia se ha pretendido distinguir la precipitación y la desatención, aunque Del Giudice los considera elementos exclusivos de la negligencia. Es perfectamente exacto, dice Altavilla, que la escasa atención puede entorpecer nuestro proceso asociativo, impidiendo que surjan estímulos para obrar, pero la prescripción y la desatención también pueden ser elemento constitutivo de la imprudencia, que puede consistir, no solo en obrar cuando no se debía, sino en obrar del modo como se obra; por ejemplo, es imprudente el chofer que, aunque sea muy hábil, retrocede precipitadamente⁴⁴.

Para Altavilla, la imprudencia puede derivarse de un tipo particular, psicoético, de un hecho impulsivo, de una fácil excitabilidad, que no está presidida por un proceso inhibitorio perfecto; a menudo el culpable es un emotivo, que decide in-consideradamente y que no obra guiado por atención constante⁴⁵.

12.1.8. Responsabilidad de culpa por impericia.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la impericia es la falta de pericia; en tanto que pericia es sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte.

Para los franceses, la impericia es la inobservancia “*des règles d’art*”; para los alemanes es “*kunfehler*”; para los ingleses es la “*mal practice*”.

Entendemos, en sentido lato, que la impericia consiste en la falta de conocimiento, de práctica, experiencia y habilidad en el ejercicio de una profesión, arte u oficio.

Siguiendo a Altavilla, podemos decir que la impericia se funda en la ignorancia, el error y la inhabilidad. La ignorancia implica falta de conocimiento de un objeto o de un fenómeno, y así un médico puede ignorar que se ha

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Ídem.

descubierto un nuevo remedio. El error consiste en un juicio inexacto, que puede derivarse de un fenómeno ilusorio, es decir, de una percepción inexacta (como al tomar una llave por un cuchillo), o de equivocarse al interpretar el desarrollo de un fenómeno como en el caso del médico que cree que el haber bajado la temperatura del enfermo proviene del agotamiento de un proceso flogístico, mientras es la manifestación de un colapso⁴⁶.

Para Altavilla, el concepto de inhabilidad, que Carnelutti deriva del Derecho Privado, revela defectos, no en la formación de los juicios, sino en su traducción en actos, o sea que se yerra, no al juzgar lo que es preciso hacer, sino al ejecutar la propia decisión; tenemos ejemplo en el cirujano que ha proyectado de modo exacto, después de un diagnóstico preciso, lo que debe hacer, pero se muestra inhábil en el manejo del bisturí⁴⁷.

12.1.9. La responsabilidad del notario por delitos en particular.

Para algunos autores «solamente hay tres delitos comisibles por el notario: la falsedad, la violación de secretos y la infidelidad en la custodia de documentos»⁴⁸, mientras que para otros dicha enumeración es reducida, pues otra «fuente de responsabilidad criminal del notario es la denegación de auxilio y la anticipación, prolongación y ausencia de funciones»⁴⁹. Esta última opinión tiene mucho que ver con la implementación de una legislación autónoma codificada, estatutaria u orgánica sobre el ejercicio de la función notarial que establece estas obligaciones funcionales, y no es el caso de la legislación panameña.

Por otra parte, según el autor español Ávila Álvarez, no todos los delitos contenidos en el Código Penal y aplicable a los funcionarios públicos pueden ser cometidos por el notario:

"la infracción de los deberes que por razón de su cargo pesan sobre el Notario, no engendra, muchas veces, más que responsabilidades disciplinarias; pero cuando esas

⁴⁶ **Ídem.**

⁴⁷ **Ídem.**

⁴⁸ **GIMENEZ ARNAU**, Enrique. **Derecho Notarial**. Navarra (España): Universidad de Pamplona, 1976, p. 325

⁴⁹ **Ibíd.**, p. 328

infracciones constituyen lo que se ha llamado 'un ejemplo intolerable', la Ley las eleva a la categoría de delitos, exigiendo la responsabilidad penal correspondiente; es por ello que sostiene este autor que «el Código Penal Español regula los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, pero de ellos sólo algunos pueden ser cometidos por el Notario como tal. (...)»⁵⁰.

Por su parte, Tomás Ramón Fernández y Fernando Sáinz Moreno al analizar la legislación penal española relacionada con el ejercicio de la función notarial explican que la "falsificación de documentos públicos" (art. 302 del Código Penal), la "infidelidad en la custodia de documentos" (Art. 364 a 366 del Código Penal) o la "violación de secretos" (art. 367 del Código penal), están tipificados en el Código Penal como delitos que cometen los funcionarios públicos.

Sin embargo, su aplicación a los notarios no significa que se les considere funcionarios en sentido estricto, porque bien es sabido que el concepto penal de funcionario no coincide con el concepto técnico administrativo; y es que según se explica, en España, a los efectos penales, "se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas" (art. 119.2 del Código Penal).

Por ello, tal aplicación se produce en cuanto que los notarios "ejercen una función pública"; y es que, en efecto, según explican, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español (Sala 2a.) lo ha dejado claro en los pocos supuestos en que ha tenido que aplicar a un notario esos preceptos, porque la jurisprudencia penal ha destacado el doble carácter profesional y funcional de los notarios⁵¹.

En la doctrina argentina, Mariana Di Prospero sostiene que la responsabilidad de escribano emerge de la actuación delictuosa en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Para que exista responsabilidad penal, la actuación del escribano debe encuadrarse en alguno de los tipos delictivos contenidos ya sea en el Código Penal o en las leyes penales especiales; y alega

⁵⁰ AVILA ALVAREZ, Pedro. **Derecho Notarial**. Barcelona (España): Editorial Bosch, 1990, p. 209

⁵¹ FERNANDEZ, Tomas Ramón y SAINZ MORENO, Fernando. **El Notario, La Función Notarial y las Garantías Constitucionales**. Madrid (España): Editorial Civitas, 1989, p. 67

que los delitos vinculados con la actividad notarial, son los siguientes: delitos contra la fe pública, violación del secreto profesional, violación de deberes de funcionario público y apropiación indebida⁵².

Cubides Romero⁵³, en la doctrina colombiana, explica que la responsabilidad penal en que puede incurrir un notario en el ejercicio de sus funciones:

"puede tener dos fuentes diferentes: la comisión de un delito específico emanado del comportamiento que realice con relación a un contrato o situación contractual existente por razón de sus funciones, como en el caso de un depósito, bien para percibir y entregar sumas pertenecientes al Estado, o en las sumas o efectos y títulos valores que los otorgantes le entreguen para su custodia y posterior restitución. La Ley denomina a esta trasgresión como 'Abuso de Confianza'...

Puede principalmente esta responsabilidad derivarse del ejercicio propio notarial y en relación con las atribuciones legales que le confieren la fe notarial o fe pública que coadyuva a la configuración formal de los negocios solemnes y a la autenticidad de los actos que interviene. Es la llamada 'Falsedad en documentos públicos'...

Desde luego que el Notario no es un funcionario público en el sentido de ser dependiente o agente del Estado... pero la atribución de la fe pública o fe notarial como integrante de la función que ejerce y la calificación adecuada de pública que a ésta le confiere la legislación, justifican que se predique del Notario la posibilidad de incurrir en falsedad en documentos públicos como funcionario oficial (en el sentido de autorizado por la ley). Pero si se pretendiera que por ser el Notario un particular no podría incurrir en falsedad que tenga por autor o sujeto activo a funcionario o empleado público, la situación no cambiaría en cuanto a su responsabilidad en cualesquiera de las conductas consignadas en la transcripción precedente, porque el Código Penal contempla el mismo delito cuando es cometido por un particular que realice cualquiera de las falsedades enumeradas".

Para nosotros, indistintamente de que la conducta penal irrogable al notario pueda estar tipificada en leyes especiales, estatutarias o en la codificación penal, lo relevante a la esencia de la responsabilidad penal del notario es su actuación dolosa, como antecedente vale comentar que el artículo 30 del derogado Código Penal del '82 establecía que "nadie podrá ser declarado culpable por un hecho legalmente descrito si no lo ha realizado con

⁵² **DI PROSPERO**, Mariana. **La Responsabilidad del Escribano**, en la Responsabilidad Profesional. Buenos Aires (Argentina): Edit. Astrea, 1995, p. 61

⁵³ **CUBIDES ROMERO**, Manuel. **Ob. Cit.**, p. 345

dolo, salvo los casos de culpa expresamente previstos por la ley...”; en tanto que el artículo 26 del actual Código Penal del 2007 establece que “para que una conducta sea considerada como delito debe ser realizada con dolo, salvo los casos de culpa previstos por este Código...”.

Contrario a mi posición de que al amparo del Código Penal derogado del '82 el notario no cometía delito doloso, y a razón de que en el Ministerio Público se admitían denuncias y querellas contra notarios; se puede expresar, entonces, que la responsabilidad penal del notario por delitos en particular, en el derogado Código del '82, podía considerarse condicionada a la prueba del dolo, pero del dolo específico, esto es la intencionalidad del notario de producirse un provecho para sí o para un tercero; y es que solo así puede entenderse el sentido real y práctico del principio de buena fe que impera, como principio rector, en el ejercicio de la función notarial en Panamá regulada por el Código Civil.

Actualmente, y al amparo del artículo 370 del Código Penal vigente del '82 no es posible hablar de responsabilidad del notario por delitos en particular a razón de que se ha establecido un delito especial, por culpa.

12.2. RESPONSABILIDAD FISCAL O TRIBUTARIA.

El Código Administrativo, vigente desde 1917, trajo en su texto original el artículo 2137, el cual fue subrogado por los incisos primero y tercero de la Ley 14 de 1918, y en seis numerales estableció las tarifas de honorarios profesionales que los otorgantes o interesados debían pagar a los notarios. Vale comentar que en la actualidad la tarifa de honorarios ha sido revisada, está establecida por un acuerdo de notarios y aprobada por el Ministerio de Gobierno y Justicia.

En la doctrina del Derecho Notarial encontramos criterios como el expresado por Mariana Di Prospero quien en relación a la responsabilidad fiscal sostiene:

"La responsabilidad fiscal surge, de una imposición legal, mediante la cual, por intervenir en un acto u operación gravada impositivamente o vinculada con servicios retribuíbles, se le impone al notario el carácter de agente de retención, de recaudación, de liquidación, de información o de obligado solidario con el contribuyente...

"El notario, por su carácter de responsable, es así mismo titular de una obligación tributaria en su sentido subsidiario, ya que a él incumbe el deber de pagar y aun soportar

coacción estatal en caso de incumplimiento por parte del contribuyente en razón de una determinada vinculación con éste o con el objeto del tributo”⁵⁴.

En efecto, conforme al ordenamiento jurídico patrio, esto es el Código Administrativo, el Código Fiscal y demás normas que se ocupan del tema, los notarios responden como agentes de retención del impuesto de timbre fiscal, en todo cuanto a ellos se asigna.

La responsabilidad tributaria, en algunas legislaciones como la colombiana⁵⁵, se manifiesta en la sanción que se impone al notario por el incumplimiento que incurra en esta materia, pena que, entre otras, consiste en que ha de pagar al Estado el doble del valor que debió ser cancelado.

En nuestro país, la legislación fiscal, con la reforma fiscal introducida por la Ley 6 de 2005, se presenta confusa en torno a cómo deben los notarios presentar su declaración de renta, a ello obedece que el 5 de agosto de 2005, respondiendo a consulta elevada al Ministerio de Economía y Finanzas, la Dirección General de Ingresos absolviera consulta, pero sin resolver la confusión. En los antecedentes de la consulta transcribía la Dirección General de Ingresos que el Colegio de Notarios exponía que:

“...
buscando ubicar con exactitud a los notarios, debe considerarse que su facturación bruta es mayor de B/.60,000 anuales. Si usamos el método de la vigencia anterior no existe problema, ya que fungimos como una persona jurídica o comerciante con todos sus gastos empresariales. Resulta una intriga si se nos aplica el 6% sobre el ingreso bruto, ya que fungimos como una empresa y la suposición es que las personas naturales reciben sus pagos u honorarios de empresas que se les tasan con 1.4% y no 6%.

Continuando con esta tarea, es en el renglón de personas naturales comerciantes donde se encuadra nuestra actividad. Arribamos a esta conclusión porque como el comerciante, persona natural, tenemos costos y gastos que sobrepasan el 70% del ingreso bruto y en este marco resulta factible que se nos aplique el CAIR del 4.67% de 30%, o sea un 1.4%...”

⁵⁴ DI PROSPERO, Mariana. Ob. Cit., p. 57

⁵⁵ ROMERO DIAZ, Héctor. **Responsabilidad Civil General y del Notario**. Bogotá (Colombia): Ediciones Librería del Profesional, 2000, p. 200

En la respuesta que da la Dirección General de Ingresos al Colegio de Notarios Públicos de la República de Panamá se lee el siguiente texto:

“En este sentido debo indicarle que el Código Fiscal, señala dos tipos de contribuyentes a saber, identificados como personas naturales y personas jurídicas.

Las personas naturales a su vez se pueden clasificar en profesionales, comisionistas, comerciantes, entre otras, estando los notarios ubicados en la categoría de personas naturales profesionales.

Ahora bien, su interrogante versa en la posibilidad de ser ubicados dentro del rango de personas naturales comerciantes, a efecto de poder calcular el impuesto sobre la renta alternativo, de la forma en que le es calculado a las mismas”.

Luego de los comentarios citados expuestos por la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, la autoridad pasa a citar el texto del artículo 700 del Código Fiscal, en donde centra la respuesta a la consulta, en los siguientes términos:

Sobre el particular, el artículo 700 del Código Fiscal, según quedó modificado por la Ley 6 de 2005, es claro al indicar lo siguiente:

“... ”

Las personas naturales con un ingreso gravable anual superior a sesenta mil balboas (B/.60,000.00), además de calcular su pago de Impuesto sobre la Renta a través del método establecido en el Libro IV Título I de este Código, deberán realizar un cálculo alternativo consistente en aplicar una tasa de seis por ciento (6%) sobre el renglón de total de ingresos gravables de su declaración jurada de renta. La cifra que resulte mayor entre los resultados de ambas operaciones, será el impuesto a pagar por el contribuyente.

Dicha cifra, además constituirá el impuesto estimado a declarar para el siguiente periodo fiscal. Se excluye de esta disposición a los contribuyentes que perciban únicamente en concepto de salario y gasto de representación, provenientes de una sola fuente...”.

Concluye el texto de la consulta refiriendo que “como puede observarse, el artículo en referencia es claro al indicar, la forma y sobre quienes ha de aplicarse el 6%, en el cálculo alternativo del Impuesto sobre la Renta...”.

La consulta fue firmada por el Director General de Ingresos, a.i., del Ministerio de Economía y Finanzas al momento de la consulta, fechada 5 de agosto de 2005.

Ahora bien, la respuesta carece del análisis que el Colegio de Notarios Públicos esperaba, pues solo se limitó a transcribir el artículo 700 del Código Fiscal, como quedó luego de la modificación hecha por la Ley 6 de 2005 sobre reforma fiscal, de lo que se deduce poco conocimiento en el manejo de la actividad notarial.

La responsabilidad fiscal del notario surge de una imposición de ley a razón del ejercicio de la función notarial; en efecto, el artículo 5 de la Ley 15 de 26 de octubre de 1926, que modifica el artículo 2137 del Código Administrativo (que ya había sido modificado por la Ley 14 de 1918) estableció que parte del costo por los servicios notariales se pagarían por medio de timbres nacionales (fiscales) que serían adheridos a las escrituras, copias o documentos que causaran el derecho a timbres fiscales, de todo lo cual se dejaría constancia en dichas escrituras, copias o documentos.

Se trata de que el notario público panameño, en ejercicio de la función notarial que le impone la ley, esto es que a solicitud de parte interesada interviene en un acto u operación gravada, impositivamente o vinculada con servicios retribuíbles, por lo que el notario adquiere el carácter de agente de retención, de recaudación, de liquidación, de información y en legislaciones como la nuestra el notario es hasta obligado solidario con el contribuyente; porque al decir de la parte final del artículo 5 de la Ley 15 de 1926, que hace el texto del artículo 2137 del Código Administrativo, “el notario será responsable pecuniariamente por la omisión de este último requisito”, es decir que el notario responde con su propio pecunio por la omisión del cobro del timbre nacional en el trámite notarial que la ley grave con el impuesto fiscal.

Resulta, entonces, que el notario, por la responsabilidad fiscal que le impone la ley, se constituye hasta en obligado subsidiario en el pago del impuesto fiscal de timbre nacional, ya que es su deber legal vigilar que el contribuyente pague el impuesto de timbre o recaudarlo y hacer el pago por el contribuyente, y a él incumbe también el deber de soportar coacción estatal en caso de incumplimiento por parte del contribuyente lo cual deriva por la relación de servicio del notario con el usuario contribuyente y a veces por la vinculación

con el objeto del tributo como es el caso de la actuación del notario en tómbolas y los informes correspondientes ante la Junta de Control de Juegos.

El notario funge, entonces, como agente de retención, de recaudación, de liquidación y de vigilante en el pago del impuesto de timbre nacional; lo cual indica que toda la facturación de la oficina notarial no es para el notario, sino que la misma ley fiscal le impone al notario la obligación de reportar recaudación, por lo que mal puede el notario pagar tributo al Estado por facturación, o lo que es lo mismo hacer su declaración de renta en base a lo facturado en el año fiscal.

El documento citado de consulta emitido por la Dirección general de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas ubica al notario como persona natural que ejerce una profesión, pero esta clasificación para los efectos de declaración de renta es impropia, porque definitivamente que no se trata de una persona natural que ejerce una profesión, pues la función pública notarial no es una profesión en Panamá; se trata sí de un particular que ejerce una función pública especial por una delegación del Estado; se trata de un profesional del Derecho que, por delegación del estado, ejerce la función pública notarial, pero solamente para los casos que la ley expresamente le faculta; por lo que tampoco es un funcionario público cualquiera ni forma parte de la estructura de la administración del Estado, sino un servidor público, cuyo ejercicio funcional tampoco es libre, como el de una persona natural que ejerce una profesión, sino que está regulado por el ordenamiento jurídico en cuanto a derechos y obligaciones, entiéndase el Código Civil y el Código Administrativo.

En el sistema del notariado latino, del que forma parte la República de Panamá, el notario es un particular, persona natural, aunque un profesional del Derecho, no en el ejercicio de una profesión, porque en Panamá no existe la profesión de notario público, sino en el ejercicio de la función pública notarial, por lo que ubicar al notario en la clasificación que se aplica para las demás personas naturales que ejercen una profesión, para los efectos de la declaración de renta, es desconocer un conjunto de normas legales civiles, administrativas y del mismo ordenamiento fiscal, y es una desigualdad fiscal.

Entonces, mal puede ubicarse al notario público entre las personas naturales que ejercen una profesión como mal ha sostenido la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas; porque el notario no es simplemente una persona natural, sino un profesional del Derecho que ejerce un servicio público especial, y porque el ejercicio de ese servicio público especial que es la función pública notarial no es una profesión en nuestro país, sino una delegación del Estado que deposita en los notarios la fe pública notarial; se trata, entonces, propiamente, del ejercicio de una función pública especial (Notarial) delegada por el Estado a determinados profesionales del derecho que cumplan con determinados requisitos de experiencia y probidad, de lo que se deduce que no cualquier persona natural, aun profesional, puede ejercer la función de notario público en Panamá..

La reforma fiscal introducida por la Ley 6 de 2005 no atiende a la naturaleza de la función notarial e impone un régimen impositivo fiscal al notario que encarece el servicio y que hace burocrático el pago del impuesto de timbre nacional; porque el notario puede negarse a que el usuario le pague el timbre a él porque eso hace parte de la facturación que grava al notario con el pago del impuesto.

12.3. RESPONSABILIDAD LABORAL.

La Ley les asigna a los notarios responsabilidad laboral por la prestación del servicio a los usuarios, primero, en el horario de las oficinas públicas; pero, además, en cualesquier días y horas en que fueren llamados a prestar el servicio.

A tal efecto, el artículo 2124 del Código Administrativo a la letra expresa:

Artículo 2124. Los notarios tendrán las horas de despacho público señaladas para los demás empleados públicos en este Código.

Dentro de las horas señaladas para el despacho, tienen los notarios la obligación de prestar su ministerio a las personas que para ello los requieran, y serán responsables a las partes o interesados de los perjuicios que a unas y a otros se sigan por la no extensión o formalización oportuna de los instrumentos o diligencias en que deben

intervenir los notarios, y cuya falta provenga de la inasistencia en las horas señaladas para el despacho o de otro hecho imputable a los mismos.

La norma es clara en establecer que el notario tiene una responsabilidad laboral, esto es con la prestación del servicio notarial según el horario de las oficinas públicas; y es que esto tiene sentido porque al ser el notario un servidor público, su despacho debe estar abierto al público, según las disposiciones del Código Administrativo para el horario de las oficinas públicas.

No obstante, el legislador fue más allá, y por razón de la naturaleza del servicio notarial estableció que los notarios pueden prestar el servicio más allá del horario de las oficinas públicas, por lo que el artículo 2125 establece lo siguiente:

Artículo 2125. Tienen también los notarios la obligación de prestar su ministerio fuera de la oficina, pero dentro del Distrito cabecera del Circuito de Notaría, en cualesquiera días y horas en que fueren llamados por personas que estuvieren en incapacidad física de pasar a la oficina de la notaría, y tratándose de actos urgentes cuya demora sea perjudicial.

Se trata, entonces, que el despacho notarial tiene la obligación de prestar el servicio según el horario de las oficinas públicas, pero además tiene responsabilidad disciplinaria.

12.4. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA.

La responsabilidad disciplinaria del notario deriva del in-cumplimiento de las obligaciones o funciones que debe cumplir.

La ley regula el ejercicio de las funciones públicas y la de algunos profesionales, con la finalidad que su desempeño se cumpla de acuerdo con las conductas orientadas a que el Estado cumpla sus fines éticos y sociales, todo dentro del marco de legalidad de la administración pública.

En este sentido, los reglamentos disciplinarios contienen la descripción legal de la conducta ética y el cumplimiento de los principios que debe observar quien ejerce una actividad o profesión relacionada con el servicio público.

Entonces, cuando la conducta reglada o los principios que orientan el trabajo público son infringidos, se incurre en responsabilidad disciplinaria.

Según el Código Administrativo, en el artículo 2134 la supervisión disciplinaria corresponde al Gobernador de la Provincia del Circuito Notarial, así:

Artículo 2134. El Gobernador visitará los notarios del Circuito dos veces en el año, en los últimos quince días del mes de Enero y en los últimos quince días del mes de Julio, y podrá visitarlos extraordinariamente cuando a bien lo tuviere o cuando el Presidente de la república se lo ordene.

En tanto que el artículo 2135 del Código Administrativo establece las posibles causas de faltas disciplinarias en que puede incurrir el notario, el cual a la letra expresa:

Artículo 2135. La visita se contraerá a examinar los libros y documentos del archivo, inclusive los inventarios que deben formarse con arreglo a ese Título, y el orden, aseo y seguridad de la oficina; a observar el método que usa el notario en el otorgamiento de los instrumentos, y por último a indicarle las reformas y mejoras que puede hacer conforme a la Ley; a dictar las providencias que el funcionario visitador estime conducentes en el caso de encontrar alguna falta que haga responsable al notario visitado.

El notario incurre en responsabilidad disciplinaria cuando realiza conductas que afectan a la majestad, dignidad y eficacia del servicio notarial conforme lo establecido en el Libro Quinto, Título I, "Del Notariado", Capítulos I, II, III del Código Civil y el Título XVI, "Notariado" del Código Administrativo, en todo lo que se refiere al funcionamiento del despacho notarial y a la custodia de los protocolos y seguridad del despacho, así como la utilidad de los libros correspondientes, entre otros aspectos.

En efecto, aunque no se presente un perjuicio o daño por el comportamiento, la sola irregularidad que se encuentra dentro de la preceptiva del articulado del Código Civil en cuanto al funcionamiento del despacho notarial y el artículo 2135 del Código Administrativo, que afecte la prestación del servicio, constituye una infracción disciplinaria.

12.5. RESPONSABILIDAD CIVIL.

Atendiendo a la naturaleza de la función notarial es determinante que el notario ejerce una función pública limitada, según los artículos 1715 y 1727 del Código Civil, a la recepción, extensión y autorización de las declaraciones, actos y contratos a que las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancia públicas, conforme a la ley, y su confianza respecto de los documentos que se ponen bajo la custodia del mismo notario.

Ahora bien, tratándose del ejercicio de servicio o función pública debemos referirnos al artículo 299 de la Constitución Política, el cual define el servicio o la función pública en los siguientes términos:

Artículo 299. Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas o semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado.

El notario, en efecto, ejerce la función pública notarial, y es nombrado por el Órgano Ejecutivo, pero no labora para ninguno de los tres Órganos del Estado, ni recibe remuneración del Estado, por lo que no es un funcionario público, en todo caso un servidor público especial por razón de la función, pero no forma parte de la estructura administrativa del Estado.

No obstante, el fundamento legal de la responsabilidad civil la encontramos tanto en el Código Civil (Art. 1739 y 1740), como en el Código Administrativo (art. 3 de la Ley 15 de 1926).

12.5.1. El ilícito civil.

El Código Civil, en el artículo 1, nos refiere a un concepto de ilícito civil cuando dice que la ley obliga tanto a los nacionales como a los extranjeros y que la ignorancia no excusa su cumplimiento.

En efecto, el Código Civil regula las relaciones privadas de los ciudadanos, pero es que aún en el marco de las relaciones privadas hay ilicitud cuando se trata de una relación reconocida en el Código Civil como generadora de derechos y obligaciones.

Dice así el artículo 1 del Código Civil:

Artículo 1. La ley obliga tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes o transeúntes en el territorio de la República; y una vez promulgada, la ignorancia de ella no sirve de excusa.

Significa que tanto los nacionales como los extranjeros tienen la obligación de cumplir con la ley promulgada, a contrario sensu la ejecución de una conducta contraria a la previsión o mandato de la norma legal se convierte en un ilícito civil.

12.5.2. Los notarios no responden por razones de fondo.

El artículo 1739 del Código Civil establece que los notarios responden de la parte formal del instrumento notarial; y es que, en efecto, el notario cumple su función atendiendo a las formalidades y solemnidades que la ley establece; en tanto que la comparecencia espontánea y personal de los interesados expresa la autonomía de la voluntad, la cual debe realizarse sin vicios ni error.

En este sentido, las funciones del notario están establecidas en normas de derecho positivo, y la ley limita su accionar a la voluntariedad de las partes; por lo tanto, mal puede el notario responder del contenido de la declaración, acto o contrato cuando no ha participado en él, sino para darle la forma que la ley le exige como depositario de la fe pública notarial.

Es por ello que el artículo 1739 a la letra establece:

Artículo 1739. Los notarios responden de la parte formal y no de la sustancia de los actos y contratos que autorizan. Con todo, cuando algún acto o contrato, o cuando alguna cláusula del acto o contrato le pareciere ilegal, deberá advertirlo a las partes, sin rehusar en ningún caso la autorización.

La norma es clara en establecer que el notario responde solo de la forma de los actos y contratos que autorizan; pero el espíritu de la norma no se queda allí, y agrega que en caso de que el notario considere que alguna de las cláusulas del acto o contrato confronta la legalidad, solo podrá advertirlo a las partes, pero no puede rehusar en ningún caso la autorización; esto no hace más que demostrar el carácter dispositivo del Derecho Notarial; es por ello que tiene sentido el texto del artículo 1715 del Código Civil cuando expresa que la función del notario se enmarca en “la recepción, extensión y autorización de las declaraciones, actos y contratos a que las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancia públicas, conforme a la ley”.

12.5.3. Los notarios no responden por la capacidad legal de las partes.

Si la función del notario es la de dar fe pública de las declaraciones, actos y contratos a que las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancia públicas, conforme a la ley, como en efecto así es, según establece el artículo 1715, entonces la función notarial se cumple a solicitud de parte; y es por ello que el mismo Código Civil en los artículos 1740 y 1741 se refiere a que el notario, en principio, no responde, civilmente, por la capacidad o aptitud legal de las partes.

Dice así el artículo 1740:

Artículo 1740. No responden tampoco los notarios de la capacidad o aptitud legal de las partes para ejecutar el acto o celebrar el contrato que solemnizan...

La normativa sobre notariado contenida en el Libro V del Código Civil panameño reconoce tanta importancia a la voluntad de las partes que en complemento del artículo 1740 debemos hacer referencia al artículo 1741 del mismo Código Civil, el cual establece que si al notario le constare que los otorgantes no tienen la capacidad legal se los advertirá, pero que si los otorgantes insistieren, el notario no negará lo solicitado aunque dejando constancia.

El texto del artículo 1741 es el siguiente:

Artículo 1741. Sin embargo, de lo dispuesto en el anterior artículo, si al notario le constare que los otorgantes no tienen la capacidad o aptitud legal para obligarse por sí solos, lo advertirá a los mismos otorgantes; y si no obstante insistieren ellos en el otorgamiento del instrumento, el notario lo extenderá y autorizará, dejando en el instrumento la debida constancia de la advertencia hecha a los otorgantes y de la insistencia de estos.

Ahora bien, y como una forma de concluir sobre el tema, el legislador estableció el artículo 1742 del Código Civil, el cual refiere a que si respecto de las personas otorgantes que ellas mismas manifiesten al notario su incapacidad para obligarse, el notario no les prestará su oficio para celebración de contratos.

Los artículos 1739 y 1740 del Código Civil, precitados, recogen la tradición de un principio doctrinal y asimilado por las legislaciones en materia de la responsabilidad civil de la función notarial, esto es la responsabilidad por culpa o negligencia en el ejercicio de la función; más, no obstante, se exime al notario de responsabilidad por razones de fondo.

En efecto, al tenor del artículo 1739 del Código Civil se deduce que, civilmente, el notario responde de la forma del instrumento, o dicho de otra manera el notario responde por lo que se entiende del concepto de su propia obra: esto es la forma del instrumento notarial y del sello en materia de autenticación; en tanto que los interesados responden del contenido o la verdad de sus declaraciones.

Con razón comenta Usuga Varela que, primordialmente, el notario responde civilmente de su propia obra. La escritura pública. El principio aceptado por la doctrina y recogido por nuestra legislación, según el cual el notario es autor del instrumento y las partes dueñas de sus declaraciones, y del cual también se desprende que cada cual responde por lo suyo⁵⁶.

En el derecho comparado, la legislación colombiana, por ejemplo, en el Estatuto Notarial vigente (Decreto 960 de 1970), en su artículo 9 recoge este principio así:

Artículo 9. Los notarios responden de la regularidad formal de los instrumentos que autorizan, pero no de la veracidad de las declaraciones de los interesados; tampoco responden de la capacidad o aptitud legal de estos para celebrar el acto o contrato respectivo.

La Ley 15 de 26 de octubre de 1926, “por la cual se adicionan y reforman varias disposiciones del Código Administrativo” contiene 11 artículos, de los cuales los dos primeros reforman los artículos 2119 y 2123, respectivamente, y el resto, por el título de la ley deben entenderse como adiciones, aunque la técnica legislativa es deficiente y solo enumero los artículos del 3 al 11.

No obstante, el artículo tres que debe entenderse como adición al Código Administrativo nos habla de la responsabilidad de los notarios en los siguientes términos:

Artículo 3. Los notarios son responsables de los perjuicios sufridos por los otorgantes en virtud de reparos de forma plena-mente justificados que haga la oficina de Registro Público al presentarse el respectivo documento para su inscripción, siempre que se trate de omisión o infracción de alguno de los requisitos de que trata el capítulo III del Título I del Libro V del Código Civil. En estos casos los notarios

⁵⁶ USUGA VARELA, Ocaris. Ob. Cit., p. 196

sufragarán de su peculio los gastos que demanden las respectificaciones por razón de los expresados reparos.

El notario puede ser sujeto de responsabilidad por culpa, por razón del ejercicio de sus funciones.

En este sentido, cuando la actuación del notario lesiona o daña intereses de usuarios o terceros, nace la obligación jurídica de indemnizar al perjudicado por el daño ocasionado, en los casos en que cabe responsabilidad al notario por su actuación.

Para Valencia Zea:

"la responsabilidad civil supone siempre una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha sido la causa de un daño y otro lo ha sufrido. La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica de esta relación, o sea, la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado. Por este motivo se advierte que la responsabilidad civil se resuelve en todos los casos en una obligación de reparación. Por tanto, es responsable aquel sujeto que queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otro; y no es responsable quien, a pesar de haber causado un daño a otro, no es obligado a repararlo"⁵⁷.

En torno a la clase de responsabilidad en que puede incurrir un notario se han elaborado diversas teorías, atendiendo a la tendencia y al contenido de las legislaciones, sin que haya una unidad doctrinal, no obstante los esfuerzos que realiza la Unión Internacional del Notariado Latino (U.I.N.L.). A propósito, hay teorías que sustentan la ausencia de responsabilidad, la responsabilidad limitada y la responsabilidad amplia.

Para algunos, la responsabilidad civil del notario es contractual, para otros es extracontractual, otros hablan que una sola conducta puede a la vez generar responsabilidad contractual y extracontractual.

En cuanto al doble efecto de la actuación notarial, en la doctrina se hace referencia a la jurisprudencia española que en sentencia de 11 de junio de

⁵⁷ VALENCIA ZEA, Arturo. **Derecho Civil**. 7ma edición; Bogotá (Colombia): Editorial Temis, 1986, T. III, p. 144

1988, resolvió un caso en el cual se demandó a un notario por error en identificar a uno de los otorgantes de un acto notarial, resolviendo que había concurrencia de culpas, contractual una y extracontractual la otra: «La primera, en cuanto a los otorgantes que demandan los servicios de un profesional de la fe pública para el otorgamiento del documento y, la segunda, en cuanto pueda afectar a un tercero no concurrente al acto del otorgamiento»⁵⁸. Definitivamente que la jurisprudencia española tiene como fundamento de interpretación al Estatuto Notarial Es-pañol.

En este mismo escenario doctrinal encontramos teorías que sustentan la ausencia de responsabilidad del notario, otras de la responsabilidad limitada y la responsabilidad amplia y hoy se habla de los pactos de no responsabilidad entre el notario y los usuarios.

12.5.4. La fuente de la responsabilidad en la función notarial.

Hay una relación jurídica entre el notario y los usuarios, pero esa relación no puede enmarcarse en una simple relación jurídica entre particulares, aun cuando se pueda entender que en el sistema del notariado latino, del que forma parte la República de Panamá, el notario es un particular en ejercicio de la función pública notarial, porque al fin y al cabo, si bien no es un funcionario público en el sentido propio, sino un servidor público para el ejercicio exclusiva de sus funciones, por lo que la relación debe entenderse siempre como la solicitud que hace un particular de que el funcionario público notarial le preste el servicio de darle fe pública para la declaración, acto o contrato sobre el cual quiera dar fe pública o autenticidad según la ley.

Entonces, dejamos de lado el debate ya superado en torno a si la responsabilidad notarial es contractual o extra-contractual; lo que importa es establecer que la responsabilidad civil del notario tiene su fuente en la violación en que incurra de una norma establecida en el ordenamiento jurídico en torno al ejercicio del cargo, porque es una relación que nace de la ley.

⁵⁸ ROMERO DIAZ, Héctor. *Ob. Cit.*, p. 202

En este momento es trascendental aclarar este punto, porque en doctrina extranjera podemos encontrar negación a esta afirmación, lo cual entendemos obedece a distintas legislaciones; no obstante, la realidad de nuestro ordenamiento civil es que por disposición del artículo 974, Libro Cuarto, que trata “De las Obligaciones en General y de los Contratos”, Título I sobre “De las Obligaciones”, Capítulo I de las “Disposiciones Generales”, las obligaciones también pueden derivar de la ley, como en efecto así es en relación a la obligaciones que nacen entre el notario y los usuarios.

El artículo 974 del Código Civil a la letra expresa:

Artículo 974. Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

No obstante lo expresado por el artículo 974, precitado, en el sentido de que las obligaciones pueden nacer también de la ley, el siguiente artículo de la normativa civil, esto es el artículo 975 del mismo Código Civil, entra a sentar criterios de interpretación en cuanto a las obligaciones que nacen de la ley, en el sentido de establecer que no se presumen y que solo son exigibles las expresamente determinadas en el Código Civil o en leyes especiales.

El artículo 975 del Código Civil a la letra expresa:

Artículo 975. Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Solo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales, y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro.

Si como queda establecido, el notario, por razón de sus funciones, es un servidor público, entonces, la responsabilidad civil por el servicio público notarial corresponde determinarla a la ley, así como la manera de hacerla efectiva.

Dejaremos, también, de lado el debate ya superado en torno a que el notario, por no estar expresamente comprendido en los textos constitucionales

como servidor público, situación a la que no escapa el enunciado del artículo 299 del texto constitucional panameño, ya no se cuestiona que el servicio notarial es público; y es que, en efecto, el Estado ha descentralizado este servicio y lo ha delegado a los notarios.

Los notarios son autónomos en el ejercicio de sus funciones, y esa autonomía se debe entender en el sentido que el notario no tiene superior jerárquico que revise sus actuaciones o ante quién se pueda recurrir; y la previsión contenida en los artículos 2134 y 2135 del Código Administrativo en cuanto a la fiscalización del Gobernador de la provincia tiene el propósito de supervisar el funcionamiento administrativo de las notarías, como el control fiscalizador y disciplinario que debe cumplir el Estado por razón de la prestación del servicio público notarial.

12.5.5. La responsabilidad limitada del código civil panameño.

En los orígenes del Derecho Notarial se debatió, profundamente, sobre el origen y la clase de la responsabilidad notarial, y se sustentaron teorías sobre la responsabilidad con-creta o contractual; para los autores que se adhirieron a la tesis de la responsabilidad concreta o contractual, el problema radicó en definir el tipo o clase de negocio jurídico que celebran el notario y los usuarios del servicio, a lo que la doctrina sustentó una diversidad de criterio y opiniones técnicas; algunos lo ubicaron en la figura de un contrato de locación, para otros se trata de un contrato de mandato.

Otros autores se identificaron con los fundamentos de la responsabilidad abstracta o extracontractual; y otros con la responsabilidad especial o estatal.

Nosotros entendemos, que el notario al ser el depositario de la fe pública, en efecto presta un servicio público, por eso en el ordenamiento jurídico le tiene asignado derechos y obligaciones, de lo que se deduce que es responsable del incumplimiento de las obligaciones que tiene en razón del ejercicio de su función pública notarial, y consecuentemente, según el derecho común, debe responder de los daños que ocasione en ejercicio de sus funciones con fundamento en las normas que regulan la materia.

En efecto, el notario tiene responsabilidad, pero esta responsabilidad en nuestro sistema se encuentra limitada, por lo que no puede exigírsele al notario responsabilidad por cuestiones de fondo, solamente por razones de forma y por causas disciplinarias.

Así, el Código Civil panameño, en cuyo Libro V se regula el notariado, asimila la teoría de la responsabilidad limitada, puesto que en el artículo 1739 establece, expresamente, que los notarios responden de la parte formal y no de la sustancia de los actos y contratos que autorizan.

En este sentido, el artículo 1739 del Código Civil panameño limita la responsabilidad civil del notario a la forma, por lo que el notario solo habrá de responder por defectos formales de los instrumentos que ante él se otorguen.

Por esta misma orientación es por lo que tiene, también, relevante importancia la parte final del artículo 1740, que establece como obligación para el notario, la de cuidar que los testigos instrumentales y de abono reúnan las condiciones exigidas por la ley.

Otro aspecto sobre el cual descansa la responsabilidad civil limitada de la función notarial panameña es el contenido del artículo 1750 del Código Civil, el cual expresa que “si la redacción del instrumento se encarga el notario por los interesados, la ejecutará en términos sencillos usando de las palabras en su acepción legal, ciñéndose precisamente a lo convenido, sin imponer condiciones que no se hayan manifestado y sin insertar cláusulas innecesarias”.

A razón de lo establecido en el artículo 1739 del Código Civil, podemos afirmar, entonces, que en el ejercicio de la función notarial panameña que sigue el sistema de notariado latino, al notario no se le irroga responsabilidad por razones de fondo, como abogan algunos autores para legislaciones extranjeras, criterio que también es muy debatido en aquellas legislaciones.

13.1. DEFINICIÓN.

El instrumento público notarial es todo documento que, a solicitud de parte o por autoridad de la ley o por mandamiento de autoridad competente, es autorizado por notario en ejercicio de sus funciones y en cumplimiento de las formalidades y solemnidades legalmente establecidas, que puede contener declaraciones, actos, contratos o negocios jurídicos, para su prueba, eficacia o constitución, así como las copias o reproducciones notariales que de ellos haga el notario.

13.1.1. Elementos que hacen la definición.

Tomando como referencia la definición que nos ofrece el Diccionario de la Real Academia Española, instrumento (del latín "*instrumentum*") significa: «Escritura, papel o documento; con que se justifica o prueba algo»; mientras que documento (del latín "*documentum*") es "Diploma, carta, relación u otro escrito que ilustre acerca de algún hecho, principalmente de los históricos. Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo"; empero el mismo Diccionario de la Real Academia Española, sobre el "documento público" dice: "el que, autorizado por funcionario para ello competente, acredita los hechos que refiere y su fecha".

Siguiendo a Argentino Neri y Cubides Romero, "instrumento" (*instrumentum*), etimológicamente tiene dos acepciones coincidentes:

1. o bien proviene de "*instruens*" y "*mentem*" e indica que instruye la mente o el entendimiento, es decir, que enseña o da a conocer;

2. o emana directamente de "*instruere*" que significa igualmente instruir o informar.

Por lo tanto, vale comentar con los tratadistas Cubides Romero y Argentino Neri, que instrumento y documento (*documentum*) suelen tener una significación similar, aunque existen diferencias conceptuales y legislativas sobre ambas

figuras. Etimológicamente, existe también la similitud, pues el documento proviene de «*docere*», enseñar, adoctrinar⁵⁹.

A tal efecto, sin apartarnos de las definiciones que nos ofrece el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el instrumento público notarial que es el que nos interesa definir aquí es aquel instrumento que el notario, en el pleno ejercicio de sus funciones autoriza, no obstante que para su eficacia:

- a. Debe otorgarlo dentro del límite de su competencia, y
- b. En cumplimiento de las formalidades y solemnidades que la ley exige.

Tomando como referencia las enseñanzas de Chiovenda⁶⁰ y siguiendo a Cubides Romero⁶¹, documento, en sentido amplio, es toda representación material idónea, destinada a reproducir una determinada manifestación de la voluntad de manera permanente; y desde este sentido, documentos pueden ser signos muy variados que enseñen manifestaciones conscientes, aunque por la importancia de la escritura, como medio material de traducir el pensamiento, los escritos son los documentos por excelencia y con más razón en el sentido jurídico, por eso se habla de escritura pública.

La explicación etimológica del documento la podemos tomar de Carnelutti⁶², comentado también por Cubides Romero⁶³, y es que si el documento es una representación material del pensamiento elaborada por el hombre que reproduce determinada manifestación de la voluntad, entonces, el documento es un quehacer humano, es una obra, por lo que es importante comprender al autor de la obra, los elementos que dan certeza de su existencia y contenido en cuanto a lo que el documento muestra o enseña, esto es la manifestación de voluntad, y la forma empleada en la elaboración.

⁵⁹ **CUBIDES ROMERO**, Manuel. **Ob. Cit.**, p. 160; **NERI**, Argentino. **Tratado Teórico Práctico de Derecho Notarial**. Buenos Aires (Argentina): Editorial Depalma, T.2, p. 4 y 5

⁶⁰ **CHIOVENDA**, Gioseppe. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Primera Edición en castellano; Madrid (España): Editorial Revista de Derecho Privado, T.3, 1940, p.246

⁶¹ **CUBIDES ROMERO**, Manuel. **Ob. Cit.**, p. 160

⁶² **CARNELUTTI**, Francesco. **Sistema de Derecho Procesal Civil**. Traducción de Niceto Alcalá – Zamora y Santiago Sentís Melendo; Buenos Aires (Argentina): Editorial Uteha, 1944, T.2, p. 289

⁶³ **CUBIDES ROMERO**, Manuel. **Ob. Cit.**, p. 160

En sentido restringido, el documento es la representación gráfica del pensamiento que contiene una manifestación de voluntad con relevancia jurídica. En este sentido, la doctrina ha clasificado dos clases de documentos: documento público, el cual se asimila al instrumento; mientras que el documento privado es el simple documento.

La importancia práctica de la clasificación entre documento público o instrumento y documento privado o simple documento, radica en que en el documento público o instrumento, ejemplo es la Escritura Pública notarial, se crean derechos y obligaciones o simplemente generan relaciones jurídicas y su destino es servir de prueba o para probar algo; mientras que el documento privado o simple documento se puede elaborar sin generar relaciones jurídicas, aunque puede conducir a ella como medio de prueba⁶⁴.

La generalidad de las legislaciones sobre Derecho Notarial recogen la teoría probatoria, lo cual también hace el Derecho Notarial panameño, y según los artículos 834, 835 y 836 del Código Judicial se reconoce que el documento e instrumento público es el otorgado por funcionario que ejerce un cargo por autoridad pública o con su intervención y hace fe en cuanto a su fecha, al hecho de haberse otorgado y en cuanto a su contenido, esto es en cuanto a las certificaciones que en ellos haga el servidor que los expidió; asimismo se establece que la escritura pública o el instrumento notarial es documento auténtico y hace fe "*erga omnes*" en cuanto existe certeza sobre la persona que lo haya firmado, elaborado u ordenado elaborar, a su fecha y al hecho de haberse otorgado y entre las partes y sus causahabientes, en lo dispositivo, y aún en lo enunciativo siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.

Es por todo lo expuesto, entonces, que partiendo del género de instrumento público del cual hace especie el instrumento público notarial, entendemos que este es todo documento que, a solicitud de parte y autorizado por notario competente en cumplimiento de las solemnidades legales establecidas, y que puede tener por contenido declaraciones, actos, contratos o negocios jurídicos,

⁶⁴ Ídem.

así como las copias o reproducciones notariales de ellos, hace de prueba, eficacia o constitución.

En ese sentido, el artículo 1728 del Código Civil establece:

Artículo 1728. Los instrumentos que se otorguen ante notario y que éste incorpora en el respectivo protocolo son instrumentos públicos. Deberán, por tanto, pasar u otorgarse por ante notario los actos y contratos que la ley exige que consten en instrumento público.

En efecto, el artículo 1728 del Código Civil establece los elementos que conforman el instrumento público y los expone de modo genérico al enunciar que son todos los que se otorguen ante notario y que consten en protocolos son instrumentos públicos.

13.1.2. Acta y escritura pública como instrumento notarial.

Atendiendo al texto del artículo 1728 del Código Civil, son instrumentos públicos los que se otorguen ante notario y que este incorpora en el respectivo protocolo; y que por lo tanto, deberán otorgarse por ante notario los actos y contratos que la ley exige que consten en instrumento público.

En tanto que el artículo 1729 del mismo Código Civil, refiere que lo dicho en el artículo 1728 no excluye el que también se otorguen por ante notario los contratos cuya constancia quieran las partes quede consignada en escritura pública, aun cuando para tales actos o contratos no haya la ley ordenado semejante formalidad.

Ahora bien, si como sostuvo el codificador que deben constar en instrumento público, esto es en escritura pública, los actos y contratos que la ley o las partes quieran que consten así; entonces, los hechos jurídicos que no son actos o contratos deben recogerse en actas; porque acta es el documento notarial que extiende el notario, en forma legal, mediante el cual da fe de la existencia de un hecho que presencia, le consta, realiza o comprueba.

Resulta, entonces, que todo negocio jurídico debe hacer-se constar en instrumento público, esto es escritura pública; mientras que todo hecho jurídico o acto de Derecho, que no sea negocio jurídico, debe hacerse constar mediante acta.

La determinación, entonces, en cuanto al instrumento público idóneo viene dado en razón de que se trate de hecho o negocio jurídico; y es así que para hacer constar un hecho el instrumento idóneo es el acta notarial; mientras que para hacer constar un negocio jurídico el instrumento idóneo es una escritura pública.

13.2. REQUISITOS LEGALES DEL INSTRUMENTO PÚBLICO.

13.2.1. Requisitos de procedibilidad.

El otorgamiento de un instrumento público plantea para el notario dos aspectos de procedibilidad:

a. Que se trate de actos y contratos que la ley exija que consten en instrumento público (art. 1728 del Código Civil),y

b. Que se trate de declaraciones, actos o contratos que las partes quieran dar autenticidad y constancia públicas con-forme a la ley (art. 1725).

De lo que se trata es que, por una parte hay un deber de las personas jurídicas o naturales, cual es la obligación de comparecer ante notario a otorgar la declaración, acto o con-trato que la ley exige que se haga constar en instrumento público notarial; en tanto que, por otra parte, depende que las personas jurídicas o naturales quieran dar autenticidad y constancia públicas a las declaraciones, actos o contratos por instrumento público; y en este último supuesto, aun cuan-do la ley no establezca la solemnidad basta que el particular solicite que conste en instrumento público.

Cuando la ley requiere hacer constar en instrumento público la declaración, acto o contrato que celebren personas jurídicas o naturales, tal requerimiento se constituye en una condición "*sine qua non*" para la eficacia jurídica; es decir, a fin de que surta efectos jurídicos.

Es por ello que además de la condición que pone la ley de que determinados actos y contratos deben pasar ante notario a efectos de que la manifestación de voluntad del autor se exprese mediante instrumento público, la misma ley reviste al notario de la facultad de otorgar el instrumento público y establece la forma en que debe cumplirse con ese otorgamiento, a efectos de que el documento adquiera eficacia jurídica.

Así, el artículo 1727 el Código Civil establece el carácter de depositario de la fe pública que reviste el notario en el ordenamiento jurídico patrio, cuyo texto a la letra expresa:

Artículo 1727. En el notario deposita la Ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante él deben pasar, y su confianza respecto de los documentos que se ponen bajo la custodia del mismo notario. Correspóndele en consecuencia, hacer constar las fechas de tales actos y contratos, los nombres de las personas que en ellos intervinieron, y la especie, naturaleza y circunstancia de los mismos actos y contratos. Correspóndele igualmente la vigilante guarda de todos los instrumentos que ante él pasen y de las piezas y diligencias que, por precepto de la ley u orden del tribunal, se manden insertar en los protocolos de las notarías, o que sean custodiados en la misma notaría.

El artículo 1727 del Código Civil establece cuál es el mínimo de contenido legal del instrumento público notarial, estos son los requisitos de validez que deben contener para su eficacia jurídica.

13.2.2. Requisitos de validez.

El enunciado del artículo 1727 del Código Civil en cuanto debe ser contenido que el notario debe exponer en el instrumento público notarial, se traduce en los requisitos de validez de instrumento, cuales son:

a) El número de la serie instrumental.

Todos los instrumentos públicos notariales que se otorguen ante notaría en el periodo de ejercicio funcional de un notario llevan una numeración seguida, por año de ejercicio.

Si hablamos de instrumento público notarial esto quiere decir que el notario debe asignarle un número de protocolo para los efectos del archivo. El protocolo son las piezas documentales en originales que hacen el archivo del notario y que amparan el instrumento otorgado o la copia certificada, autenticada o cotejada.

El número de la serie instrumental es indispensable para el orden del archivo, es más el archivo protocolar está ordenado de manera numérica, por año de ejercicio.

El artículo 1735 del Código Civil es el fundamento legal del requisito de validez de la fecha en el instrumento público notarial.

Artículo 1731. Todos los instrumentos extendidos en una notaría en el período de la vigencia de los libros, se enumerarán seguidamente, poniendo en letras el número que corresponda al instrumento. Cada instrumento se comenzará en hoja distinta de aquella en que termine el anterior y se dejará al principio un claro para llenarlo con el número correspondiente cuando se firma la escritura. La numeración será continuada en todos los instrumentos que se extiendan en un mismo período de vigencia aún cuando con ellos se formen diferentes volúmenes. (El subrayado es nuestro).

En concordancia con el artículo 1731 del Código Civil está, también, el artículo 1743 de la misma excerta legal que corrobora el requerimiento de la numeración del instrumento público, el cual en parte pertinente dice:

Artículo 1743. Por regla general los instrumentos que se otorguen ante notario contendrán: el número que les corresponda en la serie instrumental (...).

El año de ejercicio corresponde a cada año calendario del período del notario y no se hace corrido durante todo el periodo del notario porque ello crearía un caos en el orden protocolar en donde la numeración alcanzaría altos dígitos; a ello se debe que se enumera por años.

b. Lugar y fecha de la declaración, acto o contrato.

Es requisito legal de validez que los notarios hagan constar como contenido del instrumento público el lugar y la fecha de la declaración acto o contrato del cual están dando fe pública.

El fundamento legal del requisito de validez de lugar y fecha de los instrumentos públicos notariales lo encontramos en el artículo 1743 del Código Civil, el cual en parte pertinente, a la letra expresa:

Artículo 1743. Por regla general los instrumentos que se otorguen ante notario contendrán: el número que les corresponda en la serie instrumental; el lugar y fecha del otorgamiento (...).

Ahora bien, la importancia del instrumento público, como una especie del documento público, radica en su valor probatorio que, para los efectos, el Código Judicial, refiere a tres aspectos de certeza probatoria, según el artículo 836 del Libro II, de Procedimiento Civil, cuales son: su otorgamiento, esto es el lugar; la fecha de otorgamiento y las certificaciones que en ellos haga el funcionario que lo otorgó.

Es por ello que el artículo 836 del Código Judicial, en parte pertinente, expresa lo siguiente:

Artículo 836. Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las certificaciones que en ellos haga el servidor que los expidió (...).

El Código Civil, en el artículo 1743, nos dice el contenido que por ley se requiere en el instrumento público; y es que el Código Civil regula el

otorgamiento del instrumento público, esto es que cumpla con las formalidades que la ley establece; mientras que el Código Judicial, en su Libro de Procedimiento Civil establece el valor probatorio del instrumento público otorgado ante notario que haya cumplido con las formas establecidas en la ley civil.

c) La denominación legal del notario por ante quien se otorga.

En el proceso de elaboración de un instrumento público notarial se suceden los pasos de rogación, recepción, extensión, otorgamiento y archivo, y todo ello se cumple ante la presencia del notario; y que al ser el Derecho Notarial un derecho voluntario, la persona natural o jurídica debe comparecer ante el notario para cumplir con el proceso de elaboración del instrumento, es por ello imprescindible establecer la denominación legal del notario por ante quien se otorga; porque ello implica, también, legitimar los aspectos de jurisdicción territorial y competencia funcional para el otorgamiento del instrumento.

El sistema notarial panameño se sustenta en el modelo de los circuitos notariales, que son jurisdicciones territoriales dentro de los cuales el notario tiene competencia funcional, y si actúa fuera de ellos, entonces, actúa fuera de jurisdicción y el instrumento es nulo.

Al respecto dice el artículo 1716 del Código Civil lo siguiente:

Artículo 1716. Las funciones del notario solo pueden ejercerse por cada notario dentro de la circunscripción del respectivo circuito de notaria; todos los actos contratos que fuera de tal circunscripción autorizare un notario en su carácter oficial, son nulos... (El subrayado es nuestro)

He aquí, entonces, la importancia de la denominación legal del notario por ante quien se otorga el instrumento público notarial, pues este aspecto expuesto como contenido del instrumento sirve a los efectos de reconocerle su valor probatorio; y es que el valor probatorio descansa en que el instrumento se haya otorgado cumpliendo con las formalidades que la ley establece.

d. Los nombres de las personas que intervienen en el acto o contrato.

El notario debe hacer constar en el instrumento la plena identificación de las personas que comparecen ante él con la finalidad de protocolizar el acto o contrato.

Este aspecto de contenido es importante, por cuanto que el artículo 1739 del Código Civil establece que los notarios responden de la parte formal y no de la sustancia de los actos y contratos que autorizan.

El principio de inmediación que rige toda la actividad notarial impone que el notario dé fe de conocimiento y fe de identidad; esto es que dé fe que la persona natural o jurídica compareció, personalmente por ante él, de lo que se deriva la fe de conocimiento; pero además, debe hacer constar las generales del compareciente, lo cual es dar fe de la identidad del compareciente.

Es por ello que el artículo 1743 del Código Civil enuncia los aspectos mínimos que deben exponerse en cuanto a la identificación de los comparecientes, y en parte pertinente dice así:

Artículo 1743. Por regla general los instrumentos que se otorguen ante notario contendrán: el número que les corresponda en la serie instrumental; el lugar y la fecha del otorgamiento; la denominación legal del notario por ante quien se otorga; los nombres y apellidos, sexo, estado, edad, naturaleza y domicilio de los otorgantes, o de sus representantes legales (las personas jurídicas serán designadas por su denominación legal y se extenderá a sus representantes lo que anteriormente se dice de los representantes legales de las personas naturales)...(El subrayado es nuestro).

En otro aspecto, y en relación con este requisito de validez del instrumento, el artículo 1733 del Código Civil establece la forma de establecer una identificación plena de los otorgantes.

El artículo 1733 del Código Civil, en parte pertinente, a la letra expresa:

Artículo 1733. Prohíbese absolutamente usar de iniciales en los nombres y apellidos de los otorgantes, y en los nombres de las cosas, y de abreviaturas en las palabras de instrumentos, raspar lo escrito en éstos o borrarlo de modo que quede ininteligible lo que estaba escrito. Los nombres, apellidos y palabras deberán escribirse completamente, y cuando se cometa un error o equivocación en lo escrito, se enmendarán o se subrayará colocándose entre paréntesis las palabras que se quieren que no valgan, escribiéndose entre renglones las que deben añadirse (...).

En efecto, el artículo 1733 establece la prohibición del uso de iniciales y abreviaturas en la redacción de los nombres y apellidos de los comparecientes y otorgantes a fin de que la identificación sea plena y se evite la confusión.

e) La especie, naturaleza y circunstancias de la declaración, acto o contrato.

Es un imperativo legal que el notario haga constar la especie o naturaleza de la declaración acto o contrato objeto del instrumento público, además de las circunstancias y las obligaciones.

Se trata de hacer constar la especie o naturaleza del negocio y las condiciones que las partes acuerdan como ex-presión de la voluntad de cada cual, pero enmarcado en las previsiones que la Ley civil determina para la validez del acto, contrato o negocio jurídico.

No es lo mismo una declaración jurada notarial que una declaración jurada notarial de bienes patrimoniales; la primera se origina en la necesidad del

particular de hacer constar en un instrumento público un hecho, que por lo demás la ley no requiere que conste en instrumento público, pero que el particular puede requerirlo así; en tanto que la segunda es la obligación impuesta por ley a los funcionarios públicos de declarar sus bienes al inicio y al terminar su ejercicio de funciones públicas, pues esta por imperativo legal debe hacerse en instrumento público.

Es por ello que el artículo 1743 del Código Civil ordena hacer constar en el instrumento la información mínima necesaria en cuanto a la especie, naturaleza y circunstancias que debe contener el instrumento en los siguientes términos:

Artículo 1743. Por regla general los instrumentos que se otorguen ante notario contendrán: el número que les corresponda en la serie instrumental; el lugar y la fecha del otorgamiento; la denominación legal del notario por ante quien se otorga; los nombres y apellidos, sexo, estado, edad, naturaleza y domicilio de los otorgantes, o de sus representantes legales (las personas jurídicas serán designadas por su denominación legal y se extenderá a sus representantes lo que anteriormente se dice de los representantes legales de las personas naturales); la especie o naturaleza del acto o contrato, con todas las circunstancias que hagan conocer claramente los derechos que se dan y las obligaciones que se imponen, con expresión de las cauciones o hipotecas que se constituyan o de los gravámenes o limitaciones que se impongan al derecho de propiedad y el origen o procedencia del título del enajenante. (El subrayado es nuestro)

Este requerimiento además de constituir requisito de forma es también contenido de fondo del mismo instrumento público notarial; porque si bien el artículo 1743 dice que debe exponerse en el instrumento lo relativo a la especie o naturaleza y las circunstancias, lo cierto es que este es contenido de fondo del acto, contrato o negocio, y específicamente el contenido de las cláusulas del acto, contrato o negocio o las condiciones que han sido pactadas por los intervinientes.

13.3. EL OBJETO DEL INSTRUMENTO PÚBLICO.

Las formalidades que el ordenamiento impone para el perfeccionamiento del instrumento están en función del objeto, esto es que están hechas para servir al fondo del instrumento o al negocio.

Las circunstancias ordinarias o especiales determinan las formalidades del instrumento. Por ejemplo, en los testamentos del ciego o el sordomudo se requiere, por razón de las circunstancias especiales del otorgante y en función del objeto del negocio (fondo), que consten formalidades que no se requieren cuando la persona puede ver y oír.

Dicen así los artículos 740 y 741 del Código Civil:

Artículo 740. No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer.

Artículo 741. Los sordomudos y los que no puedan hablar, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1. El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año.
2. Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del notario y de los testigos, que aquel pliego contiene su testamento, y que está escrito y fumado por él.
3. A continuación de lo escrito por el testador, se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 739, en lo que sea aplicable al caso.

Cuando se quiere hacer constar un hecho y el particular pide al notario extender un instrumento público para dar autenticidad y constancia públicas, entonces, en este caso el instrumento no requiere de parte dispositiva ni otorgamiento, puesto que nada hay que disponer ni otorgar; pero si se trata de una compraventa, entonces, es indispensable que el instrumento contenga una parte dispositiva y su otorgamiento así como el reconocimiento de la capacidad, circunstancias propias del objeto de una compraventa.

13.4. REQUISITOS FORMALES DEL INSTRUMENTO PÚBLICO.

La legalidad del instrumento público deriva de la fe pública que le reconoce el Estado al documento en cuanto es expedido por autoridad pública, bajo la presunción que ha cumplido con las formalidades que la ley le impone al notario que debe aplicar en su elaboración.

Para la legalidad del documento el ordenamiento jurídico impone que en su confección se cumplan con requisitos de carácter formal que le dan autenticidad, de lo cual deriva la legalidad.

Se trata de los requisitos formales, llamados así por cuanto no guardan relación directa con los requisitos de fondo, estos son los exigidos para el contenido del instrumento público.

Los requisitos formales que se identifican en el instrumento público son:

- El material o papel en que se confecciona el instrumento público,
- el espacio interlineal que se utiliza en la página;
- el tipo de escritura que se emplea;
- el idioma en que se escribe y
- la forma del idioma.

13.4.1. El material o papel en que se confecciona el instrumento público.

Vamos a ver que nuestra codificación fiscal, que deviene de comienzos de la República, estableció la regla general de que los instrumentos públicos deberían expedirse en papel sellado; no obstante, instituyó una figura denominada “habilitación” para papel de oficio de las instituciones del Estado que, para los efectos, deben ser habilitadas con timbre correspondiente al valor del papel sellado; pero, también, por vía de excepción el mismo Código Fiscal establece los trámites que no requieren de papel sellado.

13.4.1.1. La regla del papel sellado o sus derivados habilitados.

En 1983 la Corte Suprema de Justicia sentó criterio jurisprudencial mediante el cual quitó vigencia al papel sellado para los trámites judiciales y lo relegó al uso administrativo y para determinadas actuaciones.

En efecto, en fallo de inconstitucionalidad de 6 de diciembre de 1983 la Corte Suprema de Justicia declaró que: “toda ley o norma jurídica que imponga el uso de papel sellado como requisito para la intervención, de cualquier modo, en el proceso jurisdiccional, es evidentemente contraria” al entonces artículo 198 de la Constitución, que conforme a la nueva nomenclatura constitucional introducida por las reforma constitucional del Acto Legislativo 1 de 2004 corresponde al actual artículo 201.

En este sentido el artículo 960 del Código Fiscal establece la documentación que requiere papel sellado.

Artículo 960. Se extenderán en papel sellado:

1. Los memoriales, escritos o peticiones que se dirijan o presenten a cualquier funcionario, autoridad o corporación públicos;
2. Los testimonios, cuentas, finiquitos, copias o certificados que se deben usar judicial u oficialmente o que aún sin tal destino se deben expedir por alguna autoridad, funcionario, empleado o corporación pública a solicitud de particulares;
3. Los protocolos de los notarios y las copias o certificaciones que éstos expidan de los actos o documentos que se otorguen ante ellos; y
4. Los testamentos cerrados.

El instrumento público, por lo general, se extiende en papel sellado o, en su defecto, en el papel habilitado por el Órgano Ejecutivo conforme al artículo 956 del Código Fiscal, el cual en parte pertinente a la letra expresa:

Artículo 956. Cuando llegare a faltar papel sellado para el expendio se usará papel habilitado para los actos y documentos en que deban emplearse conforme a este Título. La habilitación se hará por medio de una nota fechada y firmada que pondrá el funcionario recaudador respectivo, cobrando el importe del papel sellado mediante las estampillas correspondientes, que adherirá y anulará en el papel que así habilite.

También podrán habilitarse como papel sellado los formularios preparados oficialmente por dependencias del gobierno nacional, impresos en papel simple adhiriéndoseles estampillas fiscales que cubran el valor del papel sellado, los cuales serán anulados por el funcionario que reciba o ex-pida los formularios mencionados (...).

En concordancia, dice el artículo 959 del Código Fiscal que:

“Habrá una sola clase de papel sellado de un valor de B/. 4.00. (...)”.

Este requisito formal material del papel sellado impera para la extensión de los instrumentos públicos que en general expiden los funcionarios del Estado, a los cuales la ley les reconoce la facultad de extensión, certificación o autenticación.

Ahora bien, si los instrumentos públicos deben extender-se en el papel legal, como en efecto así es; entiéndase, entonces, que en el caso del instrumento público notarial el papel legal en el que debe extenderse es el “Papel Notarial”, como papel habilitado por la ley conforme a las especificaciones establecidas en el Código Fiscal.

Vale traer a cita el texto del artículo 960 del Código Fiscal, el cual establece lo siguiente:

Artículo 960. Se extenderán en papel sellado:

1. ...

2. ...

Los protocolos de los Notarios y las copias o

certificaciones que estos expidan de los actos o documentos que se otorguen ante ellos;

y,

4. Los testamentos cerrados.

3.

No obstante, por previsión legal, las notarías hacen la excepción en cuanto al uso del papel sellado, pues la misma ley fiscal establece una permisibilidad en cuanto a usar un derivado del papel sellado atendiendo a la previsión del artículo 956 del Código Fiscal, el cual a la letra expresa:

Artículo 956. (...).

También podrá el Órgano Ejecutivo habilitar como papel sellado hojas de papel de calidad y dimensiones similares a las de aquel, para uso exclusivo de las Notarías Públicas que funcionen en la República, estableciendo los requisitos que estime convenientes para garantizar la autenticidad de dicho papel y para evitar su falsificación. Este papel se denominará "PAPEL NOTARIAL". Hechas las habilitaciones de que trata este párrafo las notarías estarán obligadas al uso del "PAPEL NOTARIAL", y no podrán usar el papel sellado de que trata el artículo 496 (DEROGADO por la Ley 36 de 1995) del Código Fiscal.

La violación de esta disposición acarreará la pérdida del cargo sin perjuicio de las sanciones fiscales que correspondan y multa de mil balboas (B/. 1,000.00) a cinco mil balboas (B/. 5, 000.00).

En efecto, el instrumento público notarial no se extiende en "papel sellado" sino en "papel notarial", pero ese papel notarial debe cumplir las especificaciones generales del papel sellado, como en efecto así lo manda el artículo 956, precitado.

Es imperativo, entonces, traer a cita el artículo 947 del Código Fiscal, el cual establece el formato del papel sellado que, a su vez, se aplican al papel notarial.

Artículo 947. El papel sellado será de superior calidad, consistente, rayado con líneas bien visibles, en esta forma: Llevará en cada lado una línea longitudinal para formar del lado izquierdo un margen de tres centímetros y del lado derecho uno de dos centímetros. Entre las dos longitudinales tendrá treinta líneas paralelas horizontales, distantes una de otra ocho milímetros dejando un espacio de dos centímetros después de la última línea. Las líneas horizontales estarán numeradas en la margen izquierda.

Entre las dos longitudinales tendrá 30 líneas paralelas horizontales y el ancho de sus renglones deberá coincidir con el espacio doble de las máquinas de escribir.

Cada hoja de papel sellado tendrá 22 centímetros de ancho y su largo será el que resulte habida cuenta de las treinta líneas paralelas horizontales y del espacio que debe haber entre ellas al tenor de lo que dispone este artículo.

Autorízase al Órgano Ejecutivo para que, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, establezca, además de los requisitos que contiene este artículo respecto al papel sellado, aquellos otros que estime convenientes para garantizar la autenticidad de dicho papel sellado y evitar su falsificación, incluso la numeración de cada hoja.

Se trata, entonces, que la generalidad de las formalidades establecidas para el formato del papel sellado se asimilan para la habilitación del papel

notarial, con algunas diferencias que son insustanciales, como por ejemplo, que en la confección del papel notarial pueden omitirse las líneas horizontales, pero al momento de la redacción deben escribirse 30 líneas horizontales de texto, por lo que puede omitirse la numeración de las líneas, pues es deber del notario verificar que se cumpla con esta forma al momento de redactar el instrumento.

Vale advertir que mientras el papel sellado es vendido y los particulares lo pueden comprar por ventanilla para hacer sus escritos y presentarlos a las autoridades competentes conteniendo sus peticiones, el papel notarial solo es utilizado por los notarios públicos para extender instrumentos públicos contentivos de las declaraciones actos y contratos que la ley requiere que consten en escrituras públicas.

Vale comentar que, por regla general, todas las legislaciones del Istmo Centroamericano exigen el uso del papel sellado de determinado valor para la matriz y el testimonio⁶⁵.

En este sentido, nuestro ordenamiento permite que el uso del papel de oficio o papel sellado de inferior valor, y aun el papel común habilitado no dé lugar a la nulidad del instrumento, sino únicamente a su ineficacia temporal mientras no incorpore su valor, el cual según el artículo 959 del Código Fiscal es de cuatro balboas.

13.4.1.2. Excepciones.

El artículo 961 del Código Fiscal establece los casos que constituyen la excepción al artículo 960, que por la especialidad o la naturaleza de la materia no requieren ser tramitados en papel sellado.

El texto del artículo 961 es el siguiente:

Artículo 961. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior no se requerirá el uso de papel sellado en los casos siguientes:

1...

6. En los testamentos ológrafos y en los privilegiados;

⁶⁵ SALAS, Oscar. **Derecho Notarial de Centro América y Panamá**. San José (Costa Rica). Editorial Costarica, 1973, p. 225

7...

14. Todo lo exceptuado por leyes especiales;

15...

17. Las peticiones de reconocimiento de personalidad jurídica y de aprobación de los estatutos de las Cooperativas, Sindicatos, Juntas Comunales, Asentamientos Campesinos u otras organizaciones similares, Sociedades de Beneficencias y Asistencia Social; las solicitudes de reforma de estatutos de las sociedades de igual naturaleza actualmente constituidas o que se constituyan, y la protocolización de dichos documentos y sus copias que expidan los notarios.

Se trata, entonces, de consideraciones especiales que ha hecho el legislador patrio de excluir del impuesto de papel sellado determinados trámites atendiendo a su especialidad o por razón de la materia.

13.4.2. El espacio interlineal que se utiliza en la página.

El artículo 956 del Código Fiscal establece que el Órgano Ejecutivo puede habilitar, y como en efecto así se hace, como un derivado del “papel sellado”, hojas de papel de calidad y dimensiones similares a las de aquel, para uso exclusivo de las Notarías Públicas que funcionen en la República, estableciendo los requisitos que estime convenientes para garantizar la autenticidad de dicho papel y para evitar su falsificación.

Así, entonces, el papel habilitado exclusivamente para las notarías se denomina “PAPEL NOTARIAL”.

Por tal razón, y por imperativo del artículo 956 del Código Fiscal, las notarías estarán obligadas al uso del “PAPEL NO-TARIAL”.

En este orden de ideas, entonces, el “Papel Notarial”, debe cumplir las especificaciones del artículo 947, asimilable al papel sellado así: El papel notarial será de calidad, consistente, es indiferente el que sea rayado o con líneas bien visibles, pues el uso moderno de máquinas eléctricas o impresoras de computadoras ha relegado la necesidad de que la página sea rayada, pues esto se requería imperativamente cuando los escritos eran a mano o a máquinas de escribir manuales.

El papel notarial también deberá cumplir con especificaciones del artículo 947, tales como: Llevará en cada lado una línea longitudinal para formar del lado izquierdo un margen de tres centímetros y del lado derecho uno de dos centímetros. Entre las dos longitudinales deberá poder escribirse treinta líneas horizontales, distantes una de otra ocho milímetros dejando un espacio de dos centímetros después de la última línea escrita. Las líneas horizontales no requieren la numeración que se dispone para el papel sellado.

En el papel notarial, al igual que en el papel sellado, entre las dos longitudinales deberá poder escribirse 30 líneas paralelas horizontales y el ancho de sus renglones deberá coincidir con el espacio doble de las máquinas de escribir o las impresoras de computadoras.

Cada hoja de papel notarial tendrá 22 centímetros de ancho y su largo será el que resulte habida cuenta de la escritura de treinta líneas paralelas horizontales y del espacio que debe haber entre ellas al tenor de lo que dispone el artículo 947 y 956 del Código Fiscal.

13.4.3. EL TIPO DE ESCRITURA QUE SE EMPLEA.

Vale traer como antecedente del tipo de escritura que desde los inicios del ejercicio de la función pública notarial se estableció, el texto de las partidas.

Así, en la Ley 1, Título XIX, de la Partida III, se lee:

“Escribano tanto quiere decir como home que es sabidor de escrebir: et son dos maneras dellos; los unos escriben los previllejos, et las cartas et las actas en casa del rey, et los otros son los escribanos públicos que escriben las cartas de las véndidas, et de las compras, et los pleytos et las posturas que los homes ponen entre si en las cibdades et en las villas”(sic).

En los comienzos de la función notarial el instrumento público se redactaba a mano por el notario, y en nuestro país los Archivos Nacionales registran las escrituras redactadas a mano por los notarios y luego pasaron a ser redactadas en máquinas de escribir manuales a cuya métrica responden los requerimientos del papel sellado. Pero hoy en día impera en la redacción de los instrumentos

públicos el arte de las impresoras de computadoras, a la cual se adaptan las mediciones que ordena el artículo 947 del Código Fiscal para el papel notarial.

De lo que se trata es que el instrumento público notarial debe extenderse, siempre, con caracteres perfectamente legibles pudiendo escribirse a mano, a máquina manual, por impresora de computadora, por imprenta o por cualquier otro medio de reproducción, cuidando de que se cumpla con los requerimientos de forma material que impone las leyes civiles, fiscales y administrativas sobre la extensión del instrumento público notarial.

Las letras deben tener un tipo legible y tamaño regular de manera que facilite la lectura y evite confusiones. Tratándose de papel sellado se debe escribir solamente en la parte central del lineado; mientras que en el papel notarial se debe escribir con tipo legible sin salirse de los márgenes y sin dejar espacios en blanco y de manera corrida desde el principio del instrumento hasta las firmas que lo cierren.

Del artículo 1731 del Código Civil se desprende que la forma en que debe protocolizarse la declaración, acto o contrato es que debe hacerse mediante letras y números, comenzándose cada instrumento en hoja separada y siguiendo una numeración continua.

El artículo 1745 del Código Civil se refiere a que todo instrumento terminará con las firmas usuales de los otorgantes, de las otras personas que hayan intervenido en el acto o contrato, de los testigos de abono, en su caso, de los instrumentales, y del notario, dejando antes constancia de cual es el número, en letras, se llenará el claro que se haya dejado al principio como lo establece el artículo 1731.

13.4.4. El lenguaje en que se escribe.

El artículo 7 de la Constitución Política establece, en materia de lenguaje, que “el Español es el idioma oficial de la República”; de lo cual se deduce que los instrumentos públicos que elaboren las autoridades públicas de la República de Panamá deben ser redactados en el idioma español; y el idioma español se impone aunque se trate de comparecientes y otorgantes extranjeros que no lo

conozcan, y que requieran de intérprete o traductor, a fin de que el mismo tenga plena validez jurídica.

El artículo 1746 del Código Civil Patrio desarrolla el artículo 7 de la Constitución Política, el cual a la letra establece:

Artículo 1746. Cuando el idioma de los otorgantes o de alguno de ellos sea el castellano, el notario deberá preguntarles si entienden dicho idioma. Si respondieren negativamente, la escritura deberá otorgarse con intervención de un intérprete oficial o de uno ad hoc nombrado por el notario, so pena de nulidad. Si se respondiere afirmativamente, se dejará constancia de ello y la escritura no podrá anularse aunque después se pruebe que los otorgantes o uno de ellos no conocían el castellano.

Esta norma ha sido actualizada en la praxis notarial, pues con anterioridad si algún otorgante no entendía el idioma es-pañol, el notario debía valerse de un intérprete oficial; pero, hoy el notario se vale de un intérprete o traductor público cuyos honorarios corren a cargo de los comparecientes u otorgantes.

13.4.5. La forma del lenguaje.

La forma del idioma no es otra cosa que el lenguaje que se debe emplear en la redacción de los instrumentos públicos notariales.

Siguiendo la doctrina más generalizada⁶⁶, la forma del idioma en que se elaboran los instrumentos públicos debe cumplir con requerimientos generales como los que pasamos a exponer.

13.4.5.1. Debe ser jurídico.

La protocolización de la declaración, acto o contrato debe ser redactado en lenguaje jurídico conforme con la naturaleza y género del asunto.

A tal efecto, el artículo 1750 del Código Civil establece que las palabras deben ser empleadas en su “acepción legal”.

13.4.5.2. Debe ser técnico cuando así se requiera.

⁶⁶ SALAS, Oscar. *Ob. Cit.*, p. 371

El lenguaje debe ser técnico en cuanto se refiere a la descripción de las características del acto o negocio jurídico que se autoriza.

Según manda el artículo 3 de la Ley 15 de 1926, incorporado al Código Administrativo, los notarios son responsables por la omisión de los requerimientos técnicos de los instrumentos públicos notariales.

Artículo 3. Los notarios son responsables de los perjuicios sufridos por los otorgantes en virtud de reparos de forma plenamente justificados que haga la oficina de Registro Público al presentarse el respectivo documento para su inscripción, siempre que se trate de la omisión o infracción de alguno de los requisitos de que trata el Capítulo III del Título I del Libro V del Código Civil. En estos casos los notarios sufragarán de su peculio los gastos que de-manden las respectificaciones por razón de los expresados re-paros.

Esto quiere decir que los notarios deben cuidar que el instrumento público cumpla con los aspectos técnicos y formales que le son propios por razón de la naturaleza de la declaración, acto o contrato.

13.4.5.3. Debe ser sencillo y claro.

El lenguaje debe describir con exactitud el acto o negocio jurídico que ha sido presentado al Notario por las partes, atendiendo a la consensualidad, pero ceñido a las formalidades establecidas.

El artículo 1750 del Código Civil establece que si la redacción del instrumento se encarga al notario por los interesados, la ejecutará (la redacción) en términos sencillos.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua dice que sencillo, del latín "*singellus*" es: que no tiene artificios ni composición; y dicho del estilo: que carece de exornación y artificio, y expresa ingenua y naturalmente los conceptos.

Se trata, entonces, que el lenguaje sencillo hace referencia a que el notario debe emplear una redacción sin artificios, de manera llana y simple que

evite las confusiones y que no haya necesidad de interpretar, y sin insertar cláusulas innecesarias.

13.4.5.4. Debe reflejar la voluntad de las partes.

El lenguaje debe ser jurídico, técnico y sencillo en la expresión de las cláusulas y condiciones que por voluntad de las partes integran el texto del acto o negocio jurídico.

Según prevé el artículo 1750 del Código Civil, en la redacción del instrumento el notario debe ceñirse precisamente a lo convenido, sin imponer condiciones que no se hayan manifestado, esto es que no se hayan acordado por las partes.

La exigencia del lenguaje sencillo y claro en la redacción del instrumento público notarial, que al efecto siempre contiene una manifestación de voluntad, es tanto al extremo que se prohíbe el uso de abreviaturas en los instrumentos públicos.

A este propósito, el artículo 1732 del Código Civil patrio establece lo siguiente:

Artículo 1732. Las fechas y las cantidades de que deba hacerse mención en los instrumentos se extenderán en letras y no en cifras numerales. Con todo, si después de haber expresado en letras una cantidad, quisieren los otorgantes que a continuación se exprese en cifras numerales que expresan la misma cantidad, podrá hacerse esto estampando en seguida entre paréntesis las respectivas cifras numerales que expresan la misma cantidad expresada en letras.

Del artículo 1732, precitado, se deriva que en el ordenamiento jurídico patrio rige el principio de expresión literal de las cantidades y si el notario lo estima conveniente se puede expresar en números entre paréntesis.

13.5. VALOR JURÍDICO DEL INSTRUMENTO PÚBLICO.

El instrumento público tiene un valor constitutivo para el negocio cuando se trata de un acto o contrato que la ley exige que conste en instrumento público.

Ello explica el imperativo del artículo 1728 del Código Civil, cuando dispone que:

Artículo 1728. (...).

Deberán, por tanto, pasar u otorgarse por ante notario los actos y contratos que la ley exige que consten en instrumento público.

En este sentido, y por ejemplo, para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, porque así lo exige la ley, expresándose en ella individualmente los bienes donados, el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

Así lo expone el artículo 954 del Código Civil, el cual a la letra expresa:

Artículo 954. Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

La aceptación podrá hacerse en la escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.

Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras.

Por otro lado, en este supuesto el instrumento público constituye el modo en que el acto o negocio puede surtir sus efectos, es decir, adquiera su eficacia para el mundo jurídico. Así lo expone el artículo 1595 del Código Civil, que a la letra dice:

Artículo 1595. Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero, se requiere:

1. que se haya convenido o mandado constituir en escritura pública;
2. que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

El instrumento público notarial tiene, también, un carácter declarativo; cuando no constituye un negocio ni produce efectos necesarios para el negocio sino que se utiliza para hacer constar algún hecho, narración o declaración.

Cuando el instrumento público notarial es declarativo, esto es que por ejemplo contienen declaraciones notariales juradas, ello no desmerita el valor probatorio de carácter procesal que pueda tener el instrumento público.

13.6. EFECTO EJECUTIVO.

El artículo 1613 del Código Judicial establece que la escritura pública tiene el carácter de título ejecutivo. La escritura pública se configura como un documento público escrito que puede contener obligaciones claras y que constituye plena prueba contra el deudor, y que al amparo del artículo 1613 puede demandar la ejecución de la obligación contenida en el instrumento.

Vale comentar que el artículo 1613, referido, deja clara-mente establecido el carácter ejecutivo que tiene el instrumento público notarial denominado escritura pública, y que en tal sentido se equipara con la sentencia judicial, la sentencia de árbitros y arbitradores, los documentos negociables, los bonos y otros documentos con méritos suficientes para llevar a cabo un proceso de ejecución.

Este carácter de ejecutoriedad que la ley le reconoce al instrumento público notarial se deriva de las facultad de de-positario de la fe pública que le confiere la ley al notario y al cumplimiento de las solemnidades exigidas para el otorgamiento del instrumento público notarial, lo cual establece una presunción de autenticidad del documento que lo hace un título ejecutivo y que solo puede ser desvirtuado mediante proceso judicial donde se demuestre su falsedad.

13.7. EFECTOS PROBATORIOS.

El carácter de medio de prueba que reviste el instrumento público notarial deriva del reconocimiento que le da el Código Judicial panameño al instrumento público en los artículos 780, 832, 834, 838, 839 y 840 del Libro de Procedimiento Civil.

En este sentido, el artículo 780 del Código Judicial a la letra expresa:

Artículo 780. Sirven como prueba los documentos, la confesión, el juramento, la declaración de parte, la declaración de testigos, la inspección judicial, los dictámenes periciales, los informes, los indicios, los medios científicos y cualquier otro medio racional

que sirva a la formación de la convicción del Juez, siempre que no estén expresamente prohibidos por la Ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarios a la moral o al orden público.

Puede, asimismo, emplearse calcos, reproducciones y foto-grafías de objetos, documentos y lugares.

Es permitido, para establecer si un hecho puede o no realizarse de determinado modo, proceder a la reconstrucción del mismo. Si el Juez lo considera necesario, puede procederse a su registro en forma fotográfica o electromagnética.

En caso de que así conviniera a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y la práctica de cualquier otro procedimiento de comprobación científica.

El artículo 780 del Código Judicial lo que hace es establecer el sistema probatorio en el sistema judicial panameño, cual es el sistema abierto de la prueba científica, en la que se reconoce valor probatorio al documento, categoría en la que entra el instrumento público notarial.

El artículo 832, del mismo Código, por su parte, refiere una explicación técnica de lo que debe entenderse por documento con valor probatorio, y para lo efectos expone:

Artículo 832. Son documentos los escritos, escrituras, certificaciones, copias, impresos, planos, dibujos, cintas, cuadros, foto-grafías, radiografías, discos, grabaciones magnetofónicas, boletos, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos, telegramas, radiogramas y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios y similares.

Los documentos son públicos o privados.

Si el artículo 780 del Código Judicial establece que los documentos son medios de prueba, y en concordancia el artículo 832 entra a definir, técnicamente, lo que debe entenderse por documento con valor probatorio; el artículo 834 nos dice quienes tienen la facultad legal de otorgar documentos públicos con valor probatorio, y dice así:

Artículo 834. Documento público es el otorgado por los funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.

Cuando es otorgado por un Notario o quien haga sus veces y es incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública. Tienen el carácter de documentos públicos:

1. Las escrituras públicas;
2. Los certificados expedidos por los funcionarios públicos, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones, incluyendo actas, constancias, planos, cuadros, fotografías, catastros y registros;
3. Las constancias de las actuaciones de las entidades públicas, judiciales y administrativas;
4. Los certificados que expidan los directores de oficinas públicas sobre existencia o estado de actuaciones o procesos conforme a lo que regula la ley; y,
5. Los demás actos a los cuales la ley les reconozca el carácter de tal.

Del texto del artículo 834 del Código Judicial se deduce que cuando el documento es otorgado por un notario, con la respectiva incorporación en el archivo de protocolos, se denomina escritura pública; por lo que los artículos 838, 839 y 840 explican aspectos de valoración legal de la escritura pública, así:

Artículo 838. La escritura pública se presentará en forma auténtica, pero si existiere el registro o protocolo y hubiere alguna persona que poseyere copia auténtica de la escritura que se pretende, la parte a quien interese puede pedir que el tenedor presente al Tribunal dicha copia auténtica para compulsar una segunda copia y agregarla al expediente.

Si la escritura pública que se ha de presentar como prueba interesare a muchos o tuviere muchas partes, como testamentos, escrituras de partición y otras semejantes, no es preciso que se compulse copia íntegra de ella; bastará que se compulse la parte que fuere necesaria para fundar la intención del interesado, a menos que la parte contraria solicite se adicione, la redarguya de falsa o de nula o le oponga otro defecto que afecte a la escritura en general, caso en el cual deberá presentarse íntegra.

El Juez podrá, en cualquier momento y de oficio, ordenar que se adicione o complemente el documento en referencia.

Artículo 839. Cuando haya desaparecido el protocolo o los expedientes originales, harán prueba sin cotejo las copias compulsadas por el funcionario que las haya autorizado, siempre que no estén indebidamente alteradas, borradas o enmendadas.

La fuerza probatoria de las copias será apreciada por los jueces, según las circunstancias.

La inscripción en cualquier registro oficial, de un documento que haya desaparecido, será apreciada según las reglas de la anterior norma.

Artículo 840. Las copias de los documentos públicos de los cuales exista matriz o protocolo, impugnadas por aquellos a quienes perjudiquen, sólo tendrán fuerza probatoria cuando hayan sido debidamente cotejadas y concordaren. Si resultare alguna variante entre la matriz y la copia, prevalecerá el contenido de la primera.

El instrumento público solo puede ser declarado falso por autoridad judicial; por lo que mientras no haya sido de-clarado judicialmente falso constituye plena prueba en todo lo relativo a los hechos que el notario afirma o certifica que acontecieron en los términos expresados en la escritura.

Además del valor probatorio procesal que el Código Judicial le reconoce al instrumento público notarial (escritura pública), la escritura también hace prueba para la validez del acto o negocio; y es en este sentido que el artículo 1130 del Código Civil se refiere a la eficacia de los contratos y hace alusión a las formalidades en los siguientes términos:

Artículo 1130. Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquellas formalidades desde que hubiese intervenido el consentimiento o la consignación por escrito, según el caso, y demás requisitos necesarios para su validez.

Pero para que el contrato tenga existencia legal, se necesita que el consentimiento conste por escrito en los casos en que el contrato sea de los que enumera en artículo siguiente.

En este orden de ideas, el artículo 1130 del Código Civil establece las formalidades para la eficacia de las obligaciones o contratos y el imperativo legal del otorgamiento de escrituras públicas como una obligación impuesta por la ley para de-terminados actos y contratos, sin cuyo cumplimiento no ten-dría valor legal.

De lo que se trata, entonces, y a manera de conclusión es que la escritura pública, como una especie del instrumento público, tiene un valor probatorio procesal que le reconoce el Código Judicial en los artículos 780, 832, 834, 838, 839 Y 840; pero también, en materia civil, hace prueba para la eficacia de las obligaciones, según los artículos 1130 y 1131 del Código Civil.

13.8. EL INSTRUMENTO PÚBLICO EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS FORMALES.

El artículo 1131 del Código Civil establece los negocios jurídicos o actos que deben constar en instrumento público, y enumera los siguientes:

Artículo 1131. Deberán constar por instrumento público:

1. Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación, o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. La venta de frutos pendientes o futuros de un inmueble podrá constar en documento privado;
2. Los arrendamientos de bienes inmuebles por seis o más años, siempre que deban perjudicar a terceros;
3. Las capitulaciones matrimoniales, siempre que se intente hacerlas valer contra terceras personas;
4. La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de la sociedad conyugal;
5. El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio, salvo los que disponga el Código Judicial; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o haya de perjudicar a tercero;
6. La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

Entonces, los actos o negocios jurídicos que según el artículo 1131 del Código Civil deben constar en instrumento público pueden ser clasificados atendiendo a la materia, así:

1. Derechos reales.
2. Arrendamientos.
3. Capitulaciones.
4. Herencias.
5. Poderes para contraer matrimonio.
6. Cesiones de acciones.

Son negocios jurídicos formales porque el ordenamiento jurídico establece que para celebrar uno de esos negocios jurídicos el interesado debe concurrir ante notario o quien haga sus veces a otorgar el respectivo instrumento público notarial, en atención a las formalidades que la ley civil establece según la naturaleza del negocio.

13.9. EL INSTRUMENTO PÚBLICO EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS CONSENSUALES.

El artículo 1131 del Código Civil se refiere a los actos y contratos que, por autoridad de la ley, deben constar en instrumento público; por lo tanto, en cualquier otro negocio consensual fuera del enunciado del artículo 1131 del Código Civil la escritura pública no es requisito indispensable para el nacimiento del negocio; no obstante, dice también el artículo 1729 del mismo Código Civil que no excluye el que se otorguen por ante notario los actos y contratos cuya constancia quieran las partes quede consignada en escritura pública, aún cuando para tales actos o contratos no haya la ley ordenado semejante formalidad.

En adición, dice el artículo 1750 del Código Civil que si la redacción del instrumento se encarga al notario por los interesados, la ejecutará en términos sencillos usando de las palabras en su acepción legal, ciñéndose precisamente a lo convenido, sin imponer condiciones que no se hayan manifestado y sin insertar cláusulas innecesarias.

Tratándose, entonces, de negocios simplemente consensuales y no enunciados en el artículo 1131, precitado, a los que las partes quieren elevar a escritura pública, el negocio puede surgir a la vida jurídica con la escritura o bien el negocio puede existir con anterioridad y la escritura solo recoge el consentimiento que ante el notario expresan las partes o hacer constar la existencia privada del negocio.

Lo relevante aquí es que la escritura como instrumento público no es de la esencia para la validez del negocio, sino que las partes, al amparo del artículo 1729 del Código Civil, han querido darle autenticidad y constancia pública al negocio por el valor probatorio que la escritura ofrece a las partes y a los terceros.

13.10. NULIDAD DEL INSTRUMENTO PÚBLICO.

La nulidad de un acto o negocio jurídico es la sanción legal que se deriva por razón de un defecto constitutivo.

En efecto, la nulidad de un acto o negocio jurídico es la ineficacia absoluta o relativa que se declara, judicialmente, atendiendo a:

- La ilicitud del objeto o del fin.
- La carencia de los requisitos esenciales exigidos para su realización.
- La concurrencia de algún vicio de la voluntad en el momento de su celebración.

La nulidad del instrumento público se produce por la violación de las normas imperativas, prohibitivas y reglamentarias relativas a la forma de constitución del documento notarial; así, entonces, la nulidad puede ser de fondo o de forma.

Ahora bien, vale advertir que es dable distinguir la nulidad del instrumento y la nulidad del negocio, es por ello que se habla de la nulidad de la forma (instrumento) y la nulidad del objeto (negocio); y es que la nulidad puede irrogarse al negocio mismo como contenido del instrumento, pero también a la forma del instrumento, aunque en ambos casos pueden darse la dos clases de nulidad; porque la nulidad del instrumento no determina la del negocio, ni la del negocio produce la del instrumento, aunque sí la ineficacia de este.

Es por ello que tiene razón Salas cuando dice:

"Desde el punto de vista notarial, la nulidad se puede definir como la incapacidad de un instrumento público para producir efectos jurídicos, por mediar algún vicio en su contenido o en su parte formal. La nulidad de un instrumento puede ser, pues, de fondo o de forma. La primera se produce cuando aquél es ineficaz porque el acto ó contrato que contiene está afectado por un vicio que lo invalida. Esta especie de nulidad se rige por las normas referentes a la nulidad de los actos jurídicos en Derecho Civil.

La nulidad de forma o instrumental es la que más interesa al Derecho Notarial porque afecta al documento considerado en sí mismo, y no como continente de un acto o negocio jurídico, inválido, sin perjuicio desde luego, que la nulidad instrumental afecte indirectamente la validez del acto o negocio que contiene"⁶⁷.

En efecto, entendemos que el efecto absoluto o relativo de la nulidad viene dado por razón de que la nulidad puede ser por causa de forma o de fondo;

⁶⁷ SALAS, Oscar. *Ob.cit.*, p. 251

siendo la primera cuando se afectan las formas propias del instrumento; mientras que la segunda se produce cuando se trata de un acto o contrato afectado por un vicio que lo invalida; al Derecho Notarial importa, propiamente, la nulidad por causa de la forma, esto es del instrumento, porque ataca el proceso de formación del instrumento, pero sin perjuicios de que la nulidad del instrumento afecte la validez del negocio, esto es el contenido del instrumento, lo cual importa al Derecho Civil.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha preferido hablar de la nulidad del acto o contrato y la nulidad del acto material, que no es otra cosa que hablar de razones de forma y razones de fondo, y sustenta una distinción en los siguientes términos:

"Si bien los artículos 1715 del Código Civil y 2113 del Código Administrativo indican con toda claridad que aunque el acto de las partes, que se celebra ante Notario, es un acto jurídico debidamente identificado, no es menos cierto que existe otro acto del Notario mediante el cual recibe o autoriza el primero, dando fe del mismo junto con los testigos instrumentales. Y es a juicio de Sala 'la escritura pública es un acto notarial que, como tal, tiene el carácter de acto jurídico, por lo cual no puede desconocerse su naturaleza'.

Pero es preciso tener presente que se trata de dos actos di-versos, y de allí que las causas que determinan la nulidad de una escritura pública sean distintas a las que se pueden invocar para determinar la nulidad del acto o contrato en ella. Por consiguiente, puede ocurrir que una escritura pública esté viciada de nulidad y no así el acto o contrato contenido en ella y viceversa. Así lo ha reconocido la Corte en Sentencia de 10 de agosto de 1948. (Registro Judicial No. 12, 1948, p.16)

Ahora bien, como quiera que de la nulidad de la escritura pueden resultar consecuencias que afecten a las partes que otorguen el acto o contrato contenido en ella, el juicio de nulidad de la escritura debe surtirse con audiencia de ellas o del presunto afectado para que queden vinculados por el fallo respectivo. Así lo admitió la Corte en Sentencia de 14 de enero de 1981 (Registro Judicial de enero de 1981, Sala Primera, p.32)»⁶⁸

El Capítulo V del Título II del Libro IV del Código Civil panameño, regula la materia relativa a la "nulidad y rescisión de los contratos", y corre del artículo 1141 al 1161 del Código Civil. En este orden, el artículo 1141 del Código Civil establece lo siguiente:

⁶⁸ Véase sentencia de 19 de octubre de 1982. Registro Judicial, Octubre de 1982, p.64 y s

Artículo 1141. Hay nulidad absoluta en los actos o contratos:

1. Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia;

2. Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene;

3. Cuando se ejecuten o celebren por personas absolutamente incapaces, encendiéndose únicamente por tales, los dementes, los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito y los menores impúberes.

Se deduce, entonces, que el artículo 1141, precitado, se refiere a las condiciones esenciales, requisitos, formalidades y capacidad que las partes deben reunir para la celebración de los actos o contratos; por lo que la carencia de ellos produce la nulidad absoluta.

El artículo 1143 del Código Civil por su parte establece:

Artículo 1143. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede igualmente pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por el objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por la prescripción extraordinaria.

A tal efecto, el artículo 1143 viene a establecer que los actos o contratos pueden ser tachados de nulidad por la inexistencia de las condiciones esenciales para su formación, dicha nulidad debe ser declarada, de oficio, por un Juez o a solicitud del Ministerio Público o por parte de todo el que tenga interés.

Por otro lado el artículo 1142 del Código Civil nos dice cuando se produce la nulidad relativa.

Artículo 1142. Hay nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos:

1. Cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular;

2. Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes;

3. Cuando se ejecuten o celebren por personas relativamente incapaces.

A diferencia de la nulidad absoluta, la nulidad relativa se produce no por la falta de las condiciones, requisitos o solemnidades que la ley exige o por la incapacidad de las partes.

La nulidad relativa no puede ser declarada de oficio, solo puede ser solicitada por las partes o sus representantes y puede ser subsanada por la ratificación o confirmación

A este propósito, el artículo 1144 del Código Civil establece que:

Artículo 1144. La nulidad relativa no puede declararse de oficio ni alegarse más que por la persona o personas en cuyo favor la han establecido las leyes o por sus herederos, cesionarios o representantes; puede subsanarse por la confirmación o ratificación del interesado o interesados, y por un lapso de cuatro años.

14

LA ESCRITURA PÚBLICA

14.1. CONCEPTO.

En sentido restringido, la escritura pública es el documento otorgado por ante notario en el ejercicio de sus funciones, con las solemnidades establecidas en el ordenamiento jurídico a solicitud de parte o por disposición de la ley y que contiene la expresión de un hecho, acto o negocio jurídico para su constitución, prueba o eficacia.

Una definición de escritura pública en sentido amplio abarcaría los documentos que reposan en el protocolo, indistintamente que contengan la expresión de un hecho, acto o negocio jurídico; porque al tenor del artículo 1727 del Código Civil, corresponde al notario la vigilancia y guarda de todos los instrumentos que ante él pasen y de las piezas y diligencias que, por precepto de la ley u orden del tribunal, se manden a insertar en los protocolos de las notarías, o que sean custodiados en la misma notaría; en tal sentido una

definición de escritura público en sentido amplio se identifica más con instrumento público, al tenor de lo expresado en el artículo 1728 del Código Civil, en el sentido que los instrumentos que se otorguen ante notario y que éste incorpora en el respectivo protocolo son instrumentos públicos.

Nosotros nos inclinamos por una definición en sentido restringido, esto es que por escritura pública se define el instrumento notarial que contiene la declaración de voluntad; porque en sentido amplio se confunde la escritura pública con el archivo de la notaría que contiene los protocolos de las escrituras, lo cual cumple propiamente la función de autenticidad.

En este sentido vale advertir que nuestra legislación, y por deducción de los artículos 1728 y 1729 del Código Civil, a manera de ejemplo, al hablar de actos y contratos hace una distinción fundamental entre escritura y actas, por lo que ordinariamente se emplea el concepto de escritura en sentido restringido para referirnos a una manifestación de voluntad formal, y aplicando el término "instrumento" para designar tanto las Escrituras como las actas; porque al decir de la par-te final del artículo 1728 deberán, por tanto, pasar u otorgarse por ante notario los actos y contratos que la ley exige que consten en instrumento público.

Aunado a lo dicho, el Código Judicial nos presenta una definición de la escritura, cuando en el artículo 834 nos dice que el documento público es el otorgado por los funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones, y agrega que cuando es otorgado por un Notario o quien haga sus veces y es incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

14.2. CLASES DE ESCRITURA.

Nuestra clasificación atiende, por un lado, al negocio que involucra la Escritura y, por otro, al aspecto instrumental, esto es el aspecto formal del instrumento público.

14.2.1. Atendiendo al negocio que involucra.

En atención al negocio hay que tener en cuenta la relación de independencia o dependencia de una escritura frente a otra otorgada con anterioridad, y de esta manera se clasifican en principales y complementarias o accesorias.

14.2.1.1. Principales.

La condición de principal de una escritura deriva de la finalidad que contiene; esto es que contiene una manifestación de voluntad independiente de cualquier otra escritura, por lo que persigue una finalidad propia.

Entre las escrituras principales podemos mencionar las que contienen contratos, las que contienen testamentos, los pactos sociales o de constitución de una sociedad anónima o de una fundación.

14.2.1.2. Complementarias.

Son escrituras complementarias o accesorias aquellas que tienen como finalidad aclarar, enmendar, transformar, adicionar o complementar una escritura que haya sido otorgada con anterioridad.

Apoyándonos en Salas, para quien esta clasificación incluye algunos casos de escrituras complementarias, a lo que él llama subgrupos, las cuales vale comentar, como son las siguientes⁶⁹:

a. **De ampliación.** Son las que extienden o aumentan el objeto del negocio contenido en la escritura principal sin modificar las cláusulas primitivas.

b. **De prórroga.** Son las que extienden el periodo de vigencia o aplazan el vencimiento de un derecho real o de una obligación.

c. **De confirmación.** Son las que se proponen sanear los vicios que afectan el acto anulable.

d. **De ratificación.** Son las que aprueban actos realizados por otras personas sin mandato o sin facultades suficientes para ello.

e. **De aceptación.** Son aquellas en que otorgan su consentimiento las personas a cuyo favor se constituyeron, traspasaron o reconocieron derechos en otra escritura en la que no comparecieron.

f. **Aclaratorias.** Llamadas también "adicionales". Son las que suplen

⁶⁹ SALAS, Oscar. *Ob. Cit.*, p. 283

omisiones o dejan sin efecto cláusulas (generalmente nulas o ilícitas), con el fin de facilitar la inscripción de un documento en el Registro Público o aclaran dudas de otra escritura. Los otorgantes de la escritura aclarada y de la aclaratoria suelen ser los mismos.

g. **De adhesión.** Son todas aquellas en que ambas partes realizan un negocio jurídico y convienen en que se rija por las cláusulas de un contrato tipo previamente redactado y que puede estar publicado (por ejemplo en el periódico oficial), o transcrito en un registro público.

Los casos presentados por Salas recogen, de manera genérica, los supuestos de escrituras que modifican, corrigen, amplían o complementan las escrituras principales; y aunque no encontraremos una normativa que desarrolle cada su-puesto, las escrituras complementarias o accesorias son producto más de la práctica notarial que de una tarea legislativa.

14.2.2. Atendiendo al aspecto instrumental.

Esta clasificación atiende a la autorización textual o no que hace el notario en la misma escritura en la que manda a que se cumpla con la respectiva inscripción en el registro correspondiente, de lo cual se deriva esta clasificación de escrituras autorizadas y escrituras no autorizadas.

14.2.2.1. Las escrituras autorizadas.

Son aquellas que una vez suscritas en el protocolo son aceptadas, aprobadas y rubricadas por los comparecientes, los testigos que intervienen y el notario.

La parte final del protocolo de una escritura pública a la modalidad del Código Civil panameño, y para proceder a la firma y luego de enunciar a los testigos, cierra de la manera siguiente:

“... la encontraron conforme, le impartieron su aprobación y la firman todos para constancia por ante mí el notario que doy fe”.

Esta es una modalidad de protocolo para la firma.

En tanto, el cierre de una escritura, luego que el protocolo ha sido firmado por las partes, cierra de la siguiente manera:

“...concuera con su original esta copia que expido, sello y firmo en la ciudad de Panamá, República de Panamá, a los....días del mes de..... de 2006”.

Esto es lo que constituye una escritura autorizada; esto es que el protocolo ha sido firmado por las partes y que y que el notario ha expedido la copia auténtica destinada a ser inscrita en el Registro Público.

14.2.2.2. Las escrituras no autorizadas.

Son aquellas que aún suscritas por las partes en el protocolo no son autorizadas por el notario para su inscripción, es decir que no son cerradas, por lo cual no pueden surtir efectos entre las partes ni contra terceros.

Esto puede ocurrir por diversas razones: porque alguno de los comparecientes, cambia de opinión y niega la firma; que los testigos se nieguen a firmar el protocolo; o que el mismo notario descubra alguna irregularidad y niegue el cierre de la escritura.

Este tipo de escrituras se da con frecuencia en países donde el notario puede firmar el protocolo pero dejando constancia de la circunstancia o colocando la frase "sin efecto".

14.3. PARTES DE QUE CONSTA LA ESCRITURA PÚBLICA.

Para Cabanellas⁷⁰, toda escritura pública, consta de cuatro partes, cuales son: comparecencia, exposición, estipulaciones y el otorgamiento.

La legislación notarial patria no contiene una norma que distinga las partes que integran la escritura; no obstante, nuestro Código Civil, en los artículos 1743, 1744, 1745, contiene algunas disposiciones en donde se distinguen

⁷⁰ CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. Buenos Aires (Argentina): Editorial Eliasta, p. 531

aspectos que pueden tenerse como enunciados de las partes que debe contener una escritura pública.

Ahora bien, siguiendo la doctrina más generalizada, entendemos que las partes en que se divide una escritura pública son: Comparecencia, a la que también se le llama Introducción; la parte expositiva; la parte dispositiva y el otorgamiento, al cual se le incluye la autorización.

14.3.1. Parte introductoria o de comparecencia.

La función notarial no tiene poder coercitivo, porque se trata de una jurisdicción voluntaria y la jurisdicción voluntaria se fundamenta en la autonomía de la voluntad, luego, entonces, la función notarial solo se ejerce a solicitud de parte, a excepción de las instrucciones que imparten los jueces de circuito en los casos de elevar a escritura pública una sucesión intestada, una adopción, etc.

Por consiguiente, la comparecencia personal es indispensable para activar la actuación del notario a efectos de ejercer la fe pública, de la cual es depositario el notario, y de esta manera se cumple con el principio de intermediación.

En la práctica, con la comparecencia ante notario se cumplen dos postulados fundamentales del Derecho Notarial, cuales son dar fe de conocimiento y dar fe de identidad.

Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual, define la comparecencia como la “constancia documental que un fedatario público extiende acerca de los que ante él se presentan o de aquellos ante los cuales se presenta él, para un acto o negocio jurídico”⁷¹.

Dicho de otra manera, la comparecencia es la presencia física, aunque el que comparece lo haga en nombre y re-presentación de otro, pues en tal caso debe reunir los requisitos legales que exige la ley para la representación legal.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 226

A la comparecencia también se le llama introducción, porque es en la parte introductoria de la escritura donde, además de expresar la jurisdiccionalidad territorial del notario que actúa, se hace constar la presencia física de los comparecientes, que al tenor de los artículos 1745 y 1746 del Código Civil panameño al referirse a los otorgantes se refiere a los comparecientes.

El artículo 1743 del Código Civil regula el aspecto de la introducción y comparecencia en la escritura pública, cuando manifiesta lo siguiente:

Artículo 1743. Por regla general los instrumentos que se otorguen ante notario contendrán: el número que les corresponda en la serie instrumental; el lugar y fecha del otorgamiento; la denominación legal del notario por ante quien se otorga; los nombres y apellidos, sexo, estado, edad, naturaleza y domicilio de los otorgantes, o de sus representantes legales (las personas jurídicas serán designadas por su denominación legal y se extenderá a sus representantes lo que anteriormente se dice de los representantes legales de las personas naturales); la especie o naturaleza del acto o contrato, con todas las circunstancias que hagan conocer claramente los derechos que se dan y las obligaciones que se imponen, con expresión de las cauciones o hipotecas que se constituyan o de los gravámenes o limitaciones que se impongan al derecho de propiedad y el origen o procedencia del título del enajenante.

Del artículo 1743, precitado, se deduce que la comparecencia reúne dos aspectos: la introducción y la manifestación de comparecencia física.

En la introducción se expresa la numeración de la escritura y una reseña de la declaración, acto o contrato de que trata la escritura, esto es el objeto de la escritura y la fecha de la escritura.

En la comparecencia se expresan las generales de los otorgantes o los representantes legales, si los hay; se señalan nombres, apellidos, sexo, estado civil, vecindad o domicilio, y cualquier otra información que permita la identificación del otorgante.

Si los otorgantes son personas jurídicas se exponen las generales del compareciente y las generales y denominación legal de la persona jurídica.

14.3.2. Parte expositiva.

La parte expositiva hace el contenido del objeto de la escritura, que coincide con el objeto obligación o del negocio jurídico.

En esta parte es fundamental acreditar las circunstancias que rodean el objeto y los antecedentes de la declaración de voluntad de las partes que intervienen.

A este aspecto se refiere el texto del artículo 1744 del Código Civil, cuando a la letra expresa:

Artículo 1744. En los instrumentos que se otorguen, las cosas y cantidades serán determinadas de una manera inequívoca y si se tratare principal u ocasionalmente de inmuebles se harán constar las circunstancias siguientes:

1. La naturaleza, situación, cabida, linderos, calle y número (si fuere finca urbana) y nombre del inmueble, objeto directo o indirecto del instrumento;
2. La naturaleza, valor, extensión, condición y cargas de cualquier especie del derecho a que se refiere el instrumento; y
3. El nombre y apellido, sexo, estado, edad, naturaleza y domicilio de la persona a cuyo favor se haga la transmisión de un derecho y los de aquellos que lo transmiten.

Si al contrato accediere fianza, deberá expresarse la concurrencia del fiador y los términos en que se obliga.

Cuando los instrumentos se refieran a inmuebles inscritos en el Registro Público, no se repetirán las circunstancias del ordinal primero, pero se hará mención de las modificaciones que indique el nuevo título y del asiento en que se halle la inscripción.

En efecto, se deduce que en la parte expositiva se deben acreditar los elementos, incidencias y circunstancias que preceden y se relacionan directa o indirectamente con el negocio y los términos de las declaraciones de voluntad que hagan las partes. El orden no afecta la eficacia de la escritura.

14.3.3. La parte dispositiva.

En esta parte de la escritura se deben exponer todas las estipulaciones o cláusulas que las partes en el marco de la expresión de la voluntad quieran hacer constar como con-te-nido del negocio jurídico.

Es por ello que el artículo 1743 del Código Civil, en parte pertinente, establece el contenido mínimo dispositivo de la escritura en las palabras siguientes:

Artículo 1743...

La especie o naturaleza del acto o contrato con todas las circunstancias que hayan conocido claramente los derechos que se dan y las obligaciones que se imponen, con expresión de al cauciones o hipotecas que se constituyen o de los gravámenes o limitaciones que se impongan al derecho de propiedad y el origen o procedencia del título del enajenante.

Con relación a la parte dispositiva dice el artículo 1749 del Código Civil que los otorgantes pueden redactar el instrumento por sí mismos, conteniendo las designaciones necesarias, sin la naturaleza del mismo instrumento, en cuyo caso insertará el notario el escrito que se le diere, poniéndole encabezamiento y pie que correspondan al acto o contrato.

En tanto que el artículo 1740 del mismo Código Civil se refiere a que si la redacción del instrumento se encarga al notario por los interesados, lo hará en términos sencillos usando las palabras en su acepción legal, ciñéndose precisamente a lo convenido, sin imponer condiciones que no se hayan pactado y sin insertar cláusulas innecesarias.

Se trata, entonces, de que en la parte dispositiva el notario debe preocuparse en interpretar, restrictivamente, la voluntad de las partes y plasmarla en la escritura sin licencias ni cláusulas innecesarias que puedan producir confusión, pero atendiendo a las formas preestablecidas por la ley.

La normativa de nuestro Código Civil que regula la materia relativa al notariado no contempla reglas para la redacción de las estipulaciones, salvo casos especiales como el previsto en el artículo 1744 en lo relativo a bienes inmuebles.

14.3.4. Otorgamiento y autorización.

El otorgamiento y la autorización es la parte final en el texto de toda escritura pública, a la vez que es la conclusión en el proceso de elaboración.

Vale establecer la distinción entre lo que es el otorgamiento y lo que es la autorización.

14.3.4.1. El otorgamiento.

El otorgamiento es un acto de carácter solemne que tiene por contenido la expresión de la voluntad, esto es el consentimiento de los otorgantes, el cual se hace en presencia de los testigos y por ante el notario que da fe de que en el otorgamiento del instrumento se han cumplido las formalidades establecidas para el acto o contrato.

El artículo 1735 del Código Civil establece la formalidad del otorgamiento, y dice lo siguiente:

Artículo 1735. Todo acto o contrato que deba quedar en el protocolo, deberá suscribirse con la firma usual por los otorgantes, por dos testigos mayores de veintiún años, vecinos del circuito de la notaria y de crédito y por el notario, que dará fe de todo; los dos testigos se llaman testigos instrumentales.

Los testigos instrumentales deberán estar presentes al tiempo de leerse el instrumento a los otorgantes, oír que estos lo aprueben y ver que lo firman.

Si alguno de los otorgantes no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego un testigo diferente de los instrumentales, que reúna las circunstancias que en estos se requieren.

En efecto, el otorgamiento es la expresión del consentimiento de los otorgantes, que hace contenido de la escritura, en la que se describe el hecho, el acto o negocio y en donde se hace constar que los otorgantes de la misma, una vez leída y hechas las advertencias de ley sobre reserva, si ese es el caso, expresan su voluntad dando su consentimiento sobre la escritura pública en presencia de los testigos y del notario.

14.3.4.2. La autorización.

Es la manifestación que hace el notario en el texto final de la escritura en la que declara que se han cumplido con las formalidades establecidas para el acto o negocio de que se trata y procede a estampar su firma, como fe de lo

expuesto, la que por lo general está precedida de las expresiones: "por ante mí", o "de lo cual doy fe".

15 EL ACTA NOTARIAL

15.1. CONCEPTO.

Acta es el documento formalmente autorizado por el notario en ejercicio de sus funciones, que no ampara negocio jurídico, pero que es emitido con el objeto de dar fe de un hecho o una pluralidad de hechos que le constan o que personalmente realiza o verifica a solicitud de parte.

Para Cabanellas, en su Diccionario, acta notarial es "el instrumento autorizado, a instancias de parte por un notario o escribano, donde se consignen las circunstancias, manifestaciones y hechos que presenciaron y les constan, y de los cuales dan fe y de no ser, por su naturaleza materia de contrato".

En el ordenamiento jurídico panameño, al acta notarial también se le denomina, impropriamente, atestaciones, haciéndose una interpretación extensiva del texto del artículo 1730 del Código Civil, el cual a la letra expresa:

Artículo 1730. Harán fe las atestaciones que ante dos testigos hagan los notarios al pie de documento privado.

Nos parece impropio denominar atestaciones a las actas, asimilando el texto del artículo 1730, primero, porque la formalidad de las actas es distinta a las atestaciones que se hacen al pie de documento privado y, segundo, porque si bien en nuestra práctica notarial se denomina atestaciones a las autenticaciones de firmas que se hacen por ventanilla en la oficina notarial, las actas son un documento que elabora el notario, por lo cual sale de la esfera de documento privado para constituir, propiamente, un documento público.

15.2. REQUISITOS.

Las actas notariales requieren de los mismos requisitos formales comunes a todo instrumento público; sin embargo, requiere, además, dos requisitos especiales que serían:

1. El interés de la parte requirente.
2. La licitud de la actuación notarial.

El interés de la parte requirente constituye el objeto del acta; esto es lo que el requirente pide al notario hacer constar. Es por ello que se hace a solicitud de parte, y a razón de que el acta notarial no afecta ningún tipo de relación jurídica, siempre que la actuación del notario sea lícita, este no puede negarse a autorizarlas.

La licitud de la actuación notarial radica en que el levantamiento del acta, que tiene la finalidad de constituirse en prueba, no puede ser contraria a las formas lícitas de constituir elementos probatorios que reconoce el Código Judicial panameño.

En efecto, se aplica el enunciado de los artículos 1739, 1740 y 1741 del Código Civil. El artículo 1739 establece que los notarios responden de la parte formal y no de la sustancia de los actos y contratos que autorizan; con todo, cuando algún acto o contrato, o cuando alguna cláusula del acto o contrato le pareciere ilegal, deberá advertirlo a las partes, sin rehusar en ningún caso la autorización.

En tanto que el artículo 1740 del mismo Código Civil refiere a que no responden tampoco los notarios de la capacidad o aptitud legal de las partes para ejecutar el acto o celebrar el contrato que solemnizan; pero sí responden de que los testigos instrumentales, y en su caso los de abono, reúnen las cualidades que la ley exige.

Por su parte, el artículo 1741 advierte que sin embargo, de lo dispuesto en el anterior artículo (1740), si al notario le constare que los otorgantes no tienen la capacidad o aptitud legal para obligarse por sí solos, lo advertirá a los mismos otorgantes; y si no obstante insistieren ellos en el otorgamiento del instrumento,

el notario lo extenderá y autorizará, dejando en el instrumento la debida constancia de la advertencia hecha a los otorgantes y de la insistencia de estos.

15.3. UN CASO PRÁCTICO SOBRE EL VALOR PROBATORIO DE UN ACTA NOTARIAL.

Vale traer a cita el fallo de la Corte Suprema de Justicia, Pleno, en relación a la Queja presentada por el Licenciado Omar Alexis Sinclair Padilla contra los magistrados Joaquín Ortega y Wilfredo Sáenz, del Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá, bajo la ponencia del Magistrado Winston Spadafora F, del veintidós (22) de julio de dos mil cuatro (2004).

Según expone el fallo, el licenciado Omar Alexis Sinclair Padilla ha presentado ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia proceso de queja contra los Magistrados Joaquín Ortega y Wilfredo Sáenz del Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá.

El quejoso fundamenta su queja en los numerales 3 y 10 del artículo 286 del Código Judicial. Agrega que las conductas en las que incurrieron los magistrados Ortega y Sáenz se desprenden del proceso de secuestro que propuso Universal Princess, S. A., sobre el Lote No.1 en la Manzana No.8 de la Calle C y 14 de la Zona Libre de Colón, en el que se designó a Erick Tapia como Depositario y Administrador Judicial y a Miguel Antonio Navalo como custodio del bien inmueble.

El Juzgado Segundo de Circuito Penal de Colón al conocer del caso, mediante Auto ASD No.31 de 8 de abril de 2002, desestimó y archivó la querrela interpuesta contra el Inspector Nájera. Comunica además el quejoso, que el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá al conocer del negocio formuló criterios sin sustento jurídico, pues no analizó el contenido de la querrela ni los requisitos para su admisibilidad, análisis de fondo que se deja de lado incurriendo los Magistrados en ignorancia inexcusable de la ley, al no tomar en consideración al valor probatorio de una Diligencia Notarial que es un documento auténtico, que hace fe de su otorgamiento y de las certificaciones que en ellos haga el servidor que los expidió.

Sigue diciendo el fallo, que según el licenciado Sinclair los hechos expuestos constituyen la base de su reclamación, pues el Segundo Tribunal Superior mantuvo el criterio de la Agencia de Instrucción y el Juez de la Causa sin prestar atención al fondo del asunto tratado en la Diligencia Notarial, ya que la negativa en entregar las copias fue precisamente la razón por la cual fue promovida la Querrela, no obstante, se deja de lado el hecho concreto de esa actitud de parte del querrellado, que es contraria a derecho y

sancionada por la Ley.

Finalmente, el quejoso expresa que el Segundo Tribunal Superior de manera antojadiza no tomó en cuenta, ni le concedió valor probatorio a la diligencia notarial, pese a que el Notario Churchill indicó que fue personalmente ante el Inspector Najera y éste le manifestó que no podía entregar copia de la denuncia al abogado. Así, la Diligencia Notarial es prueba sumaria idónea para la presentación de la Querella, ya que deja constancia fehaciente de la negativa del funcionario en hacer entrega de la copia solicitada, que es precisamente la actuación ilegal que motiva la pro-moción de la Querella y es lo que debieron valorar en su momento los Magistrados del Tribunal Colegiado, sobre todo porque no se debió poner en tela de duda ni la validez de la Diligencia Notarial ni la fe pública que depositó el Señor Notario en este documento público por él otorgado, ya que ambas condiciones son avaladas mediante mandato legal (fs.1-6).

Conforme el trámite que regula este tipo de procesos, el Pleno de la Corte ordenó al quejoso que se ratificara bajo juramento de la queja presentada contra los magistrados Ortega y Sáenz del Segundo Tribunal Superior. Según se puede constatar a foja 73 del expediente, el licenciado Sinclair se afirmó y ratificó de la queja promovida.

Posteriormente, se requirió un informe de los magistrados Ortega y Sáenz sobre los hechos denunciados en el escrito de queja. De esta manera los magistrados Ortega y Sáenz rechazan de manera categórica la ignorancia inexcusable alegada por el licenciado Sinclair con respecto a la valoración de una prueba interpuesta en el proceso que originó este negocio. Es así, agregan los magistrados, que la resolución fue debidamente motivada al indicar la falta de fecha del documento público presentado por el querellante, en especial tratándose de un documento notarial es elemental y básico consignar la fecha de su expedición y el número de identificación, también observamos contradicción entre lo manifestado por la persona supuestamente agraviada y el texto del documento citado, pues el querellante hace referencia a las 2:22 P. M, y en la diligencia notarial contempla la 1:15 p. m

Indican además los magistrados del Segundo Tribunal Superior que el quejoso pretende con esta queja convertirla en el recurso que dejó de presentar contra la resolución judicial emitida, porque el mismo era susceptible de ser atacado mediante un recurso extraordinario de casación penal, de conformidad con el numeral 6 del artículo 2431 del Código Judicial.

Otro aspecto resaltado por los magistrados Ortega y Sáenz es que no puede aceptarse, como indica el licenciado Sinclair, que se desestimó una prueba documental sin ninguna fundamentación jurídica, toda vez que la función que se realizó fue la de determinar si la prueba aportada cumplía con los requisitos para ser considerada como

prueba sumaria que acreditara la existencia del hecho punible, situación que nunca se comprobó. Culminan manifestando que la labor de interpretación es ejercida en base a los criterios de la sana crítica y que contra sus decisiones se pueden ejercer los medios de impugnación que la ley establezca, dando vigencia al principio de la doble instancia, pudiendo lograr con ello que se decreta, por ejemplo, la nulidad de lo actuado o se revoque la decisión que había sido tomada (fs.84-85).

Dice la Corte, entonces, que conocidos los aspectos medulares sobre los cuales se apoya la queja promovida por el licenciado Sinclair, le corresponde al Pleno de la Corte decidir lo que en derecho proceda.

Los antecedentes del caso permiten conocer que el licenciado Sinclair promueve este proceso de queja contra los magistrados Ortega y Sáenz, en vista de que, a su juicio, la no admisión de la querrela que presentó contra el Inspector Jefe de la Policía Técnica Judicial de Colón por la negativa de este funcionario en no entregarle copia de la querrela, constituye básicamente un desconocimiento o ignorancia inexcusable por parte de los magistrados acusados, toda vez que le desconocen el valor de documento público auténtico a una certificación notarial emitida por un Notario Público.

Agrega la Corte, que en el proceso que originó la presentación de ésta queja, si bien la documentación que aportó el quejoso viene constituida en copias simples sin autenticación, se aprecia que la decisión de los magistrados no fue de manera antojadiza, pues la resolución que no admitió la queja fue debidamente motivada, tal como debe ser en una correcta administración de justicia en donde se le da a conocer, de manera clara y comprensible, a quienes acudan a los órganos jurisdiccionales en busca de tutela judicial las razones en que se fundamenta una decisión judicial.

El hecho de que una pretensión, recurso o acción sea decidida de manera contraria a quien la propuso no significa que se esté desconociendo un derecho o bien que la persona que administra justicia, el juzgador, desconozca del tema de derecho, porque si la resolución está debidamente motivada y, como lo indicaron oportunamente los magistrados, le da la oportunidad a la persona cuya decisión le fue adversa de interponer los medios de impugnación (recursos, acciones, incidentes) que la ley establezca contra dicha decisión.

Es allí que cobra especial importancia el principio de doble instancia y en donde se le brinda la oportunidad a las partes de rebatir las decisiones del juzgador de grado y de que esas decisiones judiciales sean revisadas y conocidas por el superior jerárquico, a fin de que se resuelvan las disconformidades que se tienen con el fallo emitido.

Por otro lado -sostiene la Corte-, en este tipo de procesos es función del juzgador examinar si la querrela se ha presentado con la prueba sumaria que acredite, al menos de manera indiciaria, la comisión del hecho punible imputado, es decir, si la supuesta

prueba sumaria aportada al proceso reúne los requisitos de autenticidad e idoneidad, a fin de que pueda ser apreciada y valorada en el proceso, situación que no se cumplió en el proceso de marras ya que la diligencia notarial adolecía de imperfecciones, por lo que no era idónea para probar el supuesto delito denunciado, como por ejemplo la falta de fecha de la diligencia notarial y su número de identificación.

Por último, como última instancia el quejoso podía utilizar contra la decisión del Segundo Tribunal Superior el recurso extraordinario de casación penal al que también han hecho alusión los magistrados acusados. Así, el numeral 6 del artículo 2431 del Código Judicial, establece que habrá lugar al recurso de casación contra autos que pongan fin al proceso Si se rechaza una querrela o denuncia por delito público o privado, cuando se haya quebrantado alguna ley expresa al declarar que el hecho acusado o denunciado no constituye delito o que el querellante o denunciante no tiene facultad para acusar o denunciar, por su calidad o circunstancias o por las de la persona acusada o denunciada

Así, entonces, termina diciendo la Corte, que el análisis realizado permite a esta Corporación de Justicia concluir que no hay lugar a la queja promovida por el licenciado Sinclair y a ello se procede a declararlo, en base al artículo 291 del Código Judicial.

En virtud de lo anteriormente expuesto, EL PLENO DE LA CORTE SUPREMA, administrando justicia en nombre de la Re-pública y por autoridad de la ley, DECLARA QUE NO HAY LUGAR a imponer una corrección disciplinaria a los magistrados Joaquín Ortega y Wilfredo Sáenz del Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá, por razón de la queja presentada por el licenciado Omar Alexis Sinclair Padilla.

15.4. CLASIFICACION DE LAS ACTAS NOTARIALES.

Las actas notariales pueden clasificarse en función de los hechos que recogen, así:

15.4.1. Actas de presencia.

Son actas de presencia porque requiere la presencia directa del notario en el escenario de hechos, de manera tal que pueda observar los hechos de

manera pasiva y sin tomar parte en ellos, así puede dar fe de la sucesión del hecho y sus circunstancias.

Son actas de presencia las que prueban o acrediten el estado físico de las cosas o su calidad o cualidad, la de obra, las de juegos de azar y sorteos, etc.

15.4.2. Actas de referencia, declaraciones extrajudiciales o atestaciones.

Las actas de referencias son aquellas mediante las cuales el notario hace constar las declaraciones o relatos de testigos o peritos sobre actos o hechos que hayan percibido.

A las actas de referencias se les suele llamar, también, “declaraciones extrajudiciales” o “atestaciones”.

El artículo 923 del Código Judicial autoriza a los notarios para recibir declaraciones con fines extrajudiciales.

En efecto, pueden presentarse ante notario, bajo la gravedad de juramento, declaraciones extrajudiciales, las cuales tienen el alcance de las rendidas ante el juez civil, porque así lo establece el artículo 923 del Código Judicial el cual a la letra expresa:

Artículo 923. Para que las declaraciones de los testigos puedan estimarse como prueba en los procesos en que hubiere término probatorio, es necesario que se reciban por el juez de la causa o por el comisionado o sean ratificados ante él durante el respectivo término probatorio.

Si las declaraciones se han rendido en un proceso distinto, serán estimadas como prueba, a menos que la parte contraria manifestare dentro del término del traslado que desea repreguntar al testigo, pues en tal caso este debe ratificarse ante el juez de la causa o el comisionado.

En caso de que la parte que pidió la comparecencia del testigo no concurra a repreguntarlo, la ratificación será innecesaria para la validez de la prueba. El Juez podrá en todo caso interrogar libremente al testigo.

Si las declaraciones han sido recibidas fuera de proceso, ante notario en forma de atestación, los testigos serán ratificados. Las ratificaciones no serán validas si no se repitieren los hechos declarados, es decir, si los testigos se limitaren a decir que se afirman y ratifican, sin tener nada que añadir ni suprimir.

Las declaraciones recibidas en otro proceso pueden ser ratificadas en esa forma. No requieren ratificación los testimonios recibidos en la forma establecida en el artículo 831, los cuales se regirán en cuanto a su intervención como pruebas por lo dispuesto en el artículo mencionado.

Las actas de referencia son la forma común de constituir testimonio extrajudicial o extraprocesal, en la que el notario se limita a ser el receptor y dar fe de la comparecencia del otorgante y de la condición apta para rendir la declaración por ante notario y sin emitir conceptos.

15.4.2.1. Acta contentiva de la declaración.

El acta debe contener, como mínimo, las siguientes formalidades:

a. La introducción, en la cual se consigna la competencia territorial y la comparecencia. La competencia territorial se expresa en la identificación del notario y el circuito notarial en que ejerce funciones.

b. La expresión de que la declaración se hace bajo la gravedad del juramento. En este contenido suele transcribirse o hacerse referencia al texto del artículo 355 del Código Penal el cual a la letra expresa que: “el testigo, perito, interprete o traductor, que ante la autoridad competente afirme una falsedad o niegue o calle la verdad, en todo o en parte de su deposición, dictamen, interpretación o traducción, será sancionado con prisión de ocho a veinte meses...”.

c. La parte dispositiva, esta es la explicación de las razones y el contenido del testimonio o declaración lo cual debe tratar hechos personales del declarante o que hayan llegado a su conocimiento por propia percepción.

d El acta debe ser suscrita por el declarante, los testigos instrumentales y el notario.

Por regla general, la declaración extrajudicial o la atestación deben ser elevadas a instrumento público notarial, salvo los casos en que la ley permita que, para asuntos administrativos, el compareciente elabore el documento y lo presente ante notario.

15.4.2.2. Un caso práctico de declaración notarial jurada aportada en proceso penal.

Vale traer a cita el texto del fallo de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, contenido del Recurso de Apelación interpuesto contra el auto nº 90 de 6 de septiembre de 2004, dictado por el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, al resolver los incidentes de controversias promovidos por el licenciado Alexis Ríos Samudio, en representación de Carmen Rubiela Sáenz dentro del sumario instruido por delito contra la vida y la integridad personal en perjuicio de José Javier Herrera, y bajo la ponencia de Esmeralda Arosemena de Troitiño, fechado el veintiocho (28) de marzo de dos mil cinco (2005).

Establece el fallo al iniciar su parte motiva que en el libelo de apelación, el licenciado Ríos Samudio, cuestiona la decisión del tribunal a quo de no acceder a lo solicitado en el primer incidente de controversia que incoara con el objetivo que en este proceso, fuese admitida la declaración notarial prestada por el joven Luis Enrique Sáenz, donde aceptó la autoría del manuscrito que reposaba en el expediente, en el cual expresara que su tía Carmen Rubiela Sáenz, no es partícipe del hecho que se investiga, contrario a lo que anteriormente éste señalara en el sumario.

A la letra dice el fallo que en este sentido, el recurrente plantea que esta declaración notarial, al no tener visos de irregular, no puede ser considerada ineficaz y negarse su admisión, cuando lo que hace el testigo es expresar un nuevo elemento al proceso, que varía sustancialmente la realidad de autos con relación a su representada, Carmen Sáenz.

En el traslado que se surte al Ministerio Público contesta la Fiscal Primera Superior del Primer Distrito Judicial y se opone a la posición del incidentista, y advierte que la actuación en la etapa de investigación se ajusta a Derecho, al dictar una resolución de mero obedecimiento para rechazar una declaración

notarial que no aporta ningún elemento probatorio al proceso y que definitivamente resulta improcedente y superflua a esta causa. Opina -además, la representación del Ministerio Público- que la declaración notarial no puede ser justificada, estando abierta la instrucción sumarial que permite la inmediación entre el Agente Instructor y el declarante, dejándose estas declaraciones notariales para etapas procesales en las que esta inmediación ya no fuera posible.

Expone el fallo que el Segundo Tribunal Superior de Justicia negó la admisión de los incidentes de controversias presentados por el licenciado Ríos Samudio, al compartir la posición de la Fiscalía Superior, de no acoger la prueba aducida por el incidentista, apreciando al respecto, que si Luis Enrique Sáenz deseaba enmendar, corregir o ampliar lo declarado en torno al homicidio del señor José Javier Herrera, debió presentarse personalmente al despacho de instrucción, para mediante diligencia de ampliación de declaración jurada exponer todo lo que deseaba comunicar.

Con relación al segundo incidente de controversia mediante el cual se cuestiona la práctica de un examen caligráfico al señor Marcial Cuadra, el Tribunal Superior es del criterio que en la fase inicial del sumario, el Ministerio Público tiene iniciativa probatoria lo cual no excluye la posibilidad de practicar aquellas pruebas que considere necesarias para esclarecer los hechos, sino por lo contrario le obliga por mandato de la ley.

En las consideraciones de la sala expone el fallo que luego de ponderar el fundamento de la apelación, la respuesta fiscal y las razones que motivaron al tribunal de grado a negar los incidentes de controversia promovidos por la defensa técnica de la imputada Carmen Rubiela Sáenz, se procede a resolver la alzada, con base a las siguientes consideraciones:

La encuesta penal que nos ocupa, se encuentra en su fase de instrucción sumarial, etapa que se surte bajo la responsabilidad de los agentes del Ministerio Público, quienes por ello, tienen la obligación de allegar al expediente las pruebas que permiten determinar la responsabilidad o no del o los imputados.

En esta labor, el funcionario de instrucción debe tener presente que, siendo el objeto de la actividad probatoria, la búsqueda de la verdad real y material de los hechos, es su

obligación allegar al expediente todas aquellas pruebas que contribuyan a ese fin, siempre y cuando cumplan con los requisitos legales para tal efecto, siendo que luego, deben ser valoradas por el juez.

En el caso *subjudice*, estima la Sala que la declaración notarial aducida por el recurrente, debe ser admitida, ya que este medio de prueba no es ilícito, ni puede ser considerado inconducente o inoportuno para el proceso, ya que si bien Luis Enrique Sáenz ha prestado testimonio previamente en el sumario, del contenido del documento notarial se desprende, que en esta ocasión el declarante, expone una situación fáctica distinta a la constante en el expediente, como reconoce el Ministerio Público, respecto a los cargos inculpativos que el joven Sáenz anteriormente le hiciera a la señora Carmen Rubiela Sáenz, documento que puede prontamente evaluarse.

Es por ello -dice la Corte- conforme al derecho de defensa que le asiste a toda persona implicada en un asunto penal, procede admitir aquellos elementos probatorios que a su parecer, le favorezcan, pues en todo caso, deberá ser evaluada por el tribunal de la instancia, al momento de la valoración de todas las pruebas que reposen en el cuaderno penal, ajustándose a las reglas de la sana crítica.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Segunda de lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley Reforma el auto apelado, en el sentido de Conceder el incidente de Controversia propuesto contra la pro-videncia de 21 de junio 2004, emitida por la Fiscalía Primera Superior del Primer Distrito Judicial, por lo que se ORDENA: admitir la Declaración Notarial Jurada de Luis Enrique Sáenz, calendada 3 de junio de 2004. Se CONFIRMA en lo demás la decisión impugnada.

No es dable aquí hablar de testimonio prejudicial, pues esta forma de testimonio a la que se refiere el artículo 831 se aplica a quién está interesado en que terceros rindan testimonio con el fin de presentar tal prueba en futuro proceso, y lo debe pedir y tramitar ante el juez que fuere competente para conocer de la pretensión.

Luego, entonces, como se puede advertir, el testimonio prejudicial es el que se rinde, previamente, ante juez competente para conocer del futuro proceso; mientras que el testimonio extrajudicial o extraprocesal es el que el artículo 923 del Código Judicial faculta a ser levantado en acta por notario.

El valor probatorio de estas actas de referencia o declaraciones extrajudiciales o extraprocesales viene dado por las normas de procedimiento judiciales y la prueba judicial en relación al instrumento público.

15.4.3. Actas de notificación.

Es el acta por medio de la cual a solicitud de parte interesada se comunica a alguien de un acto o negocio.

Esta acta tiene por contenido hacer constar la notificación, la cual se hace estableciendo aspectos tales como hora, lugar, receptor.

El acta de notificación se limita a realizar la notificación sin comprobar la veracidad del hecho, acto o negocio que es notificado sin atribuirse ninguna otra facultad oficiosa.

15.4.4. Actas de requerimiento.

Mediante el acta de requerimiento se exige a una persona que haga una manifestación, o que haga o no haga una cosa, por lo que tiene por contenido una declaración de voluntad.

15.4.5. Actas de protocolización.

Las actas de protocolización son aquellas mediante las cuales se incorpora al protocolo notarial uno o más documentos públicos o privado, o de ambos a la vez, por disposición de la ley, mandamiento judicial o administrativo o rogación de los particulares.

Las actas de protocolización están expresamente reguladas en el artículo 1751 del Código Civil que dice:

Artículo 1751. Las personas naturales o jurídicas pueden llevar a la protocolización los documentos que quieran se coloquen en el protocolo, y el notario deberá proceder a protocolar el documento en el lugar y con el número que corresponda.

Por la protocolización no adquiere el documento protocolado mayor fuerza y firmeza de la que originalmente tenga, pues el objeto de la medida es solo la seguridad y custodia del documento protocolizado.

Dice el artículo 1720 del Código Civil que los notarios llevarán un protocolo que se formará con las escrituras públicas y con los documentos que por disposición de la ley o por voluntad de los interesados hayan de agregarse a él.

Vale comentar que el artículo 1720 del Código Civil, en referencia, contiene una redacción que se presta a confusión porque dice: “los notarios llevarán un protocolo que se formará con las escrituras públicas...”; cuando en la práctica este enunciado choca con la realidad cual es que, en efecto, los notarios llevan un archivo, pero ese archivo se forma con los protocolos de las escrituras públicas y con los documentos que por disposición de la ley y por voluntad de los interesados hayan de agregarse al archivo de protocolos.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS CONSULTADAS

ALTAVILLA, Enrico. La Culpa. Bogotá (Colombia): Editorial Temis, 1087.

ARROLLO, Dulio. Derecho Notarial, Apuntes de Clases. Panamá: Imprenta Universitaria, 1971.

ÁVILA, Pedro. Derecho Notarial. Barcelona (España): Editorial Bosch, 1986.

ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro. Derecho Notarial. Barcelona (España): Editorial Bosch, 1990.

BARRIENTOS RESTREPO, Samuel. Elementos de Derecho Penal. Medellín (Colombia): Editorial Bedout, 1977.

BOFFI ROGGERO, Luis María. Responsabilidad. En la Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires (Argentina): Bibliográfica Omeba, Tomo XXIV, 1981.

CANO LLOPIS, Manuel. Derecho Notarial e Instrumentos Públicos. Panamá: Impreso en los talleres de la Imprenta de la Universidad de Panamá, 1962.

CASTAN TOBEÑAS, José. Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho. Madrid (España): Instituto Editorial Reus, 1946.

CUBIDES ROMERO, Manuel. Derecho Notarial Colombiano. Bogotá (Colombia): Ediciones de la Universidad Externado de Colombia, 1992.

DI PRÓSPERO, Mariana. La Responsabilidad del Escribano, en la Responsabilidad Profesional. Buenos Aires (Argentina): Editorial Astrea, 1995.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón y SÁINZ MORENO, Fernando. El Notario, la Función Notarial y las Garantías Constitucionales. Madrid (España): Editorial Civitas, 1989.

GÁLVEZ, Roque. Legislación Penal Panameña. Panamá, 1943.

GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. Derecho Notarial. Navarra (España): Universidad de Pamplona, 1976.

JIMÉNEZ GIRALDO, Alberto. La Responsabilidad en el Derecho Penal. Bogotá (Colombia): Librería y Ediciones Teoría, 1947.

MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho Penal. Barcelona (España): Editorial Ariel, 1962.

MÉNDEZ ARANGO, Rafael y NADER, Carlos Isaac. El Notario como Funcionario Público. Medellín (Colombia): Señal Editora, 2001.

MURGA SALAZAR, Fernando y ORTIZ PASCO, Jorge. Temas de Derecho. Lima (Perú): Edición del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, 1997.

ROMERO DÍAZ, Héctor. Responsabilidad Civil General y del Notario, Bogotá (Colombia): Ediciones Librería del Profesional, 2000.

SALAS, Oscar. Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá. San José (Costa Rica): Editorial Costa Rica, 1973.

SÁNCHEZ, Rafael. Código Notarial y Legislación Conexa. San José (Costa Rica): Editorial Juritexto, 2005.

USUGA VARELA, Ocaris. Derecho Notarial. Modulo 1, Unidad 2. Medellín (Colombia): Señal Editora, 2000.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. 7ma. Edición; Bogotá (Colombia): Editorial Temis, 1986.

VIRVIESCAS CALVETE, Alirio. Principios del Derecho Notarial. Bogotá (Colombia): Ediciones Nueva Jurídica, 2005.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan. En el Prólogo a las Memorias del Cincuentenario (1948 – 1998). Santa Fe de Bogotá (Colombia): Unión Internacional del Notariado Latino. Septiembre de 1998.

OBRAS DE REFERENCIA

El Registro Público en Panamá: Doctrina, Legislación, jurisprudencia y bibliografía. Edición del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. 3ra. Edición; 2001.

CÓDIGOS

Código Civil de la República de Panamá.

Código Administrativo de la República de Panamá

Código Notarial de la República de Costa Rica.

Código Penal de la República de Panamá

Código Judicial de la República de Panamá

LEYES y DECRETOS

Ley 2 de 29 de febrero de 1904, sobre un segundo Circuito de Notaria y Registro en la Provincia de los Santos.

Ley 53 de 6 de Diciembre de 1961, por la cual se modifican algunas disposiciones del Código Administrativo y de la Ley 10 de 1930.

Ley 14 de 29 de diciembre de 1912, por la cual se reforman los incisos 1° y 3° del artículo 2137, Título XVI del Código Administrativo.

Ley 60 de 5 de diciembre de 2001, publicada en la Gaceta Oficial 24, 447 de viernes 7 de diciembre de 2001.

Decreto Ley 30 de 5 de marzo de 1942, publicado en la Gaceta Oficial 8752 del viernes 13 de marzo de 1942.

Decreto Ley 14 de 10 de julio de 1958, publicado en la Gaceta Oficial 13633 de viernes 5 de septiembre de 1958.

Decreto Ley 1 de 14 de abril de 1966, publicado en la Gaceta Oficial 15599 de lunes 18 de Abril de 1966.

Decreto de Gabinete 182 de 2 de Septiembre de 1971, publicado en la Gaceta Oficial 16935 de miércoles 8 de Septiembre de 1971.

Ley 57 del 5 de octubre de 1976.

Decreto de Gabinete 29 de 7 de febrero de 1990, publicado en la Gaceta Oficial 21478 de lunes 19 de Febrero de 1990.

Decreto de Gabinete 29 de 7 de febrero de 1990, publicado en la Gaceta Oficial 21478 de lunes 19 de Febrero de 1990.

Decreto de Gabinete 29 de 7 de febrero de 1990, publicado en la Gaceta Oficial 21478 de lunes 19 de Febrero de 1990.

Decreto de Gabinete 29 de 7 de febrero de 1990, publicado en la Gaceta Oficial 21478 de lunes 19 de Febrero de 1990.

Decreto de Gabinete 29 de 7 de febrero de 1990, publicado en la Gaceta Oficial 21478 de lunes 19 de Febrero de 1990.

Ley 60 de 5 de diciembre de 2001⁷², publicada en la Gaceta Oficial 24447 de viernes 7 de diciembre de 2001.

Ley 2 de 29 de enero de 1904, publicada en la Gaceta Oficial 00004 de 7 de marzo de 1904.

Ley 60 de 5 de diciembre de 2001, publicada en la Gaceta Oficial 24447 de viernes 7 de diciembre de 2001.

Ley 76 de 26 de octubre de 1960, publicada en la Gaceta Oficial 14271 de 17 de noviembre de 1960.

Decreto de Gabinete 52 de 20 de febrero de 1990, publicado en la Gaceta Oficial 21387.

Decreto 1258 de 10 de agosto de 1945, publicado en la Gaceta Oficial 9775 de 14 de agosto de 1945.

Decreto de Gabinete 262 de 1970, publicado en la Gaceta Oficial 16664 de 7 de agosto de 1970.

Ley 57 de 1976, publicada en la Gaceta Oficial 18,169 de 19 de octubre de 1976.

Ley 3 de 13 de enero de 1998, publicada en la Gaceta Oficial 23 460 de jueves 15 de enero de 1998.