

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL**

**MARCO TULIO PÉREZ CASTELLANOS**

**GUATEMALA, ABRIL 2009.**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**MARCO TULLIO PÉREZ CASTELLANOS**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, abril 2009.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela Maria Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

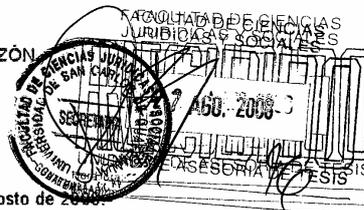
Presidente:	Licda. Magda Elizabeth Montenegro Hernández
Vocal:	Lic. Enexton Emigdio Gómez
Secretario:	Licda. Gloria Leticia Pérez-puerto.

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic. Julio Roberto Echeverría
Vocal:	Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón
Secretario:	Lic. Marvin Estuardo Arístides

**RAZÓN** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LIC. NAPOLEÓN GILBERTO OROZCO MONZÓN  
ABOGADO Y NOTARIO  
5ª. Avenida 10-68 zona 1 Of.302 piso 3  
Edif.. Helvetia, Guatemala, C.A.  
TEL.22324664



Guatemala, 27 de agosto de 2009.

SEÑOR  
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS  
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
LICENCIADO CARLOS MANUEL CASTRO MONROY  
SU DESPACHO

SEÑOR:

De la manera más atenta me permito comunicarle que he cumplido con la función de Asesor de Tesis del estudiante MARCO TULIO PÉREZ CASTELLANOS, con carné 200211402; intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL", el cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece la normativa de esta facultad, y emito el dictamen siguiente:

- I. Considero que el tema investigado por el estudiante Marco Tulio Pérez Castellanos, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión de que el mismo, no solo reúne los requisitos exigidos por el normativo correspondiente, sino además, se presenta con una temática de especial importancia para adoptar un Sistema Mixto para el ejercicio de la función notarial. Y concluye que la función Notarial se puede ejercer en cualquier parte del territorio guatemalteco e inclusive en el extranjero, por la fe pública que el Estado le otorga.-
- II. La bibliografía empleada por el estudiante Pérez Castellanos, fue la adecuada al tema elaborado y sus conclusiones resultan congruentes con su contenido y las recomendaciones son consecuencia del análisis jurídico de la investigación realizada, habiendo empleado en su investigación los métodos históricos, deductivos e inductivo y con relación a las técnicas, ficheros, fichas de trabajo, etc.; haciendo aportaciones valiosas y propuestas concretas de solución.-

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en los artículos 31 y 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y examen General Público, resulta procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis asesorado, para que continúe su trámite hasta culminar su aprobación en el examen Público de tesis.

Sin otro particular, me suscribo muy cordialmente.

F)

LIC. NAPOLEÓN GILBERTO OROZCO MONZÓN  
COL. 2661

Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón  
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



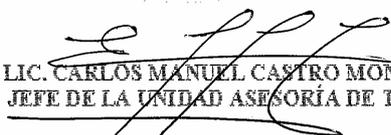
FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES  
Ciudad Universitaria, Zona 12  
Guatemala, G.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiocho de agosto de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HECTOR DAVID ESPAÑA PINETTA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARCO TULLIO PÉREZ CASTELLANOS, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

  
LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis  
CMCM/ragm

Lic. Hector David España Pinetta

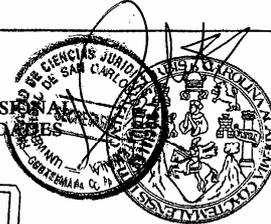
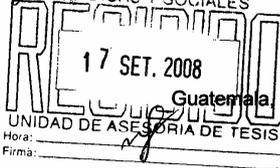
Colegiado 2802  
Guatemala, C. A.

7 av. 1-20 zona 4, Edificio Torre Café. Of. 206

Tel. 23315244 - 52156733

BUFETE PROFESIONAL  
DE ESPECIALIDAD

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES



Guatemala, 9 de septiembre de 2008.

Licenciado:

Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala,  
CIUDAD UNIVERSITARIA.

Licenciado Castro Monroy:

Informo a Usted, que he procedido a revisar el trabajo de Tesis del Bachiller: MARCO TULIO PÉREZ CASTELLANOS, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL", por lo que a Usted me permito rendir el siguiente resultado de la revisión que me fuera encomendada.

1. El sustentante, Bachiller Pérez Castellanos, ha efectuado un análisis e investigación de la función notarial, en forma general y aportando todos los elementos que el notario en la República de Guatemala lleva a cabo y, atinadamente expone con claridad el ejercicio de la función notarial que en el País, se lleva a cabo bajo el sistema de libre establecimiento, toda vez que el Estado no le restringe la función dentro de un territorio determinado como sucede en el ejercicio de la Profesión notarial en países de corte anglosajón en el cual se le limita el tiempo y la jurisdicción geográfica del notario, y la actividad dentro de esa jurisdicción es corta y se debe de llenar una serie de requisitos para ejercer como notario condal.
2. El trabajo sometido a investigación, de conformidad con el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Exámen General Público, cumple con lo establecido en el mismo, y, la metodología y el contenido técnico científico utilizado llena las expectativas, habiendo el sustentado aplicado la bibliografía tanto nacional como extranjera, concordando el contenido con las conclusiones y recomendaciones en este importante y útil trabajo de investigación, que podemos estar seguros que será un importante aporte para los estudiosos del derecho notarial y por que no decirlo, un manual de consulta para estudiantes y Profesionales del derecho.
3. En esa virtud, y teniendo la calidad científica y técnica; es criterio del suscrito, que puede emitirse DICTAMEN FAVORABLE, para que el presente trabajo sea discutido en el Exámen Público correspondiente.

Atentamente,

*Hector David España Pinetta*  
ABOYADO Y NOTARIO  
REVISOR

TECNICO EN FORMACION PROFESIONAL Y EMPLEO. INEM. MADRID, ESPAÑA.

UNIVERSIDAD DE SAN  
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES  
Ciudad Universitaria, Zona 12  
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diecisiete de febrero del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARCO TULIO PÉREZ CASTELLANOS, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/nmmr.



## DEDICATORIA

- A DIOS:** Por haberme brindado la vida y la sabiduría para alcanzar esta meta.
- A MIS PADRES:** Isabel Reyna Castellanos Velasco y Marco Tulio Pérez de León, mi orgullo; gracias por brindarme siempre su amor, apoyo y comprensión, los amo.
- A MIS HERMANAS:** Alejandra y Aracely, gracias por ser mi apoyo, que Dios las bendiga siempre.
- A MI FAMILIA:** Gracias por el cariño.
- A MI MAESTRO:** Licenciado Napoleón Orozco, por su apoyo y amistad, quien colaboró en gran medida para lograr este triunfo.
- A LOS LICENCIADOS:** Héctor Augusto Sánchez Ávila, Héctor David España Pinetta y Rodolfo Giovani Celis López por su colaboración y apoyo, que Dios los bendiga.
- A MIS AMIGOS:** Douglas, Mynor, David, Byron, Renato, Vidal, Henry, Marlon, Epa, Marisela, Aura, Mayra, Lorena, Gaby, Mildred, Silvia, Faby, Claudia, July, Vilma, Mary, Blanca, Mónica, Magdoly y Lucrecia (Q.E.P.D.) por brindarme momentos especiales al lado suyo, gracias por ese apoyo incondicional, que Dios los bendiga siempre.

**A LA UNIVERSIDAD  
DE SAN CARLOS DE  
GUATEMALA:**

Especialmente a la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Sociales, por ser la luz y el  
camino que me ha llevado a la cima para  
alcanzar éste éxito.

## ÍNDICE

	Pág.
Introducción .....	i

### CAPÍTULO I

1. La función notarial.....	1
1.1 Consideraciones previas.....	1
1.2 La función notarial.....	2
1.3 Naturaleza de la función notarial.....	4
1.3.1 Teoría funcionalista.....	5
1.3.2 Teoría profesionalista.....	6
1.3.3 Teoría ecléctica.....	7
1.3.4 Teoría aplicable al notario guatemalteco.....	7
1.3.5 Encuadramiento de la actividad del notario.....	9
1.4 Funciones que desarrolla el notario.....	10
1.4.1 Función receptiva.....	10
1.4.2 Función directiva y asesora.....	10
1.4.3 Función legitimadora.....	10
1.4.4 Función modeladora.....	11
1.4.5 Función preventiva.....	11
1.4.6 Función autenticadora.....	11
1.4.7 Función compulsadora.....	11
1.4.8 Función conservadora.....	12
1.4.9 Función investigadora.....	12
1.5 Finalidades de la función notarial.....	12
1.5.1 Seguridad.....	12
1.5.2 Valor.....	13
1.5.3 Permanencia.....	13

## CAPÍTULO II

2.	Sistemas notariales.....	15
2.1	Advertencia terminológica.....	15
2.2	Sistema de notariado latino.....	17
2.2.1	Definiciones o ideas generales.....	17
2.2.2	Qué circunstancias se requieren para ejercer o actuar como notario.....	22
2.2.2.1	Como se organiza cada notario en el ejercicio de su función.....	23
2.2.3	En qué consiste la actuación como notario.....	24
2.2.3.1	Las funciones que desempeña.....	24
2.2.3.2	El resultado de la actividad del notario.....	30
2.2.4	Qué eficacia, valor o utilidad se atribuye al resultado del trabajo del notario.....	31
2.2.5	Características del sistema de notariado latino.....	34
2.3	Sistema de notariado ingles o sajón.....	37
2.3.1	Definiciones o ideas generales.....	38
2.3.2	Notas específicas del notary public.....	39
2.3.2.1	Qué circunstancias se precisan para usar el título o nombre del notary public.....	39
2.3.2.2	Cómo se organiza el notary public en el desempeño de su trabajo.....	39
2.3.3	En qué consiste su actuación como notario; cuáles son sus funciones.....	39
2.3.3.1	En que consiste el resultado de su trabajo.....	40
2.3.4	Qué eficacia, valor o utilidad se atribuye al resultado del trabajo del notario.....	41

	<b>Pág.</b>
2.3.5 Notas específicas de los scriveners notaries o notarios de Londres.....	41
2.4 Sistema de notariado estatal.....	42
2.4.1 Definiciones o ideas generales del sistema.....	43
2.4.2 Notas específicas de este sistema.....	43
2.4.2.1 Qué circunstancias se requieren para ejercer o actuar como notario.....	43
2.4.2.2 Cómo se organiza el notario en el ejercicio de su función.	43
2.4.3 En qué consiste la actuación como notario, cuáles son sus funciones.....	44
2.4.4 En qué consiste el resultado de su trabajo.....	46
2.4.5 Qué eficacia, valor o utilidad se atribuye al resultado del trabajo del notario.....	47
2.5 Sistema de notariado norteamericano.....	48

### **CAPÍTULO III**

3. Requisitos habilitantes para ejercer la función notarial.....	49
3.1 Evolución histórica.....	49
3.2 Historia de los requisitos habilitantes para ejercer la función notarial en México.....	52
3.3. Requisitos habilitantes para ejercer la función notarial en la legislación comparada centroamericana.....	54
3.3.1 Historia en Panamá.....	54
3.3.2 Historia en Costa Rica.....	56
3.3.3 Historia de Nicaragua.....	59
3.3.4 Historia de Honduras.....	62
3.3.5 Historia en El Salvador.....	64
3.3.6 Historia en Guatemala.....	66

## CAPÍTULO IV

4.	Situación que presenta el sistema notarial guatemalteco.....	69
4.1	Situación que presenta el sistema notarial guatemalteco .....	69
4.2	Problemas que presenta el sistema notarial guatemalteco.....	70
	4.2.1 Problema funcional.....	71
	4.2.2 Problema legales.....	71
	4.2.3 Problemas de formación y capacitación jurídica.....	71
	4.2.4 Problema técnico-práctico.....	72
	4.2.5 Problema científico.....	73
	4.2.6 Problema de formación moral.....	73
	4.2.7 Problema cultural.....	74
	4.2.8 Problema de fiscalización notarial.....	75
	4.2.9 Falta de un colegio de notarios de Guatemala.....	75
4.3	Problemas del ejercicio profesional en Guatemala.....	75
4.4	Fundamentos para reformar el sistema notarial guatemalteco.....	79
4.5	La masificación de profesionales que ejercen simultáneamente la carrera de abogado y notario.....	81
4.6	La falta de formación y capacitación del notario guatemalteco.....	81
4.7	Falta de fiscalización a los notarios en el ejercicio de su función.....	83
4.8	Necesidad de la especialización del notario guatemalteco.....	83
	4.8.1 Libre circulación de notarios.....	84
	4.8.2 Libre circulación de documentos.....	84
	4.8.3 Utilización dolosa de signos y símbolos notariales.....	84
4.9	Incompatibilidades del juez de primera instancia para ejercer la función notarial.....	85
4.10	Incompatibilidades del notario con el desempeño de la profesión de abogado.....	86
4.11	Algunas propuestas.....	88

	<b>Pág.</b>
4.12 Propuesta para Guatemala.....	89
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	95

## INTRODUCCIÓN

A comienzos de un nuevo siglo, el país se proyecta y avanza a una transición jurídica, política, económica, social y cultural, sin embargo, nuestro país aún camina a paso lento en este desarrollo, debido a varias circunstancias, marcando una etapa fundamental para la historia política y jurídica de Guatemala.

Esta tesis plantea los aspectos fundamentales para adoptar una reforma al sistema notarial guatemalteco, demostrando la importancia del estricto y correcto cumplimiento del ejercicio de la función notarial que el notario desarrolla día con día. Proponiendo una revisión del ejercicio de la función notarial en Guatemala, desde la perspectiva del notariado latino, por un lado, y del sistema bajo el cual el notario guatemalteco ejerce su función.

La función notarial puede conferirse concretamente como la actividad que desarrolla el notario. Bajo las disposiciones del sistema latino la función notarial se ejerce, en la actualidad, bajo dos sistemas fundamentales: (1) El sistema de número, en el cual el notario ejerce su función notarial por delegación del Estado en un ámbito territorial delimitado, dentro del Estado que lo designó, tomándose inviable la circulación de los notarios, de tal suerte que la fe pública autenticadora no podrá ser ejercida fuera del territorio de aquellos. (2) El sistema de libre establecimiento, bajo este sistema la función notarial que adquiere el notario no está limitada en números con relación a determinado territorio, toda vez que podrán existir tantos notarios en una misma área territorial con libre circulación y capacidad para prestar sus servicios notariales, como notarios existan y/o lo demande la población.

En Guatemala, la función notarial se ejerce bajo el sistema de libre establecimiento, es importante destacar que entre uno y otro sistema, existen ventajas y desventajas que se asocian con la seguridad jurídica que ofrece o debe ofrecer el notario en el ejercicio de su función notarial; siendo esto precisamente lo que me motivó a realizar este trabajo.

En el capítulo I, se expone la función notarial como un elemento importante del sistema notarial guatemalteco; en el capítulo II se aborda sobre los diferentes sistemas notariales que existen con la finalidad de establecer las ventajas y desventajas entre uno y otro sistema que se asocian con la seguridad jurídica que debe ofrecer el notario en el ejercicio de su función notarial; en el capítulo III se analizan los requisitos habilitantes para ejercer la función notarial desde su evolución histórica conforme el transcurso del tiempo y según las culturas de los diferentes países objeto de estudio, puesto que los requisitos para ejercer tan noble función están sujetos a los hechos y a la cultura de las civilizaciones según sea el caso, y para terminar con el capítulo IV, la situación que presenta el sistema notarial guatemalteco, cuáles son los principales problemas de orden técnico, científico, legal y humano que indiscutiblemente inciden en el ejercicio de la función notarial.

## CAPÍTULO I

### 1. La función notarial

#### 1.1 Consideraciones previas

No cabe duda que el origen del notariado y el Derecho Notarial se remonta desde el mismo momento en que el ser humano tuvo la necesidad de plasmar un hecho o un acontecimiento en una piedra, papiro, pared o bien en un árbol, acontecimientos éstos que quizás fueron lo mas rudimentario del Derecho Notarial. Sin embargo, son épocas que marcaron en la historia la importancia fundamental en el desarrollo de la humanidad y el notariado. Así también, lo expresa el tratadista Bernardo Pérez Fernández del Castillo, al decir: “La vida del notariado la encontramos en la lucha de los tiempos así como existen en el hombre la necesidad de un médico que le atienda en sus enfermedades, también el género humano lo ha demostrado a través de los siglos, que necesita de un personaje que lo aconseje, que le redacte sus instrumentos, que le de seguridad jurídica y así el notariado responde a una necesidad del espíritu humano universal”.<sup>1</sup>

Es a partir de la necesidad de dejar constancia de algo sobre algo, y que quien debía de realizarlo debía ser una persona capaz y con funciones específicas y concretas que se dan las primeras manifestaciones de la función notarial. Es así, como en Egipto recibieron el nombre de agorónomos; en Grecia, el de sígrafos y apógrafos; en Roma, los cartularios, tabularios, escribas, y el mismo notario. En el senado romano, el notario era una especie de taquígrafo, de ahí que históricamente y en diferentes lugares de la tierra siempre ha existido el escribano o notario aunque con funciones no necesariamente iguales pero similares.

Hablar de qué fue primero si el notario o el documento; no interesa, lo importante es que el notario ha tenido un desarrollo en el tiempo y una razón de ser, lo que lo hace

---

<sup>1</sup> Citado por el Notario: Nery Roberto Muñoz. **Introducción al Estudio del Derecho Notarial**. Ediciones Mayte. Guatemala C.A. Pág. 33

fundamental porque desde sus orígenes hasta nuestros días, los escribanos o notarios tienen una importante función que desempeñar en el centro y en el alma del género humano que a partir de una conciencia universal, clama en la voz de alguien, que nos pide, detener, construir, redactar y finalmente autorizar un acto o hecho que trasciende en el tiempo y en la misma vida de los miembros de la sociedad.

## 2. La función notarial

Un elemento importante del sistema notarial guatemalteco, lo constituye la función notarial, que tiene que ver con la actividad que desarrolla el notario, y también es llamada el quehacer notarial.<sup>2</sup> Cuando preguntamos ¿qué hace el notario?, generalmente se nos dice “da fe”, pero ¿en qué forma y en qué documentos?. Al notario se le busca para que dé seguridad a los actos y contratos que le proponen los interesados. Unas veces, lo hacen verbalmente, otras, presentando un documento privado o minuta, para consultarle su inquietud, ya que sus conocimientos, experiencia e imparcialidad les inspira confianza.<sup>3</sup> Es a través de la función notarial en la que al notario se le da el gran honor de la verdad legal, por el otro lado, encontré que su función tiene una gran responsabilidad, por lo que esa verdad legal lo hace ser el sacerdote de la verdad.<sup>4</sup> Una verdad completa, auténtica, legítima, que no se discute y ni se duda del contenido de un documento público autorizado por el perito realizado en el ejercicio de su función notarial.

El tratadista argentino Neri,<sup>5</sup> manifiesta que: “La función notarial entraña el que hacer físico legal de la escritura pública”, manifestando además: “Que la función notarial son todas las tareas que despliega el notario en el proceso de formación y autorización del

---

<sup>2</sup> Muñoz, Nery Roberto. **Op Cit.** Pág. 25

<sup>3</sup> Flores Barrón, Alberto. **La Función Notarial.** Revista del Colegio de Notarios del Perú.

<sup>4</sup> Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. **La Función Notarial.** Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala. Época XI julio a diciembre de 1982. No. 2. Pág. 34

<sup>5</sup> Citado por Osvaldo Aguilar Rivera y compañeros. **Jurisdicción Voluntaria y Función Notarial.** Mayo 1994. Pág. 12

instrumento público”. Otero y Valtin citado por el argentino Neri,<sup>6</sup> defina “La función notarial, consagra a las formulaciones en beneficio de particulares, pertenece a un género de administración del derecho que cumple una necesidad de carácter permanente, de interés social o público, supeditado al procedimiento suficiente, por lo cual, el instrumento público, revelador de tal función, es, por su fondo un acto o contrato, y en su autorización debido a las formalidades y solemnidades en que se determina, ha de resultar una manifestación de justicia reguladora”.

La definición que sobre el notario del sistema latino dió el Primer Congreso de la Unión Internacional del Notario, contiene a la vez una definición muy clara y precisa de la función notarial. Según ella, el primer aspecto de esta función es recibir e interpretar la voluntad de las partes, para asegurarse de que el negocio que por medio del instrumento se formalice, corresponda o concuerde con la verdadera voluntad e intención de los otorgantes. Pero esta primera fase, que se suele llamar directiva o asesora, no se agota en una mera recepción e interpretación; lo que al decir el tratadista Castan Tobeñas,<sup>7</sup> “el notario tiene como uno de sus oficios, el de ser consejero, asesor jurídico, o avelador de quienes requieran su asistencia. Es, en efecto, misión suya la de instruir, con su autoridad de jurisconsulto, a los interesados, sobre las posibilidades legales, requisitos y consecuencias de la relación que quieren establecer”.

El segundo aspecto de la función notarial, según la definición dada en el Congreso antes citado, es la de dar forma legal a la voluntad de sus clientes. Esta segunda fase modeladora o formativa y legitimadora se puede desdoblar a su vez en varias etapas. Primeramente el notario debe calificar la naturaleza jurídica del acto o negocio que se pretende realizar, pues es frecuente que los interesados lo designen impropriamente con un nombre que no corresponde a su verdadera naturaleza. Después, examinar la legalidad del acto o negocio, para decidir si admite o rechaza su legitimación.

---

<sup>6</sup> Argentino, Neri. **Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial**. Volumen 2. Instrumentos. Ediciones Depalma. 1980 Pág. 515

<sup>7</sup> Salas, Oscar. **Op Cit.** Pág. 39

Seguidamente, expresara la voluntad de sus clientes con sus propias palabras, pero reflejándola con toda fidelidad, eliminando lo superfluo o intrascendente y las estipulaciones que se limiten a reproducir lo dispuesto claramente en las leyes.

Concluida esta etapa, las partes tienen que dar su consentimiento al documento notarial ya elaborado, por medio de sus firmas. Finalmente, siguiendo la definición antes, aludida, viene la fase autenticadora en que el notario debe impartir fe pública a los hechos o actos jurídicos ocurridos en su presencia. La función autenticadora, sobre todo en cuanto se exterioriza en las cartas notariales, puede recaer sobre toda clase de hechos.

En conclusión puedo determinar que la función notarial consiste en la serie de actos que el mismo notario va desarrollando al momento de ejercer su profesión.

### 1.3 Naturaleza de la función notarial

Es de advertir que dentro del ejercicio de la función notarial, los tratadistas se refieren a una función pública que ejerce el notario, otros, señalan que éste desarrolla un que hacer o actividad notarial. Lo que importa es determinar la naturaleza de esa función, que hacer o actividad notarial. Para unos es una función pública desempeñada por el notario como funcionario público independiente, retribuido por los particulares a quienes presta sus servicios. Para otros el servicio prestado y quien lo presta tiene carácter profesional. Para otros, en fin, es una función pública desempeñada por un profesional privado.

Como consecuencia de lo anterior podemos señalar, para establecer la naturaleza jurídica de la función notarial, que concurren tres teorías siguientes:

teoría funcionalista o funcionarista

teoría profesionalista

teoría ecléctica

### 1.3.1 Teoría funcionalista o funcionarista

A ese respecto, el Dr. Oscar Salas, señala: “Se dice en defensa de ella que el notario actúa a nombre del Estado, que algunas leyes lo definen como funcionario público investido de fe para autenticar y legitimar los actos que requieren su intervención y que el origen mismo de la institución, tanto si se sitúa en los tabeliones romanos o en los iudice chartularii de la Edad Media, sugiere que se trata de una función pública desempeñada primeramente por funcionarios estatales y que el Estado delegó después en los notarios. Esta tesis fue admitida hasta hace pocos años. Castán, después de un análisis de las principales opiniones vertidas sobre la materia expresa “que no puede negarse el carácter público de la función y la institución notarial.

Las finalidades de la autenticidad y la legitimidad de los actos públicos exigen que el notario sea un funcionario público que intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que al interés particular, al interés general o social de afirmar el imperio del Derecho, asegurando la legalidad de la prueba fehaciente de los actos y hechos de que penden las relaciones privadas.<sup>8</sup>

Las características principales que plantean los partidarios de esta teoría, en el caso que el notario fuera un funcionario público a secas, sucedería lo siguiente:

1. Dependería absolutamente del ejecutivo, y ya no tendrá esa autonomía que lo distingue.
2. No podrá decirse que el Notario ejerce una profesión libre.
3. Su remuneración será cubierta por parte del Estado y no de los particulares.
4. Su actuación, ya no será puesta en marcha a solicitud de los particulares, sino que los negocios podrán ser turnados por el mismo mecanismo burocrático.
5. Los particulares no se sentirían en la idea de acudir a una figura independiente del Estado, sino a un órgano del mismo.

---

<sup>8</sup> Salas, Oscar. **Op Cit.** Pág. 96

6. El notario estará en la imposibilidad de realizar esa función equilibrada entre el Estado y los particulares.<sup>9</sup>

Esas características resaltan más las funciones de que el notario es un funcionario público, lo que se le critica a ésta teoría, sería que el régimen de responsabilidad aplicable a un funcionario público es distinto, a un notario, puesto que la responsabilidad del primero, esta regulada en una ley especial, no se rige por los presupuestos del Código Civil y Código de Notariado, en caso de daños y perjuicios ocasionados, responde el patrimonio del Estado. En tanto que el segundo, su responsabilidad se regula en las Leyes de Notariado, su función la ejerce conforme las disposiciones del Código Civil, Código Penal y Código de Notariado; en caso que si ocasiona daños y perjuicios, responde con el patrimonio del notario y no del Estado.

### 1.3.2 Teoría profesionalista

La teoría profesionalista es más reciente que las anteriores. Castan no le dedica una sola línea en su conocida monografía sobre la función notarial. “Los argumentos en que se basa esta nueva construcción jurídica consisten fundamentalmente en un ataque al carácter de función pública que se atribuye a la actividad notarial. Así, aludiendo al contenido antes descrito de la función notarial, alega un defensor de la teoría profesionalista. Que recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las partes, lejos de ser una función pública, es un que hacer eminentemente profesional y técnico”.<sup>10</sup> Al respecto el tratadista, argentino Neri, dice: “Esta doctrina se haya generalizada en Uruguay y Puerto Rico, y apenas en Argentina, y se sintetiza: a) es un profesional libre. b) no es funcionario público, pues para actuar en ejercicio no necesita delegación estatal.

---

<sup>9</sup> Morales Díaz, Francisco. **Notaria Pública No. 60. México.** Pág. 12

<sup>10</sup> Citado por Edgar Osvaldo Aguilar Rivera y Compañeros. **Jurisdicción Voluntaria y Función Notarial.** Pág. 97

En resumen, esta teoría concibe al notario como un profesional liberal que ejerce su función notarial en la esfera de la sociedad, sin tener ninguna vinculación con el Estado, únicamente sujeto a la ley, la ética, la moral, y los dictados de su conciencia, siendo éste el principal juez de sus propios actos.

### 1.3.3 Teoría ecléctica

La teoría funcionarista –según otros-, llevaría al absurdo de admitir la posibilidad del libre ejercicio de una función pública en países como el de Uruguay, en que para actuar como notario, basta justificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley, sin necesidad de nombramiento alguno. Pero aún cuando sea nombrado por el Estado, el nombramiento no lo transformaría en funcionario público puesto que el Estado no lo designa su representante, sino que lo hace en virtud de una reglamentación de la profesión. Únicamente quien está autorizado para comprometerla jurídicamente, lo que no ocurre en el caso del notario, que no puede obligar jurídicamente al Estado. Tampoco es, el notario, un funcionario de gestión puesto que obra dentro de la esfera de las relaciones jurídicas privadas, de la vida íntima de los particulares, en la que no puede intervenir el Estado porque es impropio del régimen de lo público ilustrarla y dirigirla.

### 1.3.4 Teoría aplicable al notario guatemalteco

La teoría que más se adapta al caso del sistema notarial guatemalteco, es la teoría ecléctica, ello porque el notario ejerce una función pública sui generis, porque es independiente, no está enrolado en la administración pública, no devenga sueldo del Estado; pero por la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza, tiene un respaldo del Estado, por la fe pública que ostenta; pero no representa al Estado. Actúa por sí mismo y su función la presta a los particulares quienes pagan sus honorarios.

En ese sentido, la teoría aplicable al caso de Guatemala, es la teoría ecléctica, puesto que el notario no es nombrado por el ejecutivo para ejercer la función notarial, más bien, después de cumplir con los requisitos académicos, en las facultades de ciencias jurídicas y sociales de las universidades del país y de ganar el examen técnico profesional, y sustentar un examen público de tesis; se le otorga los títulos de abogado y notario<sup>11</sup> y el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Y por mandato legal, debe registrar el nombre y apellido del profesional, registrar su firma en la Corte Suprema de Justicia<sup>12</sup> y en la Dirección del Archivo General de Protocolos respectivamente. Según la legislación, al notario guatemalteco, dentro de su actuación notarial lo hace, como profesional liberal, como funcionario público y algunos notarios que se desempeñan en ambas funciones simultáneamente.

Según el autor nacional: Aguilar Rivera, el notario guatemalteco está facultado legalmente para ejercer la profesión liberal y también para actuar como un funcionario público, razón por la cual la doctrina aplicable es la ecléctica.

## Ámbitos

La función notarial al ejercerla el notario tiene la disponibilidad de hacerla según nuestro criterio, en los dos campos de acción siguientes:

### Ámbito espacial:

Porque el notario tiene competencia para ejercitar su función de conformidad con la ley, en el territorio nacional y en el extranjero.

---

<sup>11</sup> Es la debilidad y el principal problema que presenta el sistema del notariado guatemalteco, puesto que en el inicio de un nuevo milenio, es inadmisibles jurídicamente y científicamente tener a un profesional ejerciendo dos profesiones completamente incompatibles.

<sup>12</sup> Según el artículo 2 del Código de Notariado, dentro de los requisitos habilitantes para ejercer el notariado, está el inciso 3º que señala: "Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales; exigencia que también reitera, el artículo 77 del mismo cuerpo legal citado, específicamente en el numeral 5, que preceptúa: "Usar firma o sello que no estén previamente registrados en la Corte Suprema de Justicia.

Ámbito personal:

Tomando la doctrina en que se basa el notariado latino personalmente el notario tiene tres campos de acción, como profesional liberal, como funcionario público y algunos notarios que desempeñan ambas funciones.<sup>13</sup> Por tanto, el notario, es un jurisperito, un científico del derecho, sacerdote de la verdad, guardián de la seguridad jurídica y de los derechos de los particulares, desligando completamente de la burocracia estatal.

### 1.3.5 Encuadramiento de la actividad del notario

La actividad del notario, la podemos encuadrar, en el ejercicio liberal de la profesión, en la actividad del Estado, y en forma mixta.

En el ejercicio liberal de la profesión, es el verdadero campo en que el notario ejercita su función, ya que desarrolla su actividad sirviendo a los particulares, por eso se dice que es una profesión liberal. Lo hace cuando autoriza actos y contratos en que interviene a requerimiento de parte.

En la actividad del Estado, es cuando encontramos al notario como asesor, consultor, cónsul, escribano de gobierno, etc. Desempeñando un cargo o empleo público. Aquí a excepción del escribano de gobierno y esporádicamente el cónsul; desempeña obligaciones de un funcionario o empleado, ya que dictamina, asesora, etc., pero no ejercita la fe pública.

Por último el sistema mixto, en que el profesional se desempeña en un empleo para el Estado de tiempo parcial, y la otra parte del tiempo ejerciendo libremente la profesión, en virtud de que la ley guatemalteca, permite el ejercicio, cuando el cargo que sirvan no sea de tiempo completo.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Aguilar Rivera, Edgar Osvaldo y compañeros. **Op. Cit.** Pág. 16

<sup>14</sup> Muñoz, Nery Roberto. **Op. Cit.** Pág. 30

#### 1.4 Funciones que desarrolla el notario

La función notarial puede conferirse concretamente como la actividad que desarrolla el notario. Es así como se ha identificado la función notarial con las diversas actividades que realiza el notario, en lo que respecta a la doctrina se ha precisado que los autores concuerdan que en un aspecto fundamental sobre la función notarial, y es que opinan que la función notarial configura un conjunto de actividades. No descartan los autores la idea de acciones que realiza el notario para evidenciar su función; ellos sostienen y discrepan al opinar que las actividades del notario son de índole diferente.

1.4.1 Función receptiva: El notario se caracteriza por ser un profesional del derecho, recibe la voluntad de los requirentes, como un técnico y profesional en la materia, teniendo que pensar si el acto se adecua a la ley, y luego sabrá como conformarlo, es así como el notario empieza su labor siendo un receptor de las inquietudes de los particulares.

#### 1.4.2 Función directiva y asesora:

La función directiva y asesora generalmente se une a lo anterior; consiste en dirigir y aconsejar la voluntad de los interesados en una forma técnica y profesional, con el objeto de que su voluntad quede plasmada y asegurada para el futuro. Por lo tanto; el notario tiene ante sí un gran papel, porque lo que se derive de la dirección los intereses de su cliente quedarán a salvo.

#### 1.4.3 Función legitimadora:

De conformidad con lo que establece el Artículo 29 inciso 5º. del Código de Notariado, el notario por mandato legal, tiene la obligación de dar seguridad jurídica a las partes, verificando y calificando los documentos que los identifique así como las representaciones que se ejerciten, las cuales deben ser conforme la ley a juicio del notario.

#### 1.4.4 Función modeladora:

Esta función la realiza el notario en el mismo momento de faccionar el documento, es decir le da forma legal al acto jurídico, dotándola de legalidad, calificando la naturaleza del mismo.

#### 1.4.5 Función preventiva:

La función preventiva la desarrolla el notario al momento de prever cualquier circunstancia que pueda sobrevenir en el futuro, evitando que resulte un conflicto posterior, previniendo tales circunstancias.

#### 1.4.6 Función autenticadora:

La función autenticadora, es una de las atribuciones claves del notario al realizar la función notarial. El notario actúa como un funcionario de carácter público, reflejando tener atribuciones y responsabilidades muy trascendentales, porque al dar fe de un acto o un hecho jurídico está invistiendo de certeza jurídica con efectos posteriores, no sólo por el hecho de su intervención, sino porque su labor la está realizando por ministerio de la ley, apegado a los principios formales del Derecho Notarial e investido de fe pública en su calidad de garante de la verdad.

De conformidad con el criterio del Licenciado Napoleón Orozco, en el ejercicio de la función notarial se desarrollan tres funciones más dentro del sistema notarial guatemalteco, las cuales son:

#### 1.4.7 Función compulsadora:

De conformidad con lo que establece el Artículo 67 del Código de Notariado, se compulsan: a) Testimonio de la escritura matriz, para su inscripción a donde corresponda; y b) Testimonio Especial, para entregar al Archivo General de Protocolos.

#### 1.4.8 Función conservadora:

De conformidad con lo que establece el Artículo 19 del Código de Notariado, “El notario es depositario del protocolo y responsable de su conservación”. Esto con el objeto de dar garantía y seguridad a las personas, el notario conserva todos los instrumentos públicos en el protocolo y es depositario del mismo.

#### 1.4.9 Función investigadora:

El notario de conformidad con la ley debe prever, indagar, cerciorarse de la autenticidad de los documentos, tanto personales como de los que se le presentan para acreditar un derecho. Y para tal función tiene que llamar por teléfono al notario que redactó el instrumento, verificar en el Registro, ya sea Civil, Mercantil, Archivo General de Protocolos o de otra índole, para asegurar de que todo sea legal.

### 1.5 Finalidades de la función notarial

Dentro de las finalidades esenciales de la función notarial, esta de darle firmeza, certeza y garantía al Instrumento Público. Que una vez autorizado por el notario, tiene plena validez jurídica; además porque su existencia y efectos jurídicos se proyectan desde el presente hasta los siglos por los siglos.

Estas finalidades, las define con claridad el tratadista Luís Carral y de Teresa, “La función notarial persigue tres finalidades: de seguridad, de valor y de permanencia.

#### 1.5.1 Seguridad

Es la calidad de seguridad y de firmeza (que otros llaman de certeza), que se da al documento notarial. Persigue la seguridad; el análisis de su competencia que hace el notario, la perfección jurídica de su obra, para lo cual tiene que hacer juicios de capacidad, de identidad, etc.; el proceso formal (de leyes adjetivas), que es axiomático y que persigue un fin de seguridad. También persigue esa seguridad la responsabilidad del notario, respecto a la perfección de su obra...

### 1.5.2 Valor

Según la academia, valor implica utilidad, aptitud, fuerza, eficacia para producir efectos. El notario, además, de a las cosas un valor jurídico. Este valor tiene una amplitud: es el valor frente a terceros;... No hay que confundir el valor de que estamos hablando, como fin de la función notarial, con la validez del negocio y del documento, pues ésta implica viabilidad, y en cambio el valor es la eficacia y la fuerza que otorga la intervención del notario entre partes y frente a terceros.

### 5.3 Permanencia

La permanencia se relaciona con el factor tiempo. El documento notarial nace para proyectarse hacia el futuro. El documento privado es perecedero, se deteriora fácilmente, se extravía, se destruye con más facilidad, y por lo tanto es inseguro. En cambio, el documento notarial es permanente e indeleble, o sea, que tiene a no sufrir mudanza alguna. Hay varios medios adecuados para lograr esa permanencia: el notario actúa en el documento, para dar seguridad, valor y permanencia; existen procedimientos (leyes adjetivas de forma) para que el documento sea indeleble (papel, tinta, etc.), hay procedimientos para conservar los documentos (archivos, etc.); y la permanencia misma, garantiza la reproducción auténtica del acto.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Carral y de Teresa, Luís. **Derecho Notarial y Derecho Registral. Op. Cit.** Pág. 100



## CAPÍTULO II

### 2. Sistemas notariales

#### 2.1 Advertencia terminológica

Un sistema notarial consiste, en el conjunto de reglas o principios que, en un determinado ordenamiento, organiza a los notarios, y regula su actividad así como los efectos atribuidos al resultado de ésta en relación con los intereses de su organización general.

Cada sistema notarial está integrado en el ordenamiento jurídico que lo establece y regula<sup>16</sup>; por ello un sistema notarial depende de los criterios filosóficos, políticos y económicos que inspiran a los principios jurídicos inspiradores del ordenamiento en el que se integra y que presiden su funcionamiento.

Es criterio común entre los autores que se han ocupado del estudio de “sistemas notariales”, el proceder al análisis de las notas compartidas por los sistemas propios de los ordenamientos nacionales para agruparlos en bloques, o sistemas, definidos por las notas esenciales que les son comunes. Precisamente por serles homólogas, semejantes o equivalentes las notas definitorias del notario en cada uno de los ordenamientos que se consideran comprendidos en uno o en otro de los sistemas.

El estudio de los sistemas notariales tiene, pues, un interés teórico en cuanto acomete la exposición de principios generales, previamente definidos o configurados, y también tiene un resultado práctico en la construcción del Derecho Notarial en cuanto facilita el empleo de palabras o términos cuyo valor o significado se considera predeterminado.

---

<sup>16</sup> La utilidad, la eficacia y el valor del documento, público o privado, viene determinado en cada ordenamiento por los principios generales que lo inspiran, lo que se aprecia con facilidad en los trabajos citados.

Pero la construcción de los sistemas notariales tiene reflejo en otros campos. Así, la definición del sistema de notariado latino ha estado vinculada a la pertenencia de la Unión Internacional del notariado latino y a la posibilidad de ingreso en esa organización. Y el papel atribuido al documento notarial por los ordenamientos jurídicos que se sirven de un notariado de tipo latino ha sido materia de estudio no sólo jurídico sino también económico<sup>17</sup>, dada la repercusión de la participación del notario en los costes de transacción y la posibilidad de comparar los costes totales en los ordenamientos que utilizan el documento notarial, integrado con su publicidad registral en el sistema de seguridad jurídica preventiva, y en otros ordenamientos organizados con criterios muy diversos<sup>18</sup>.

Prestando atención al hecho de la existencia de varios sistemas notariales se señala que la causa de la pluralidad está en el empleo de un mismo nombre, el de “notario” en español o el que tenga sonoridad semejante en otro idioma, pero con muy distinto significado. Si entendemos por “nombre” a la palabra que se da a personas o a objetos y a sus cualidades para hacerlos conocer y distinguirlos de otros y aceptamos que un mismo nombre, el de “notario” se aplica a unas personas que tienen naturaleza distinta y realidad diferente tendremos que concluir aceptando la pluralidad de “sistemas notariales” y la esencial diversidad entre unos y otros “sistemas”. Se hace necesaria una reflexión acerca de las notas que pueden utilizarse para identificar al sujeto que en cada ordenamiento, o en cada grupo o serie de ordenamientos, recibe el nombre o la denominación de “notario”.

Pueden señalarse como notas específicas de cada sistema: 1º Qué circunstancias se requieren para ejercer o actuar como notario. 2º Cómo se organiza el notario para el ejercicio de su función. 3º En qué consiste la actuación como notario; cuáles son sus

---

<sup>17</sup> Paz Ares, Cándido. **El Sistema Notarial**. Una aproximación económica, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995, estudia la eficiencia económica de la intervención del notario de tipo latino y de la seguridad jurídica preventiva que proporciona en los ordenamientos de “Derecho civil”.

<sup>18</sup> Paz Ares, Cándido. **El Sistema Notarial**. Págs. 11 y 13 tiene referencias comparativas a los diversos sistemas.

funciones. 4º En qué consiste el resultado de su trabajo. 5º Qué eficacia, valor o utilidad se atribuye al resultado de su trabajo.

Contrastando estas notas al exponer cada uno de los sistemas propuestos por los estudiosos de la materia: a) Sistema de notariado latino; b) Sistema de notariado inglés o sajón; c) El llamado Sistema de notariado estatal; y d) El llamado Sistema notarial estadounidense.

## 2.2 Sistema de notariado latino.

### 2.2.1 Definiciones o ideas generales.

- A. Declaración aprobada por el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino; Buenos Aires, octubre 1948. Es de carácter sintético y dice: “El notario es el profesional de 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 confiriéndole autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido”.
- B. Acuerdo de la Conferencia Permanente de los Notariados de la Comunidad Europea de 23 de marzo de 1990, conocido como “Declaración de Madrid”. Su texto, descriptivo, es del siguiente tenor: “El notario es un oficial público que tiene una delegación de la autoridad del Estado para dar a los documentos que redacta y de los cuales él es el autor, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, cuya conservación asegura, la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva. A fin de dotar a su actividad de la necesaria independencia, el notario ejerce su función en el marco de una profesión liberal que abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas. Su intervención, tanto por el consejo, que da de forma imparcial, pero activa, a las partes, como por la redacción del documento auténtico que es su resultado, confiere al usuario del Derecho, la

seguridad jurídica que éste busca y que está tanto mejor asegurada por cuanto el notario es un jurista de alta calificación universitaria que accede a su profesión después de diversas pruebas, exámenes y prácticas y que la ejerce conforme a reglas disciplinarias estrictas, bajo control permanente de la autoridad pública y gracias a una implantación geográfica que permite recurrir a sus servicios en todo el territorio de cada nación”.

- C. De la Exposición de Motivos y de la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 sobre “Situación y organización del notariado de los doce Estados miembros de la Comunidad Europea. Merece atención, en relación con el notariado de tipo latino, cierto párrafo de la Exposición de motivos que dice: “El Parlamento Europeo... Consciente, por otra parte, de que la actividad del notario se caracteriza por una delegación parcial de la soberanía del Estado, que garantiza el servicio público de la elaboración de contratos, y la legalidad y autenticidad y fuerza ejecutoria y probatoria de éstos, así como el asesoramiento previo imparcial prestado a las partes interesadas, con miras a descongestionar a los tribunales”. Este párrafo empalma con el tenor de la Resolución: “El Parlamento Europeo... 3. Quiere recordar que la profesión de notario (.....) se caracteriza en lo fundamental por una serie de elementos prácticamente comunes que pueden resumirse de la siguiente forma: delegación parcial de la soberanía del Estado para asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y de las pruebas: actividad independiente que se ejerce en el marco de un cargo público, bajo la forma de una profesión liberal (con excepción de Portugal y de uno de los Estados Federados alemanes, existiendo un sistema particular del Reino Unido) pero sometida al control del Estado o del órgano estatutario designado para esto por la autoridad pública en lo que se refiere a la observancia de las normas referentes al documento notarial, a la reglamentación de las tarifas en interés de los clientes, al acceso a la profesión o a la organización de la misma: función preventiva a la del juez, en cuanto que elimina o reduce los casos de litigio: funciones de asesor imparcial”. Estas consideraciones del Parlamento Europeo recogen reflexiones del Informe de la

Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los ciudadanos (ponencia del Sr. Marinho). Finalmente, “el Parlamento: 6. Pide a la Comisión..., a los Estados miembros y a los organismos notariales que acuerden conjuntamente la aplicación de las reformas estatutarias que podrían permitir la aproximación a escala europea de determinados aspectos propios de la organización de la función notarial y un planteamiento reglamentario sectorial de su ejercicio... 7. Pide... a la Comisión y a los Estados miembros que utilicen los instrumentos jurídicos del tratado CE para garantizar el reconocimiento mutuo sin formalidades de los documentos notariales... y 8. Encarga a su presidente que transmita la presente resolución a la Comisión, al Consejo y a los Gobiernos de los Estados miembros”.

D. Bases o principios del sistema de notariado latino, texto aprobado por la Asamblea de Presidentes de Notariados Miembros de la U. I. N. L. en sesión del día 16 de octubre de 2004, en Ciudad México. La reproduzco íntegramente por tratarse de una muy completa y expresiva síntesis. Dicen así:

Título I.- del notario y de la función notarial.

1. El notario, profesional del derecho, es un oficial público, 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.

1. Los documentos notariales, que pueden tener por objeto la formalización de actos y negocios de todo tipo, son autorizados por el notario. Su autenticidad comprende autoría, firmas y contenido. Son conservados por el notario y clasificados por orden cronológico.
2. 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 con el 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.
3. 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.
4. Los otorgantes de un documento notarial tienen 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.
5. 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.
6. 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.

7. 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.- La organización notarial.

1. La ley 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 la población de instalación de cada estudio notarial, garantizando un reparto equitativo en todo el territorio nacional.
2. Los notarios deberán pertenecer a un organismo colegiado. Un solo organismo, compuesto exclusivamente por notarios, asumirá la representación del notariado de cada país.
3. 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.- La deontología notarial.

1. La ley determinará el régimen disciplinario de los notarios, que estará bajo el control permanente de la autoridad pública y de los organismos colegiales.
2. El notario está obligado a la lealtad y a la integridad frente a quienes solicitan sus servicios, frente al Estado y frente a sus compañeros.
3. El notario está obligado a guardar secreto profesional vinculado al carácter público de su función.

4. 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.
5. La elección de notario corresponde exclusivamente a las partes.
6. El notario está obligado a respetar las reglas deontológicas de su profesión tanto a nivel nacional como internacional”.

### 2.2.2 Qué circunstancias se requieren para ejercer o actuar como notario

Es necesario un nombramiento conferido por una autoridad pública, previa la acreditación de las cualidades prescritas, en particular haber cursado estudios y adquiridos conocimientos jurídicos. Es común que se requiera la nacionalidad del país que hace el nombramiento<sup>19</sup>, así como la obtención de la suficiencia de estudios universitarios de derecho, de ciencias jurídicas, en general, o, en particular, de ciencias notariales. Está muy extendida la exigencia de cierta experiencia práctica obtenida mediante el desempeño de funciones notariales en el estudio de un notario, como adjunto de éste.

Se diferencia entre la atribución del título personal de notario, que habilita para poder llegar a desempeñar la función notarial, y la designación o nombramiento para la titularidad de un oficio o despacho notarial, que legitima para su ejercicio efectivo. En algunos sistemas el título de notario habilita para que quien lo haya obtenido pueda ejercer las funciones notariales en el despacho del que es titular otro notario con la finalidad de cubrir el necesario período de prácticas; pero en otros sistemas el título

---

<sup>19</sup> En países miembros de la Unión Europea se requiere la nacionalidad de un Estado miembro.

habilita por sí solo para obtener la titularidad de un despacho notarial, sin que se requiera un previo periodo de prácticas.

#### 2.2.2.2 Cómo se organiza cada notario en el ejercicio de su función

Cada notario se organiza para el ejercicio de su función pública como un profesional liberal. Su personal criterio, pero dentro del marco de las prescripciones estatutarias, decide la ubicación de su despacho en la población o territorio que se le ha designado, y elige el local de su establecimiento. También decide lo referente a la contratación de los medios humanos, entre las personas adecuadamente especializadas y preparadas para realizar los trabajos de ayuda y de apoyo, así como a la adquisición y mantenimiento de los medios instrumentales de los que vaya a servirse para el desempeño de su trabajo.<sup>20</sup> En todo caso bajo su responsabilidad personal y a su cargo y riesgo patrimonial. Como contrapartida, y coherentemente con lo que es propio del ejercicio de una actividad profesional liberal, el notario es retribuido por quien solicita la prestación de sus servicios, sea persona natural o jurídica; y si bien su retribución está reglada como consecuencia del carácter público de la función legitimadora y autenticadora que tiene delegada, dicha regulación tiene diferentes grados de fijeza de la remuneración establecida según sea la índole del acto o contrato que se retribuya o su cuantía.<sup>21</sup>

Al ejercer el notario una función pública al modo de un profesional liberal surgen dificultades para una definición sintética de su carácter; en unos casos se le define

---

<sup>20</sup> La utilización de medios informáticos y la comunicación vía Internet con oficinas públicas de recaudación tributaria y con los Registros públicos, sean los de finalidad estadística, tributaria o los que prestan servicio a la seguridad jurídica preventiva mediante la publicidad sustantiva de actos y contratos autenticados, resoluciones judiciales y actos administrativos están regulados en las prescripciones estatutarias, al menos en su dimensión de mínimos como reflejo de la dimensión pública de la función autenticadora.

<sup>21</sup> Puede señalarse que la fijeza se produce sin excepciones en los actos o contratos que carecen de cuantía económica propia, aunque puedan tener repercusiones patrimoniales; o cuya cuantía es moderada; y que decae, y se relativiza, cuando se trata de actos o contratos con cuantía económica muy elevada.

como oficial público y cuando se conserva la denominación de funcionario público se aclara que se le denomina así por ser ejerciente de una función pública, aunque no sea funcionario administrativo por no estar integrado en la administración pública por una relación de dependencia funcional o de empleo.

### 2.2.3 En qué consiste la actuación como notario

#### 2.2.3.1 Las funciones que desempeña

La actuación del notario consiste en el ejercicio de la fe pública. La autorización de los actos y contratos y la constatación de los hechos, en el ámbito extrajudicial, mediante la autorización de documentos investidos de legalidad, de legitimación y de autenticidad, cuya actividad corresponde en exclusividad a los notarios. En estos sistemas, sólo el notario está facultado para dar fe de la autenticidad y legalidad de los actos y contratos extrajudiciales; ningún otro profesional, oficial público o funcionario administrativo ostenta esta facultad.

Desarrollaremos esta nota con referencia a su actuación más significativa y de mayor valor definitorio: la autorización de escritura pública. En el ejercicio de la fe pública el notario actúa como profesional del derecho y como funcionario u oficial público ejerciente de la función autenticadora y legitimadora en el ámbito de los actos y contratos extrajudiciales, esto es en la normalidad del Derecho; este doble carácter (profesional liberal o independiente y oficial público) es inseparable o indivisible y se integra en la esencia unitaria de la actuación del notario; de dicha dualidad se siguen determinadas consecuencias. De alguna de ellas nos hemos ocupado: tiene definido el lugar o delimitado el territorio en el que puede actuar y en el que debe establecer a su costa y de manera apropiada su oficina; no actúa de oficio, sino a petición de los

particulares, persona natural o jurídica, que solicite, o de los ciudadanos que soliciten, la prestación de sus funciones, y es remunerado por éstos.

El notario tiene encomendada una función encaminada a proporcionar, u obtener, seguridad jurídica preventiva mediante atribuir la cualidad de legales y de veraces, o auténticos, a los actos y contratos privados generados y, o, presentados por la manifestación de voluntad de las personas que, de manera voluntaria y autónoma, requieren su actuación en los documentos por él autorizados, o confeccionados a dicho efecto.

La cualidad de legalidad atribuida a los actos y contratos consentidos ante el notario en el momento de otorgar el documento que los formaliza y presenta necesita, como presupuesto, el desempeño por el notario de su actividad profesional como jurista. En la actuación del notario como profesional del derecho pueden distinguirse pasos sucesivos: debe percatarse de la finalidad práctica perseguida por quien solicita su función; y asesorar a los interesados acerca de los medios jurídicos más adecuados (en relación con su firmeza, con su legalidad y con sus consecuencias fiscales) para su logro, lo que supone una delicada actividad de información y consejo que conduce a la propuesta de un texto documental redactado por el notario que exprese de modo definitivo la voluntad del negocio o contrato adecuado para que los otorgantes del documento, al asumirla como propia, obtengan de manera legal y conveniente la finalidad práctica por ellos pretendida.

El notario es el autor del texto documental que propone al compareciente o a los comparecientes para que éstos al otorgarlo lo asuman como propio. Esta labor de información, asesoramiento, consejo y redacción tiene especiales matices cuando se pretenda un otorgamiento según minuta (según texto propuesto por los comparecientes al notario) o una elevación a público de un contrato ya consignado o formalizado en un

documento privado anterior, se trate de una simple elevación o se pretenda, a la vez, la renovación del contrato anterior y la actualización de la relación contractual que generó.

También, y muy significadamente, en especial cuando una de las partes haya propuesto determinadas cláusulas (merezcán el trato de las condiciones generales prerredactadas o se trate de propuestas singulares no negociables) o cuando una de las partes, por sus circunstancias de cualquier índole, esté especialmente necesitada de asistencia y consejo, el deber de imparcialidad en el ejercicio de su labor, como profesional del derecho, de explicación, de asesoramiento, de consejo y de redacción debe ser cumplido escrupulosamente; se trata de una labor difícil y delicada que debe prestarse en beneficio de la parte débil, social o jurídica o económicamente, y desempeñarse con exquisita imparcialidad siempre al servicio de la justicia y con la vista puesta en conseguir, en beneficio del contratante débil, el deseable equilibrio entre las partes y la libertad en la manifestación de su voluntad para asegurar la legalidad del acto o contrato que las partes van a celebrar.

Quede claro que en todo caso, incluso de minuta insistida o de condiciones generales o de cláusulas prerredactadas, corresponde al notario la valoración y la calificación de la legalidad, de conformidad con las leyes, del texto que resulte aceptado y otorgado por el compareciente o por los comparecientes y, también, el deber de negar la prestación de su función que le fuese solicitada en caso de ilegalidad. El texto expresivo de la manifestación de voluntad del negocio que el notario redacta al dar culminación a su actividad como profesional del derecho es asumido, siempre, como propio por el otorgante o por los otorgantes, que así, al otorgarlo, participan en la autoría del texto que presenta su propia y personal declaración de voluntad constitutiva del acto o contrato, por lo que son coautores del mismo.

Se considera derivada, o complementaria, de la legalidad que debe proporcionar la actividad notarial la actividad de asistencia por el notario a las partes en la realización,

cumplimiento o ejecución de las actividades posteriores a la perfección del acto o contrato resultante del otorgamiento, sean prestaciones entre las partes (entrega de bienes o pago de dinero o de precio) cumplimiento de deberes administrativos o fiscales de las partes, o del propio notario o las tendentes a proporcionarles las ventajas del acceso del acto o contrato presentado por el documento notarial al registro público competente adecuado para proporcionar, con sus efectos sustantivos, firmeza a la situación jurídica creada, con notas de legalidad y de autenticidad, mediante el documento notarial.

Pero es que, además de lo dicho, la cualidad de legalidad resulta de la necesidad de que el notario debe conducirse conforme con las leyes en el desempeño de sus funciones, en todos los aspectos de la dación de fe; debe ajustarse a las leyes, tanto en la realización del acto solemne del otorgamiento, también llamado audiencia notarial, como en la redacción y composición del documento que la presente; y no sólo en la redacción de la parte dedicada a narrar la actividad propia del notario sino también, como se acaba de exponer, en la destinada a expresar la manifestación de voluntad de las partes, para asegurar la legalidad del texto que presenta la manifestación y en cuanto a la legalidad de su realización libre y voluntaria.

La cualidad de autenticidad, inseparable de la de legalidad, por la actuación de notario se predica del documento y del acto documenta, puede ser un hecho presenciado o percibido en su dimensión fáctica o un hecho consistente en la manifestación de voluntad constitutiva de un acto o de un contrato formaliza o presenta el documento; la autenticidad resulta del ejercicio de la fe pública por el notario. La autenticidad atribuida al documento notarial, en su dimensión, consiste en la suficiencia de éste para probarse a sí mismo; ello explica las medidas de todo género adoptadas para facilitar la apariencia de autenticidad del documento notarial, tanto si se compone sobre papel

como sobre soporte informático<sup>22</sup> y la protección se le dispensa al excluir pueda discutirse la autenticidad del documento, en su condición de documento notarial, por un camino no sea el de la tacha de falsedad material.

La autenticidad del contenido del texto redactado, conforme con las leyes, en el documento notarial se proyecta en la exactitud de lo que el notario narra como visto, oído o percibido por sus sentidos en el desarrollo y realización del hecho y de lo que narra respecto de su propia actividad y, finalmente, en la veracidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad del negocio manifestadas bajo su fe. La autenticidad de la narración el notario hace de sus percepciones cubre en ciertos casos hechos definidos en buena medida por el conocimiento directo y personal de datos tenidos como ciertos por la comunidad social según criterios usuales, aunque con base en reglas del ordenamiento; así ocurre con la determinación del lugar y del tiempo, de la fecha y en ocasiones de la hora, en los que tiene lugar el otorgamiento; así ocurre con la afirmación del notario acerca de la identificación de las personas concurren a su celebración, hecha por alguno de los procedimientos reglados se basan en percepciones personales del notario acerca de lo tenido por cierto por la comunidad social o acerca de documentos oficiales destinados a acreditar la identidad de las personas.

La autenticidad, en otros casos, cubre el resultado de la valoración jurídica de una percepción sensorial; así la autenticidad atribuida a la valoración por el notario de la capacidad de quien comparece ante él, comprende el juicio múltiple acerca de su capacidad legal, de la suficiencia de su aptitud natural y de la idoneidad de su titularidad o de sus facultades legitimadoras para realizar válida y eficazmente la declaración de voluntad del negocio se pretende formalizar; así, también, la expresión de la identificación y de la descripción del bien o del derecho que sean objeto del acto o contrato se presente en el documento notarial y de sus circunstancias tengan relieve o

---

<sup>22</sup> Vid. la obra de varios autores Notariado y contratación electrónica, Colegios Notariales de España, Madrid, 2000.

trascendencia jurídica, de derecho sustantivo, administrativo o fiscal, cuya autenticación se apoya en la exacta designación de los precedentes documentales y de la información del contenido de los diversos registros públicos y en su manejo conforme con las leyes, tanto las definen la autenticidad formal de los documentos precedentes como la de su contenido.

La fe pública del notario, autor de documento, cubre la plena autenticidad de la narración de estas percepciones suyas; si bien respecto de los juicios acerca de la identidad y de la capacidad de las personas se puede cuestionar su exactitud sin necesidad de plantear su falsedad. Respecto de las declaraciones de voluntad del negocio manifestadas bajo la fe del notario, la autenticidad se predica de ellas debe valorarse en dos planos; en cuanto al hecho de haberse producido la declaración de voluntad ante el notario, bajo su fe y para su constancia documental, se produce la plena autenticidad correspondiente a la afirmación notarial de haber percibido la manifestación, es un hecho humano, afirmación queda amparada por la fe pública notarial atacable sólo por la querrela de ser falso; pero en cuanto al plano de la congruencia entre la voluntad manifestada y la real voluntad interna del otorgante, o de los otorgantes, se produce una autenticidad de menor energía pues se considera la manifestación de voluntad declarada ante notario genera una situación de derecho inicial y aparente debe considerarse auténtica, si bien dicha autenticidad no está amparada de la misma manera la cubre las manifestaciones del notario acerca de sus percepciones (sólo atacables por la querrela de ser falso), sino la veracidad de la declaración de voluntad manifestada ante el notario puede ser atacada ante los tribunales mediante una pretensión cuestione la congruencia de la manifestación de voluntad con la real voluntad del negocio y consiga probar, según las reglas generales de la prueba, su inexactitud<sup>23</sup> de la misma manera cabe cuestionar la inexactitud del juicio del notario acerca de la identidad o de la capacidad.

---

<sup>23</sup> Son los casos en los que un negocio formalizado ante notario sea atacado como simulado, indirecto o fraudulento. En cambio la solución de los casos de reserva mental o de error en la manifestación,

Quedando al margen de toda posibilidad de control por el notario la veracidad de las manifestaciones de voluntad hechas en su presencia y consignadas en el documento por él autorizado en relación con la voluntad interna, si bien la circunstancia de haberse pronunciado ante notario una manifestación de voluntad, inexacta respecto de la voluntad real, le presta una apariencia inicial de veracidad y legalidad surte efecto en todas las esferas del derecho, salvo la posibilidad de su impugnación por procedimiento contencioso ante los tribunales para que estimen la falta de veracidad de la manifestación de voluntad y la procedencia de la oponibilidad de su inexactitud, según los criterios de responsabilidad del manifestante por causa de la autoría de la manifestación.

#### 2.2.3.2 El resultado de la actividad del notario

La actividad del notario produce, como resultado esencial, el documento notarial; el documento del que es autor el notario, por lo que se dice que él lo autoriza. Entre los documentos notariales se comprenden muy diversas clases. No resulta fácil confeccionar una enumeración sintética.

La escritura pública, es el documento público notarial por excelencia. Es el vehículo de formalización de declaraciones de voluntad de contratos y de presentación de negocios jurídicos; el testamento abierto notarial es una escritura pública singular. A las escrituras públicas notariales les son de plena y total aplicación todo lo hemos expuesto en el anterior subepígrafe al ocuparnos de la actuación y de las funciones del notario; la escritura hace prueba plena, salvo impugnación de falsedad, de la identidad del notario, del lugar y de la fecha de su realización y del hecho humano motiva el otorgamiento y en qué consiste éste, o sea del hecho de la celebración de un negocio mediante las pertinentes manifestaciones de voluntad hechas bajo fe del notario, y también hace prueba, salvo declaración judicial de su inexactitud, de la identidad y capacidad de las personas comparecientes, del objeto materia del negocio y de la

---

planteados entre partes, deberá resolverse a la luz del principio de la responsabilidad y sujeción a la manifestación hecha. Al margen los problemas de la invocada inexistencia de consentimiento.

veracidad de las declaraciones de voluntad realizadas por los comparecientes y presentadas por la escritura.

El acta notarial,<sup>24</sup> es el documento público notarial que presenta la percepción de hechos por el notario, principalmente por sus sentidos de vista o de oído (actas de presencia); se precisa, para la actuación del notario y la autorización del acta, el consentimiento del autor del hecho y que éste no sea contrario a las leyes. El acta puede presentar determinadas actividades del notario para su constancia fehaciente (actas de notificación y de requerimiento, de protocolización, de depósito, de remisión de documentos por correo). A veces en el acta se produce, por el notario, además de una constatación de hechos o de la notoriedad de hechos, una declaración de derechos o de situaciones personales, cuando éstos están fundados en los hechos por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al acto (actas de notoriedad en general y en particular las de declaración de herederos o las de declaración de derechos inmobiliarios para su constatación registral).

Otros documentos notariales son los testimonios que reproducen documentos, escritos o gráficos, exhibidos al notario, o que acreditan la correspondencia de un documento gráfico con la realidad percibida de vista por el notario, o los de legitimidad de firmas en documentos que contengan actos o contratos que no deban ser contenidos en escrituras, etcétera.

#### 2.2.4 Qué eficacia, valor o utilidad se atribuye al resultado del trabajo del notario

Intentaremos señalar con detalle la eficacia atribuida a la escritura pública, el documento notarial de mayor enjundia y trascendencia. La escritura pública notarial (en

---

<sup>24</sup> Conviene recordar que en idioma francés la expresión “*acte notarié*” equivale a la nuestra de “escritura pública notarial”, por lo que su traducción al español como “acta notarial” supone una grave incorrección jurídica, dado el concreto sentido de esta expresión en nuestro Derecho. En dicha incorrección se incurre con frecuencia, incluso en traducciones oficiales al español del texto original francés de documentos comunitarios o de tratados internacionales.

lo sucesivo, la escritura) es una forma documental que presenta<sup>25</sup> un negocio jurídico.

La eficacia o valor de la escritura en los ordenamientos que siguen o usan el sistema de notariado latino se manifiesta en su utilización, que se hace apoyada en sus cualidades de autenticidad y de legalidad de las que nos hemos ocupado antes por extenso.

La escritura, en su dimensión material, es auténtica y se prueba por sí misma, supuesta la concurrencia de los datos o elementos correspondientes a la apariencia de su autenticidad, sean los puramente materiales o los formales, que resultan de la expresión del cumplimiento por el notario de los deberes a su cargo para la autorización de la escritura conforme con las leyes. En cuanto a su contenido, no procede repetir lo expuesto respecto a la autenticidad y legalidad de las daciones de fe y de los juicios del notario, ni tampoco de la autenticidad y de la legalidad del negocio jurídico perfecto y constituido por la manifestación de voluntad en que consiste el hecho del otorgamiento concretado en las cláusulas contenidas en la escritura y asumidas como declaración de voluntad de los otorgantes en el acto del otorgamiento.

En unos casos la escritura es requisito de forma, necesario para la existencia de determinados negocios; pero siempre que se otorgue produce determinados efectos en beneficio del negocio, acto o contrato, que presente, los cuales se le atribuyen con fundamento en las cualidades de legalidad y de autenticidad que le son predicables derivadamente de la escritura que lo formaliza y presenta. A consecuencia de su autenticidad y de su legalidad se utilizan la escritura y el negocio formalizado como

---

<sup>25</sup> En la doctrina documentalista y notarialista se ha discutido acerca de si el documento representa o presenta al negocio que formaliza. La opinión que sustenta la posición “representativa” considera que la esencia del documento radica en ser un medio de prueba del negocio, de lo que resulta una cierta separación entre negocio y documento y una reducción de la significación de éste como forma de ser de aquél, con independencia de que se utilice como forma necesaria para su existencia (forma *ad substantiam*) o como forma para su mejor o mayor eficacia (forma *ad probationem*). La posición “presentativa” considera que el documento presenta al negocio que se perfecciona por la declaración de voluntad manifestada en el acto del otorgamiento que coincide, en la sustancia y en el tiempo, con la asunción del texto documental, por eso considera a la escritura, siempre, forma de ser del negocio que se constituye con el otorgamiento, con independencia de que sea necesaria para la existencia del negocio que formalice o de que sea necesaria para la producción de determinados efectos (faceta en la que se considera forma de valer).

medios, o instrumentos, de “seguridad jurídica preventiva” en el campo de la normalidad del Derecho y en el campo de los conflictos jurisdiccionales, ante los tribunales o ante árbitros.

La escritura genera un estado de derecho (que se concreta en relaciones y posiciones jurídicas, derechos subjetivos o facultades y pretensiones) que vincula y sujeta a los otorgantes y a sus herederos y es oponible a los terceros, a los que perjudica; los terceros podrán “oponerse” o podrán utilizarla en su beneficio. Estos efectos deben reconocerse en la normalidad del Derecho, sin contienda o sin conflicto; sólo pueden rechazarse o eludirse planteándose conflicto mediante solicitud de tutela judicial efectiva para que se declare, respecto de la escritura o del negocio formalizado y presentado, falta de autenticidad (por inexactitud o por falsedad) o falta de legalidad. Una manifestación concreta de la eficacia de la escritura en la normalidad del derecho la encontré en su cualidad de instrumento traditorio y en la de título inscribible en los registros públicos de efectos sustantivos<sup>26</sup>, de especial trascendencia en la estructura de los derechos inmobiliarios y en el tráfico inmobiliario y de otros bienes sujetos a registro. Otras manifestaciones en los contratos referentes al régimen económico de los matrimonios, en los apoderamientos y en actos y operaciones acerca de la constitución y vida de las personas jurídicas. Al testamento abierto notarial, o sea a la escritura que presenta una última voluntad, se le atribuye, por su autenticidad y su legalidad, doble idoneidad; en un sentido para acreditar cuál fue la última voluntad y en otro sentido para servir de base directa e inmediata para la ejecución o la realización de las disposiciones de última voluntad<sup>27</sup>. Los créditos escriturarios gozan de preferencia, medida por la fecha de la escritura, en el caso de concurrencias singulares; sin embargo en el procedimiento de concurso de un deudor común carecen de privilegio.

---

<sup>26</sup> Bueno es recordar que la protección dispensada por la publicidad de los Registros de efectos sustantivos a favor de los adquirentes y de los titulares según los asientos practicados, necesita coordinarse con la realidad auténtica y legal de los títulos que accedan a ellos como el medio más adecuado para evitar que aquella protección facilite el despojo del *verus dominus* por el tercero adquirente de un titular registral que no sea dueño o titular.

<sup>27</sup> En Ordenamientos que organizan y utilizan al Notariado Latino se reconoce la validez de últimas voluntades no manifestadas en escritura, pero sí ajustadamente a ciertas formalidades; y se requiere la comprobación judicial de su autenticidad y de la legalidad del acto de su declaración antes de que pueda procederse a su cumplimiento y ejecución.

La escritura tiene también una especial eficacia ante los tribunales. Es título en el que puede basarse una acción ejecutiva mediante y con ello hacer efectiva una reclamación sin previa contienda. En los procedimientos judiciales en los que se dirima una contienda entre partes la escritura pública hará prueba plena del hecho o acto que documente, de su fecha y de la identidad del notario y de los otorgantes, no siendo necesaria la repetición del resto de lo que comentamos al referirnos a los grados de la autenticidad. Igual en los procedimientos arbitrales. Dejamos al margen la posible contienda en la que se debata acerca de la exactitud o de la falsedad del documento o de las manifestaciones y juicios del notario.

Como las actas no son idóneas para formalizar y presentar declaraciones de voluntad, sino que sirven para presentar la percepción por el notario de un hecho o del estado de cosas, que así quedan representadas en el acta, y pueden servir, en su cualidad de prueba preconstituida, para facilitar la composición privada de un conflicto o como prueba documental plena del hecho o del estado de cosas si la contienda se plantease en procedimiento judicial u arbitral. Lo dicho para las actas vale para los testimonios, considerados como actas no protocolizadas.

El sistema de notariado latino, por su parte, se fundamenta en un derecho codificado.

#### 2.2.5 Características del sistema de notariado latino

- a) Pertenecen a un colegio profesional
- b) La responsabilidad en el ejercicio profesional es personal
- c) El ejercicio puede ser cerrado o abierto, o limitado e ilimitado. El cerrado tiene limitaciones territoriales, más conocido como notariado de número. En Guatemala, el sistema es abierto;
- d) Es incompatible con el ejercicio de cargos públicos que lleven aneja jurisdicción;
- e) El que lo ejerce debe ser un profesional universitario;
- f) Desempeña una función pública, pero no depende directamente de autoridad administrativa;

- g) Aunque algunas de sus actuaciones son de carácter público, lo ejerce un profesional del derecho;
- h) Existe un protocolo notarial en el que se asientan todas las escrituras que autoriza.

Bajo las disposiciones del sistema latino la función pública notarial se ejerce, en la actualidad, bajo dos sistemas fundamentales: (1) El sistema de número; y (2) El sistema de libre establecimiento.

1. El sistema de número: Bajo este sistema el notario ejerce su función notarial por delegación del Estado en un ámbito territorial delimitado, dentro del Estado que lo designó, tomándose inviable la circulación de los notarios, de tal suerte que la fe pública autenticadora no podrá ser ejercida fuera del territorio de aquellos.
2. El sistema de libre establecimiento: Bajo este sistema, la función notarial que adquiere el notario no está limitada en número con relación a determinado territorio, toda vez que podrán existir tantos notarios en una misma área territorial con libre circulación y capacidad para prestar sus servicios notariales, como notarios existan y/o lo demande la población.

En Guatemala la función notarial se ejerce bajo el sistema de “libre establecimiento”.

Entre uno y otro sistema, esto es, el sistema de número y el sistema de libre establecimiento existen ventajas y desventajas que se asocian con la “seguridad” que ofrece o debe ofrecer el notario en el ejercicio de su función notarial. Entre las ventajas y desventajas de uno y otro sistema nos permitimos destacar:

- 1) En cuanto a la seguridad jurídica: En virtud del carácter limitado y la asignación de competencia territorial, el sistema del número ofrece mayor seguridad jurídica que el sistema de libre establecimiento, toda vez que la concentración de los actos y contratos en un notario, que ejerce en un área específica, le

responsabilizan en mayor grado ante la comunidad; exige, en función de la designación y la permanencia en el cargo, un altísimo apego a la ética, honradez y conocimiento jurídico. Ello no significa que en el sistema de libre establecimiento no se provea seguridad jurídica a los actos y contratos en los que el notario interviene, pero, dada la multiplicidad de notarios ejerciendo en una misma jurisdicción y territorio, aumenta la exposición a que, sea por el propio notario o por terceras personas, se afecte la seguridad jurídica, sea esta en el orden civil, mercantil o criminal.

- 2) En cuanto al costo de supervisión: En virtud del número de notarios que pueden ejercer libremente en una misma jurisdicción territorial, el costo de supervisión es mayor en aquellos países que se rigen bajo el sistema de libre establecimiento que aquellos en donde la función notarial se ejerce bajo el sistema de número. En efecto, el sistema de venta, control y conservación del protocolo, así como la conservación de testimonios especiales y copias en los registros demanda de mayores controles en el sistema de libre establecimiento dado la multiplicidad de notarios ejerciendo en la misma jurisdicción territorial.
- 3) En cuanto a la celeridad y acceso: El sistema de libre establecimiento provee mayor celeridad y acceso a la función notarial, toda vez que las partes tienen la opción de acudir a más de un notario en la misma jurisdicción, lo cual no ocurre, de igual manera, en el sistema de número.
- 4) En cuanto a los costos por los servicios prestados: Aún cuando existen aranceles aprobados por la prestación de los servicios notariales y aún cuando existan disposiciones relativas a la ética, bajo el sistema del libre establecimiento se observa que los costos por los servicios notariales tienden a ser más bajos que los costos por los mismos servicios en el sistema de número; ello, en función del mayor número de notarios que prestan servicios en una misma jurisdicción notarial, lo que da lugar al cobro de sumas de dinero por debajo de las que dispone el arancel de notarios, sea por la competencia que se origina del libre establecimiento, sea por la falta de ética o por la necesidad que se impone al notario en el ejercicio liberal de su profesión.

- 5) En cuanto a la independencia profesional y funcional: En virtud del número de notarios que ejercen bajo el sistema del libre establecimiento, ocurre, de hecho, que algunos prestan sus servicios bajo dependencia laboral, lo cual merma en su independencia profesional, de que el patrono cobra el honorario por el servicio que presta el profesional, mientras este cobra un salario, lo cual constituye una clara desventaja económica y profesional frente a los notarios que prestan sus servicios bajo el sistema de número.
- 6) En cuanto al cumplimiento de los deberes profesionales: En el sistema de libre establecimiento, por los altos costos de supervisión y el creciente número de notarios, se aumenta la exposición a la falta de cumplimiento, por parte de algunos notarios, a sus deberes profesionales, tal el caso de la omisión en la entrega de los testimonios especiales al archivo de protocolos o la entrega tardía de los mismos, o la falta de entrega o entrega extemporánea de los tributos que recauda, lo cual constituye una desventaja frente al sistema de número.
- 7) En cuanto a los privilegios y libre competencia: Está claro que en el sistema de número no existe libre competencia en la prestación de los servicios profesionales, de tal suerte que el privilegio para la prestación del servicio en determinada área territorial afecta la agilidad y celeridad en la prestación de los servicios notariales.

Cómo puede apreciarse son más las desventajas que ofrece el sistema de libre establecimiento, en el ejercicio de la función notarial, que las ventajas que puede tener frente al sistema de número; no obstante ello, tomando en consideración la incidencia social, cultural y económicamente en las naciones, vale la pena considerar las ventajas competitivas que en el orden de la sencillez y celeridad tienen uno u otro sistema.

### 2.3 Sistema de notariado inglés o sajón

En el ordenamiento jurídico inglés se conocen a unas personas, unos profesionales legales, denominados “notary” o “public notary” y a otras designadas “scriveners notaries”; pero no se conoce, y no se utiliza en su Derecho interno, una determinada

clase o categoría de documentos que, por ser resultado de la actividad de unos o de otros “notaries”, produzcan los efectos que hasta aquí hemos reseñado como propios de los documentos notariales en su cualidad de documentos públicos revestidos de las cualidades de legalidad y de autenticidad.

Si es cierto que en Inglaterra se conocen a unas personas llamadas “notaries” (“notarios”), en el Derecho Inglés no se conoce el concepto de documento auténtico adornado de presunción de legalidad, por lo que el resultado del “trabajo del notario inglés” es similar al resultado del trabajo de cualquier otro “legal profesional”, y carece de toda eficacia, valor o utilidad específica y directa consecuencia de su actuación, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos cuyo notariado está organizado de la manera expuesta en los dos apartados anteriores.

Seguiremos, no obstante, el mismo orden en la exposición de notas específicas para que resalten, de manera sencilla y clara, las diferencias con los otros sistemas notariales objeto de estudio en el presente capítulo. Creemos que es el modo más apropiado de destacar la plena y total falta de coincidencia entre los notariados antes tratados, que generan documentos auténticos investidos de legalidad, y el notariado sajón, o sea el miembro de una “legal profesión” denominado “notary”, de cuya actividad no resulta un documento que se trate como auténtico y revestido de legalidad.

### 2.3.1 Definiciones o ideas generales

Mientras en los sistemas de notariado latino o de notariado estatal la figura del notario, en su actividad, se dirige a la autorización de unos documentos, a los que su intervención adorna de legalidad y de autenticidad formal y material o de fondo, a los que el ordenamiento atribuye determinada validez, eficacia y utilidad, de manera totalmente diferente en el sistema inglés la figura del notary no está vinculada con la producción de documentos que merezcan un trato especial en la esfera interna del ordenamiento. Ello es así aunque en la redacción de documentos “meramente legales”

los notaries adopten estilo literario y formalidades de general similitud o semejanza con los documentos autorizados por los notarios del continente europeo<sup>28</sup>.

### 2.3.2 Notas específicas del notary public.

#### 2.3.2.1 Qué circunstancias se precisan para usar el título o nombre de notary public.

Las mismas que para ejercer como “solicitor” y, además, haber aprobado un examen de práctica notarial; dichas circunstancias son suficientes para solicitar la admisión como “notary public” y obtener su designación por el llamado “master of faculties” bajo la autoridad del Arzobispo de Canterbury. También puede solicitar la admisión quien haya aprobado el examen y acredite determinada experiencia por haber trabajado con abogado o con “notary”. El “notary” es un ejerciente de una “profesión legal”, carente de encomienda o delegación de fe pública y que no tiene atribuida ninguna función pública. La palabra “public” se emplea para resaltar el interés público de su actuación y carece de cualquier significado jurídico.

#### 2.3.2.2 Cómo se organiza el notary public en el desempeño de su trabajo.

No le afecta ninguna especialidad. Basta que se ajuste a las normas mínimas y generales establecidas para el ejercicio de cualquier profesión legal.

#### 2.3.3 En qué consiste su actuación como notario; Cuáles son sus funciones

Tienen encomendada la autenticación de actas de protesto de letras de cambio y de embarque, para que éstas tengan su específico valor. Aparte de ello participan como profesionales legales, al igual que los solicitors, aunque puedan llegar a ser considerados especializados en ciertas materias, como ocurre en el asesoramiento previo, en la preparación y en la redacción de los documentos, aunque no asuman su

---

<sup>28</sup> Por notarios franceses, italianos, alemanes, holandeses, belgas, luxemburgueses, españoles etc.

autoría y no los autoricen. Los “documentos sellados” (act under seal) son documentos en los que concurren ciertas formalidades externas y han sido asesorados por un miembro de una “legal profesión” (que podría ser un notary o no serlo) que prepara y redacta su texto y que se ocupa después de la perfección del documento, producida al manifestar las partes su consentimiento (se emplea la expresión “ejecución” como equivalente del otorgamiento), de su tramitación para completar los efectos propios de su contenido, incluso de su acceso al registro de la propiedad de inmuebles; efecto establecido por la confianza que despierta el documento sobre la base de la responsabilidad penal por juramento falso en caso de inexactitud de lo manifestado por las partes<sup>29</sup> bajo juramento o bajo imposición de sello.

#### 2.3.3.1 En qué consiste el resultado de su trabajo

En particular los documentos de acta de protesto de letras de cambio y de embarque, dotados de especial y específica eficacia.

Pero en general no podemos señalar como resultado un documento específico, un documento que reúna las cualidades peculiares del notariado en el sistema latino.

A veces, al redactar los documentos que asesoran y preparan, emplean palabras y estilo literario semejantes a lo usual para los documentos notariales de sistema latino. Se genera la apariencia del ejercicio de la fe pública aunque ni la ley propia del “notary public” le atribuye la facultad de ejercer la fe pública como función determinante de la facultad de autorizar documentos a los que su propia ley califique y considere auténticos que presenten actos y contratos valorados como veraces y legales. Con independencia de los efectos atribuidos a los documentos bajo sello con apoyo en la responsabilidad penal de las partes por la veracidad de sus manifestaciones y declaraciones de voluntad.

---

<sup>29</sup> Recuérdese que ni el *solicitor* ni el *notary* aparecen mencionados en el documento bajo sello, ni tienen la consideración de autores suyos, ni por tanto responsabilidad alguna de su autoría.

#### 2.3.4 Qué eficacia, valor o utilidad se atribuye al resultado del trabajo del notario

Debe recordarse que en Derecho Inglés, ante los tribunales, la prueba documental tiene carácter subordinado a la prueba oral. En la normalidad del Derecho el valor del documento bajo sello depende de sus formalidades materiales y de la participación de un “legal profesional”, sea o no “notary public”. La participación de éste no produce eficacia, valor o utilidad especial.

#### 2.3.5 Notas específicas de los “scriveners notaries” o “notarios de londres”.

Señalaremos sus particularidades específicas, sin repetir los acostumbrados apartados. Su nombramiento como “notaries”, con su especial cualidad, debe complementarse con su obligada incorporación a la “scriveners company”. De hecho solo ejercen en Londres y en un entorno de la city, en cuyo territorio no pueden actuar los demás “notaries publics”.

Por un arrastre histórico<sup>30</sup> se les considera facultados para ejercer fe pública con efecto en Estado extranjero, en particular en los continentales de “Derecho Civil” cuyo ordenamiento comprende un notariado de tipo latino; y al efecto redactan documentos que se ajustan aparentemente a las formalidades externas establecidas por el ordenamiento del Estado de destino, incluido su idioma, y cuyo contenido cumple las normas materiales o sustantivas de este último. No consta la existencia, en los ordenamientos continentales europeos, de normas reguladoras de la recepción de los documentos producidos por los “scriveners notaries” y de su valoración como auténticos, toda vez que en el Derecho Inglés se desconocen las cualidades de autenticidad y de legalidad como propias de los documentos resultantes de la actividad

---

<sup>30</sup> La eficacia de los documentos emitidos por los *notaries* tenía su justificación en el Derecho Canónico, Derecho Común para los cargos eclesiásticos ejercientes en el lugar de origen del documento y para los ejercientes en el lugar de destino. Esta explicación histórica puede considerarse carente de toda solidez en la actualidad, puesto que ahora no existe una comunidad jurídica dada la diferencia del ordenamiento inglés con los ordenamientos de los diversos Estados Continentales; no se comprende que se pretenda que en el Estado de recepción se atribuya a determinados documentos virtualidades y cualidades que no les reconoce el ordenamiento del Estado de procedencia

de los *scriveners*; por ello plantea graves problemas la posibilidad de la recepción como auténticos y revestidos de legalidad en un ordenamiento continental documentos que conforme al ordenamiento del Estado de origen carecen de dichas cualidades. En lo demás les son de aplicación las notas señaladas antes para los demás “notaries publics”<sup>31</sup>.

### 2.3.6 Características del sistema de notariado inglés o sajón

- A. El notario es un fedante o fedatario, porque sólo da fe de la firma o firmas de los documentos;
- B. No orienta ni asesora a las partes sobre la redacción del documento;
- C. Sólo se necesita una cultura general, no es necesario un título universitario;
- D. La autorización para su ejercicio es temporal (renovable);
- E. Existe la obligación de prestar un fianza para garantizar la responsabilidad en el ejercicio; y
- F. No existe colegio profesional ni se lleva protocolo;

### 2.4 Sistema de notariado estatal

Prescindiendo de muy concretos casos de notariado judicial o de notariado administrativo (tradicional en cantones suizos). También hare omisión de la evolución del notariado en los países que se denominaban colectivistas y estaban organizados según los principios del socialismo real, en ellos el notariado era estatal y ha cambiado correlativamente a la evolución de los principios inspiradores de su estructura económica y de su ordenamiento jurídico.

---

<sup>31</sup> La recepción de documentos suscritos por “*scriveners notaries*” en un ordenamiento continental de Derecho civil puede plantear muy especiales problemas; según el ordenamiento de origen carece de fe pública lo que puede provocar su rechazo en el Estado de recepción si este requiere que documento fehaciente para obtener el efecto pretendido por aquél, según el principio de equivalencia entre las formas exigidas y las aportadas. Aunque respecto de los documentos de apoderamiento se relaje la aplicación de este principio.

Tomando como tipo inspirador de estas notas al sistema cubano, regido por la ley de las notarías estatales y por su reglamento.

#### 2.4.1 Definiciones o ideas generales del sistema

Las funciones del notario quedan relacionadas con el cumplimiento de la legalidad socialista en la actividad extrajudicial de las personas naturales y jurídicas. Se organiza en un notariado estatal unificado, una vez eliminado el ejercicio privado de la función notarial, a fin de otorgar la mayor estabilidad y seguridad jurídica preventiva a las personas en sus relaciones extrajudiciales. Se conserva la finalidad de la función notarial en beneficio de la seguridad jurídica de las relaciones y situaciones personales, pero bajo la organización de un notariado estatal.

#### 2.4.2 Notas específicas definitorias de este sistema

##### 2.4.2.1 Qué circunstancias se requieren para ejercer o actuar como notario

Como previas: la nacionalidad cubana, los estudios universitarios de Derecho y la obtención de la habilitación por el ministerio de justicia (Artículos 8 al 18 del Reglamento). Como circunstancia definitiva, el nombramiento, a favor de un habilitado, para tener a su cargo una notaría. Son circunstancias similares a las propias del notariado latino.

Los notarios, que forman un notariado único, dependen técnica y administrativamente del ministerio de justicia (Artículo 166 del Reglamento).

##### 2.4.2.2 Cómo se organiza el notario en el ejercicio de su función

La notaría está a cargo de un notario; la notaría está formada por un notario, su protocolo y el personal auxiliar, con independencia de que en un mismo local radiquen una o más notarías (en el caso unidad notarial, Artículo 160 del Reglamento). La

notaría no puede considerarse como el estudio particular del notario, sino como una oficina administrativa de específica actividad.

Corresponde al director provincial de justicia o al propio ministro de justicia, según el caso, el nombramiento del notario (Artículo 19 del Reglamento), en tanto las direcciones provinciales de justicia les compete el nombramiento del personal auxiliar de cada una de las unidades notariales; así como la creación, el traslado, la fusión y el cierre de las unidades notariales; y también el control y fiscalización de la aplicación de la tarifa de precios por los servicios que prestan las unidades notariales (Artículo 67 incisos j y k).

El notario tiene carácter de funcionario administrativo, es cabeza de la unidad notarial a su cargo y responde de su gestión así como de la organización, dirección, administración y control de la notaría a su cargo (Artículo 10 de la Ley). No es titular personal de los ingresos obtenidos por la unidad notarial a su cargo al hacer aplicación de los aranceles, aunque sea responsable de su aplicación y destino, sometido al control administrativo y financiero de la dirección provincial de justicia del órgano local del poder popular.

#### 2.4.3 En qué consiste la actuación como notario, cuáles son sus funciones

Considerando su actuación más significativa y definidora debemos destacar que en este sistema el notario tiene encomendado el ejercicio de la fe pública, que está considerado una actuación administrativa encaminada a proporcionar seguridad jurídica preventiva.

El notario es el funcionario público adscrito a la división político-administrativa del Estado, facultado para ejercer la función administrativa de dar fe de los actos jurídicos extrajudiciales; en el ejercicio de sus funciones debe obediencia a la ley y cumple en sus actuaciones con la legalidad socialista (Artículos 1, y 4 de la Ley).

Respecto de la autenticidad que resulta del ejercicio de la fe pública por el notario en este sistema puede, y debe, considerarse aplicable todo lo que expusimos respecto de los notarios de sistema latino.

En relación con la legalidad parece oportuno, ahora de manera diversa, algún comentario derivado de la incidencia de los principios políticos y económicos inspiradores del ordenamiento cubano en la actuación del notario. El notario debe calificar la legalidad del acto jurídico, así como los hechos, actos o circunstancias contenidos en el documento notarial (Artículo 10 inciso ch) de la Ley); su función en relación con la legalidad trasciende de una mera o simple calificación, a modo de control pasivo, para llegar a ejercer una cooperación positiva en cuanto tiene atribuida la función de asesorar a las personas que requieran sus servicios, la de asesorarlas sobre sus derechos y medios jurídicos para el logro de sus fines, la de esclarecer sus dudas y la de advertirles del alcance jurídico de las manifestaciones que formulen en el documento notarial de que se trate. Aunque no olvidemos que en la redacción de los documentos el notario deberá atender a las intenciones de los comparecientes indagando, hasta donde sea posible, el alcance de sus manifestaciones así como el sentido contenido en las cláusulas obligatorias que conformen al acto o contrato sometido a su autorización (Artículo 39 del Reglamento), debemos recordar, como modulación o moderación de lo que acabamos de decir, que corresponde al ministerio de justicia establecer los tipos de modelos, formularios y demás documentos para el uso de los notarios en su actividad técnica (Artículo 166 inciso i) del Reglamento), puesto que deben cerciorarse de que el acto jurídico contenido en el documento se ajuste a los requisitos, extrínsecos o administrativos, exigidos para su autorización y que cumpla con la legalidad socialista (Artículo 10 inciso ch) de la Ley); en relación con numerosos actos o contratos, en especial los que tengan por objeto ciertos bienes inmuebles, el notario debe exigir, para prestar el ejercicio de su función, el documento acreditativo de la concesión de la precedente, y necesaria, autorización por el competente órgano administrativo (Artículo 74 del Reglamento).

Aunque se debe tener presente un caso, que parece excepcional, que ocurre con referencia a documentos que no puedan titularse con un nombre conocido en derecho ¿acto o contrato atípico?, en el que el notario consignará, de manera sucinta, los derechos y obligaciones que estipulen los interesados y demás circunstancias jurídicamente relevantes que declaren, sin perjuicio del cumplimiento de su deber de control de legalidad (Artículo 41 del Reglamento).

El notario es el funcionario administrativo facultado para dar fe de los actos jurídicos extrajudiciales (Artículo 1 de la Ley). Ningún otro funcionario goza de esta facultad.

#### 2.4.4 En qué consiste el resultado de su trabajo

El trabajo del notario tiene como resultado natural el documento autorizado por él, el documento del que el notario es autor.

Los documentos públicos que redacta y autoriza el notario son los siguientes: a) Las escrituras, cuyo contenido es un acto jurídico; b) Las actas, en las que se hacen constar hechos, actos o circunstancias que, por su naturaleza, no constituyen actos jurídicos; c) Cualquier otro que se establezca en la Ley. Las escrituras y las actas forman el protocolo (Artículo 13 de la Ley). Las copias de los documentos protocolizados tienen consideración de documento notarial o público (Artículo 15 de la Ley).

Puede aplicarse a los documentos notariales que son materia de regulación en la legislación notarial cubana lo dicho en el apartado anterior respecto de los documentos autorizados por notarios de sistema latino.

Pueden señalarse como especialidades entre las actas: las de jurisdicción voluntaria, que comprenden la administración de bienes de ausentes, de consignación y de información para perpetua memoria (Artículos 85 inciso h) y 116 al 120 del Reglamento).

Y entre los “otros” documentos, que no forman el protocolo se comprenden los que antes hemos llamado “testimonios” (Artículo 13 inciso c) de la Ley en relación con el artículo 121 del Reglamento).

#### 2.4.5 Qué eficacia, valor o utilidad se atribuye al resultado del trabajo del notario

El documento notarial, en su dimensión material, goza de autenticidad, y también su contenido tiene trato como legal, legitimador y auténtico, de manera y con grados idénticos a los expuestos en relación con el sistema latino. El otorgamiento de la escritura es forma necesaria para la validez de ciertos actos (por ejemplo, contratos de compraventa y de donación de inmuebles, (Artículos 339 y 374.1 del Código Civil) y siempre se derivan del otorgamiento determinados efectos, en particular el tradicional para la consumación de la transmisión de propiedad inmobiliaria (Artículo 206.3 del Código Civil), y en general la posibilidad de que el acto documentado, otorgado en la normalidad de los derechos personales reconocidos por la legalidad socialista que preside el ordenamiento, sea inscrito o incorporado al registro público competente.

Ante los tribunales civiles la autenticidad material del documento notarial, si fuera cuestionada, se resuelve por el cotejo (Artículos del 284 al 286 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral), salvo que se demande, ante la jurisdicción penal, la declaración de su falsedad penal (Artículo 250 del Código Penal). El mismo valor de prueba plena tiene el documento notarial entre las partes respecto de las declaraciones que contengan o de ellas inmediatamente se deriven<sup>32</sup> y frente a tercero en cuanto a su fecha y al motivo de su otorgamiento (Artículo 294 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral). El documento notarial genera fuerza ejecutiva (Artículo 486.1 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral).

---

<sup>32</sup> Sin perjuicio de que su veracidad, o coincidencia con la voluntad real, pueda ser cuestionada ante los Tribunales de justicia.

## 2.5 Sistema de notariado norteamericano

Valen para este sistema, a mayor, las reflexiones hechas en la introducción del sistema inglés y en la exposición de sus definiciones o ideas básicas. Dejando al margen al notariado del Estado de Luisiana, de tipo latino, y sus problemas<sup>33</sup>.

Existen personas que bajo la denominación de “notary public” ejercen ciertas actividades de carácter notarial. Para obtener el nombramiento no se requiere formación jurídica, ninguna formación jurídica; el cargo es temporal y suele constituir una segunda o tercera profesión<sup>34</sup>.

El “public notary” no interviene en la preparación o redacción del documento, se limita a redactar una diligencia en la que asevera que se ha estampado la firma en su presencia y que el firmante ha asegurado que la ha puesto con conocimiento del texto documental y que responde de su legalidad. A lo sumo asevera que le consta la legal constitución y vida de la sociedad representada y la suficiencia de la representación alegada.

Al documento aseverado o reconocido se le atribuye el valor de “deed”, o de documento cubierto por sello; cuyo valor se basa en el tratamiento penal del juramento falso o inexacto referente al reconocimiento hecho por quien lo hubiese firmado, de haber estampado su firma y de haberlo firmado con conocimiento de su contenido y conciencia de su trascendencia, y de la afirmación por el notary referente a la recepción de dicho reconocimiento por el firmante.

---

<sup>33</sup> Tampoco nos podemos ocupar de los intentos de promover “civil notaries” en ciertos Estados de Norteamérica, ni de valorar el alcance de su existencia en relación con los Ordenamientos del Derecho Privado en dichos Estados, y su valoración de los documentos extrajudiciales.

<sup>34</sup> He visto un letrado anunciando “Public Notary” en un par de kioscos callejeros para la venta de prensa diaria o periódica; y varios empresarios norteamericanos me han comentado que su secretaria intervenía como “notario” legitimando su firma en los documentos generados por su empresa, incluidos los que preparaban para ser usados en España. En algunos casos se conoce la mecanización informática (al modo de los cajeros automáticos) para la expedición de la diligencia acreditativa de la intervención del “notary” respecto de firma conocida por “registrada”.

## CAPÍTULO III

### 3. Requisitos habilitantes para ejercer la función notarial

#### 3.1 Evolución histórica

Si la historia del notariado es parte del desarrollo de la humanidad misma, es porque responde a circunstancias y necesidades del ser humano. Por eso, la evolución histórica de los requisitos habilitantes para ejercer el notariado ha variado conforme el transcurso del tiempo y según las culturas, puesto que los requisitos para ejercer tan noble función, están sujetos a los hechos y a la cultura de las civilizaciones, según sea el caso.

Los autores de la materia, señalan que tres documentos históricos son los que han acompañado en el tiempo, el desarrollo del notariado, se refieren a la época romana del imperio que influyó poderosamente en la parte histórica. Esos documentos son:

- 1) La Constitución de Justiniano;
- 2) La Constitución de León el Filósofo; y,
- 3) La Constitución de Maximiliano I.

El primer documento, fue dado en Constantinopla, y pone de relieve el instrumento extendido por el Tabelión. Este estaba encargado de redactar los actos por cuenta de los particulares en la época de Justiniano, no los notarios, pero las leyes del imperio no le concedieron fe pública. La Constitución de Justiniano, Novela 76, Capítulo V, estatuye que para evitar que el otorgamiento fuera negado por la persona a la que perjudicaba, se imponía a los tabeliones la intervención personal en los contratos y la conservación de la scheda o minuta, sin encomendar este cuidado a los amanuenses.

El segundo documento, es la Constitución de León el Filósofo, Emperador de Oriente, llamado también el Sabio, (865-911), cuyo texto esta dividido en Capítulos. No se

conocía de ella sino un pequeño extracto, pero en el año 1894 fue encontrada completa (texto griego) entre los manuscritos de la biblioteca del vaticano por el abogado y notario de Manresa Don Juan Senpán o Sempau, texto que vertido al latín fue entregado a don Félix María Falguera, quien a su vez lo inserta, traducido al castellano, en su obra “Rolandino y sus obras”.<sup>35</sup>

Según el autor Félix María Falguera, en la segunda mitad del siglo IX, el Emperador de Oriente León VI el Filósofo, escribe la Constitución XXV, en la que hace un estudio sistemático de los tabularis (antes tabelión ahora notario). Este ordenamiento destaca:

- 1) La importancia del examen para el que pretende ingresar como tabulari;
- 2) Fija las cualidades físicas, jurídicas y morales de estos funcionarios;
- 3) Establece su colegiación obligatoria;
- 4) Fija un numerus clausus;
- 5) A cada uno les da una plaza; y,
- 6) Impone aranceles.<sup>36</sup>

En el capítulo primero, la Constitución de León, exige requisitos previos para el ingreso o accesión al cargo de tabulario (la traducción habla indistintamente de tabulario y tabellion), para que el aspirante “tenga el conocimiento y la ciencia de las leyes”; estipula que el aspirante no sea gárrulo o porfiado o de vida disoluta; recomienda la escogencia de ellos entre gente “prudente, juiciosa e inteligente”.

En el capítulo segundo establece como norma lecturas y libros necesarios a fin de capacitarlo en sus funciones. En el capítulo tercero ordena, que de ser admitido aspirante, deberá presentar juramento “Por Dios y por la salud de los Emperadores que no lo promovieron a este grado por gracia alguna o por favor, o parentesco o amistad”.

---

<sup>35</sup> Yáñez, Antonio Rafael. **Conceptos generales sobre el Notariado y su origen en Venezuela**. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Publicación No. 10. Noviembre y Diciembre de 1972. Pág. 4

<sup>36</sup> Citado por el tratadista: Bernardo Pérez Fernández del Castillo. **Derecho Notarial**. Editorial Porrúa. S.A. México 1993. Pág. 5.

Asimismo el Emperador señala otras condiciones en el orden moral para poder ingresar en el cuerpo de tabularios o en el notariado, y en cuanto al orden físico, exige exámenes en lo intelectual y físico con cuyas disposiciones se adelante a los regímenes notariales de los tiempos modernos. Fija las formalidades para la toma de posesión y otras que copiarán con el tiempo los reglamentos de los países donde es obligatorio el concurso y los tribunales de oposición.

Respecto a sus conocimientos jurídicos: “El candidato debe saber de memoria los cuarenta títulos del Manual de Ley y conocer los sesenta libros de los Basilicos; debe haber estudiado también la enciclopedia a fin de no cometer falta en la redacción o incurrir en error de lectura. Que se le proporcione tiempo suficiente para mostrar su capacidad intelectual y física.

Promesa por escrito de su mano que no ha de ser negligente, y si falta, sea expulsado de su puesto que no se le promueva a aquel puesto por favor, recomendación, parentesco o amistad, sino por virtud, conocimiento y plena aptitud para todas sus funciones.<sup>37</sup>

En cuanto a la Constitución de Maximiliano I de Alemania, dictada en Colonia en el año 1512. Recoge puntos fundamentales, tomados a la ligera, tales como: Que muchos notarios o escribanos, o por lo menos los que se entrometen en el oficio del notariado en el imperio, como lo hemos aprendido por la experiencia y lo que se a sabido por el clamor de muchos, resulta que son defectuosos e indignos. Es severa en el cumplimiento de sus disposiciones; impone la presencia de testigos: “cuyos nombres y apellidos se designen claramente; el notario debe ser rogado o requerido, y además le impone, en el cumplimiento de su oficio, que en presencia de testigos, vea y oiga: el consentimiento y la intención del contratante o del actuante y de cada una de las cosas en que han convenido las partes, ordena como requisito importante que el notario ante sí y los testigos, reciba, por lo menos, y lea a las partes los pactos, renunciaciones y cada

---

<sup>37</sup> Pérez Fernández, del Castillo, Bernardo. **Derecho Notarial**. Editorial Porrúa. S.A. Pág. 6.

una de las cláusulas en las cuales se funda la fuerza del acto ante él realizado; y produce que se exprese el consentimiento de todo ello; y después de firmados los contratos y los actos, no se puede añadir, quitar o mudar algo ni aún con el consentimiento de las partes; expresa que los notarios están obligados a publicar documentos de los actos realizados en su presencia, cuando sean requeridos por los interesados, sus percusores o herederos. Como lo dijera el maestro argentino Mustápic, “con la Constitución de Maximiliano I de Alemania se asientan los principios fundamentales del notariado moderno, en su carácter de funcionario público investido de la fe pública”.<sup>38</sup>

### 3.2 Historia de los requisitos habilitantes para ejercer la función notarial en México

En México, la Ley Central de 1853, de Don Antonio López de Santana, que expidió el 16 de diciembre de 1853 la “Ley para Arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común”, para todo el país, incluyó en su título octavo, constituye la primera una organización para los escribanos. Se exigen al “escribano público de la nación” los requisitos siguientes:

1. Ser mayor de 25 años de edad;
2. Tener escritura de forma clara;
3. Conocimiento de gramática y aritmética; y,
4. Haber cursado 2 años de una de las materias del Derecho Civil relacionada con la escribanía, y otra de práctica forense y otorgamiento de documentos públicos;
5. Practica de 2 años;
6. Honradez y fidelidad;
7. Aprobar un examen ante el supremo tribunal;
8. Obtener el título del supremo gobierno;
9. Obligado a la inscripción del título en el colegio de escribanos, así como el uso de la firma y signo determinados y además inscritos en el colegio.

---

<sup>38</sup> Op. Cit. Pág. 5.

Conserva a los escribanos actuarios para el servicio de los tribunales y les encomienda el ejercicio de los oficios de hipoteca. Un aspecto muy interesante de esa ley, es que declara en vigor todas las disposiciones legales anteriores, sean castellanas o nacionales.<sup>39</sup> Continúa el tratadista Carral y de Teresa, posteriormente, la ley de 1867, se llama “Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del D.F.”.

Dicha ley señala que los requisitos de ingreso para los notarios son:

1. Ser abogado o bien;
2. Haber cursado 2 años de preparatoria;
3. Más de 2 estudios de profesionales, que incluyan cursos elementales de derecho civil, mercantil, procesal y notarial.

Esta era la carrera de escribano, según la Ley de Instrucción Pública. Había que ser ciudadano mexicano por nacimiento no menor de 25 años, sin impedimento físico habitual, ni haber sido condenado a pena corporal, y tener buenas costumbres y conducta que inspire al público la confianza en él depositada. Además tenía que pasar un primer examen de 2 horas, ante el colegio; y aprobado, presentar un segundo, ante el tribunal superior de justicia, que duraba una hora. Con la certificación del tribunal ocurría por su título al gobierno para que pudiera él expedir el “fiat”. No había limitaciones de número y su jurisdicción era toda la entidad.

Actualmente en México, es el ejecutivo quien autoriza crear notarias, según las necesidades de la entidad, y las que se creen tendrán que ser provistas por oposición. Este sistema de oposición, obliga a todos los aspirantes al notariado, a prepararse técnicamente, tanto en la teoría como en la práctica, para estar en aptitud de hacer un buen papel en esos exámenes, ya que aunque el suyo sea brillante, no le dará derecho a ocupar la vacante, si no es aún más brillante que el de los demás aspirantes que se presenten a la oposición.

---

<sup>39</sup> Carral y de Teresa, Luís. **Derecho Notarial y Derecho Registral**. Editorial Porrúa. S.A. Decimotercera Edición. México. 1995. Pág. 31

### 3.3 Requisitos habilitantes para ejercer la función notarial en la legislación comparada centroamericana

Es de advertir que los países centroamericanos por ser dependientes de España, se implantó su derecho, por tal razón la evolución histórica de esos requisitos habilitantes podemos considerarlos a continuación.

#### 3.3.1 Historia en Panamá

El territorio de los que es hoy la República de Panamá, formó parte de Colombia desde el cese de la soberanía española hasta la independencia de la primera en 1903. Por consiguiente, la historia del notariado panameño es la del notariado colombiano hasta la fecha última indicada.<sup>40</sup>

El derecho español continuó rigiendo en Colombia en lo relativo a las escribanías judiciales y notarias hasta que el congreso de la Nueva Granada aprobó la ley del 29 de marzo de 1852 que estableció el oficio de notario público para recibir, extender y dar fehacientemente las obligaciones y derechos nacidos de su contenido.

No se exigía, para ser notario, otros requisitos de capacidad que saber leer y escribir correctamente, se creó una notaria en cada cantón, aunque, de considerarlo necesario, la cámara de provincia podía aumentar su número. El notario no podía ejercer su ministerio fuera del área del cantón so pena de nulidad de los actos que autorizara. Los libros del notario eran de tres clases: el minutario, donde asentaba las estipulaciones que los interesados le comunicarán para redactar, conforme a ellas, el instrumento correspondiente; el registro, donde se insertaba el texto íntegro del acto o contrato autorizado por el notario; y la lista civil, para inscribir en ella los matrimonios, nacimientos, legitimaciones y reconocimientos de hijos naturales que tuvieran lugar

---

<sup>40</sup> Salas, Oscar. **Op. Cit.** Pág. 46

dentro del cantón, debiendo remitir, anualmente, al registrador de instrumentos respectivos, copia de todas las inscripciones practicadas en dicha lista civil.<sup>41</sup>

El minutario y registro no debían ser mostrados sino a las partes, sus herederos o apoderados, salvo que las primeras dispusieran que se exhibieran a cualquier persona. Las copias de los instrumentos debían expedirse dentro del término de cien días y después de ese término solo podían serlo por orden judicial.

En el año 1970, fue creada una notaria especial en el circuito notarial de Panamá, para la recepción, extensión y autorización de las declaraciones, actos y contratos celebrados con el instituto de vivienda y turismo. El notario y empleados subalternos serán de libre nombramiento y remoción del Gobierno nacional y percibirán sueldos de dicho instituto.

Los notarios son nombrados libremente por el poder ejecutivo por un periodo de cuatro años. Aunque el Código Administrativo no requiera para ser nombrado notario otros requisitos intelectuales que ser versado en la ciencia del derecho en cuanto se refiera al ramo; una reforma de 1961, modificó exigiendo, para ser notario de los circuitos de Panamá y Colón, principal o suplente, las mismas condiciones que para ser magistrado de la corte suprema de justicia, y en los demás circuitos, ser graduado en Derecho en el país o en el extranjero y poseer certificado de la idoneidad expedido por la corte suprema de justicia para ejercer la abogacía en los tribunales del país.

El notario panameño depende mucho de la administración. Tendrá las mismas horas de despacho público señaladas para los demás empleados públicos. La entrega y el inventario del archivo al notario deberán ser autorizados por el gobernador, que visitará a los notarios dos veces al año para examinar los libros y documentos del archivo. El orden, aseo y seguridad de la oficina, y el método que usa el notario en el otorgamiento de los instrumentos, y a indicarle las reformas y mejoras que puede hacer conforme a la

---

<sup>41</sup> Salas, Oscar. **Op. Cit.** Pág. 47

ley y a dictar las providencias que el funcionario visitador estime conducente en el caso de encontrar alguna falta que haga responsable al notario visitado.<sup>42</sup>

El notario panameño, más tiene una ubicación como funcionario público, y no como profesional liberal, pues, su naturaleza es la de un funcionario, depende de la burocracia estatal, quien lo fiscaliza; no es un órgano independiente del organismo judicial, colegio de notarios; si no, más bien, lo fiscaliza el gobernador que forma parte del organismo ejecutivo. Otra razón es porque, la regulación legal de la función notarial panameña es que dependía del notariado colombiano y no necesariamente de Centro América.

Como elemento histórico común al notariado centroamericano, es que el notario panameño, también ejerce una función fedataria como en los demás países del área.

### 3.3.2 Historia en Costa Rica

En Costa Rica, según Sáenz R., había tres clases de escribanos:

1. El escribano público o de gobierno.
2. El escribano público de registro de minas (con asiento en la ciudad de Cartago);  
y
3. El notario eclesiástico.

Antiguamente, entre los requisitos habilitantes necesarios para ejercer la escribanía eran: a) saber leer, escribir y firmar; b) tener dinero suficiente para la adquisición de la escribanía (que se subastaba públicamente al mejor postor).

La legislación española continuó rigiendo en lo relativo al Derecho Notarial hasta el año 1824 cuando por decreto ejecutivo, se regularon las escribanías.<sup>43</sup> Estas disposiciones

---

<sup>42</sup> **Ibidem.** Pág. 49

fueron así, puesto que nuestros pueblos fueron colonias de España, y por tanto, se sometieron a la legislación notarial española que siempre fue discriminatoria y clasista.

Actualmente, el Código Notarial de Costa Rica, regula, en su Capítulo II, lo atinente a requisitos e impedimentos para ejercer el notariado público.

Artículo 3. Requisitos. Para ser notario público y ejercer como tal, deben reunirse los siguientes requisitos:

- a) Ser de buena conducta.
- b) No tener impedimento legal para el ejercicio del cargo.
- c) Ser licenciado en Derecho, con el postgrado en Derecho Notarial y Registral, graduado de una universidad reconocida por las autoridades educativas competentes; además, haber estado incorporado al colegio de abogados de Costa Rica al menos durante dos años y, con la misma antelación haber solicitado la habilitación para ejercer el cargo.
- d) Poseer residencia fija en el país, salvo los notarios consulares.
- e) Tener oficina abierta al público en Costa Rica, excepto si se trata de notarios consulares.
- f) Hablar, entender y escribir correctamente el español.
- g) Los extranjeros que cumplan con los requisitos anteriores podrán ejercer el notariado siempre que en su país de origen se otorgue el mismo beneficio a los notarios costarricenses, en igualdad de condiciones.

### Capítulo III.

#### Inscripción de los Notarios

Artículo 10. Solicitud de inscripción. La persona interesada en que se le autorice para ejercer la función notarial, deberá solicitarlo por escrito a la dirección nacional de notariado.

---

<sup>43</sup> Salas, Oscar. **Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá**. Editorial Costa Rica. Pág. 30

La solicitud deberá acompañarse de los siguientes documentos:

- a) El título que lo acredite como abogado inscrito en su colegio, con dos años en el ejercicio de la profesión.
- b) El título de especialista en Derecho Notarial y Registral.
- c) La dirección exacta del domicilio y el número de teléfono, facsímile, correo electrónico o apartado postal, si lo tuviere.
- d) La indicación del lugar donde tiene abierta al público su oficina notarial.
- e) Una fotografía tamaño pasaporte, reciente y de buena calidad, que deberá agregarse a su expediente.
- f) Una declaración jurada del interesado de que no tiene ninguno de los impedimentos señalados en el artículo 4 de este código.
- g) La cédula de identidad o el documento de identificación, el cual se le devolverá en el acto, una vez que se haya obtenido una copia.

Este país, tiene más desarrollado el sistema notariado centroamericano, en comparación con los demás países del área, por cuanto, el nivel técnico y científico que exige el ejercicio de dicha función, es más elevado y completo; pues requiere de una formación y capacitación plena. Según se aprecia, entre los requisitos habilitantes para ejercer la noble función notarial, exige el título de Licenciado en Derecho con Postgrado en Derecho Notarial y Registral, graduado de una universidad reconocida por las autoridades competentes. El notario costarricense, garantiza una formación teórica y científica en el ejercicio de su ministerio.

Cabe resaltar que dentro de sus avances y desarrollo, Costa Rica también incluye un sistema de modernización registral, el que se encuentra actualizado desde hace más de quince años.

### 3.3.3 Historia de Nicaragua

En Nicaragua, no obstante existir las escribanías públicas desde principios del siglo XVI, la primera expresión normativa del Derecho Notarial en Nicaragua, fue el decreto legislativo de 1853, que señaló las cualidades que debía reunir un escribano, a saber:

1. Ser seglar;
2. De veinticinco años;
3. Ser cristiano católico;
4. De buena moralidad y costumbres; y
5. Poseer los conocimientos necesarios.

Esto último se probaba con atestado de haber cursado derecho a lo menos por dos años y de haber practicado otros dos o más con un letrado o escribano en ejercicio en una judicatura de primera instancia. Se requería además el fiat del poder legislativo y un examen público en corte plena.

La Asamblea Constituyente que promulgó la Constitución de 1858 aprobó un acuerdo ejecutivo disponiendo la forma en que se extenderían los títulos de los escribanos públicos de Nicaragua en el que figuraba el signo que debían usar. Cabe resaltar que fue en el Código de Procedimiento Civil de 1871 y su segunda edición de 1884 dedicó su Título III al tema de la cartulación, contenido en un capítulo único titulado “de los funcionarios que cartulan y de las formalidades de los instrumentos públicos”.<sup>44</sup>

Actualmente, la Ley del Notariado de Nicaragua, en su capítulo I, establece:

Artículo 6. Tienen autorización para cartular:

1. Los notarios públicos.

---

<sup>44</sup> *Ibidem*. Pág. 45

2. Los jueces de distrito de lo civil y locales del mismo ramo, pero solamente como jueces, en el protocolo del juzgado y en los actos y contratos en que haya habido necesidad de su intervención judicial para la verificación de los mismos.
3. Los jueces locales de lo civil de los municipios que no sean cabecera de distrito judicial en los departamentos de Zelaya, Jinotega y Río San Juan, sino hubiere notario en ejercicio en el lugar de asiento del juzgado; pero solamente podrán autorizar en el protocolo del juzgado y dentro de su jurisdicción territorial, actos y contratos cuyo valor no exceda de su competencia por razón de la cuantía, aunque no resultaren de sus actuaciones judiciales. No podrán sin embargo, autorizar testamentos ni actos o contratos de valor indeterminado.
4. Todos los jueces locales de lo civil de la república, de municipios que no sean cabeceras de distrito judicial, pero únicamente para autenticar las firmas de los contratos de prenda agraria o industrial, cuando el contrato se otorgue en documento privado o una de las partes sea un banco Autorizado o ente autónomo del Estado, y las firmas de los documentos privados y de los contratos de arrendamiento relacionados con aquellos, cualquiera que fuere su valor; la autenticación la hará constar al pie del documento y podrán en el protocolo del juzgado la correspondiente razón. En los casos de este inciso y en los de los dos anteriores, los jueces actuarán con el secretario del despacho. Cuando las funciones civiles y criminales se desempeñaren por una sola persona, ésta será considerada para la facultad de cartular como si únicamente ejerciere las civiles. Los jueces locales de lo civil formularán el índice y enviarán en el mes de enero de cada año el protocolo del año anterior al correspondiente juez de lo civil del distrito, para que éste lo haga llegar al registro público del departamento, donde quedarán depositados, aplicándose para la expedición de testimonios lo dispuesto en la última parte del artículo 4 de la Ley del Notariado. Los jueces partidarios no podrán, en las enajenaciones que se efectuaren por su conducto, autorizar actos o contratos de ninguna clase relativos a la partición de los bienes en que intervengan.

En tanto que el capítulo II, en relación a los requisitos para el ejercicio del notariado, señala:

El Artículo 10. Los notarios son ministros de fe pública, encargados de redactar, autorizar y guardar en sus archivos los instrumentos que ante ellos se otorgaren; y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende.

Para que un notario recibido o incorporado pueda proceder al ejercicio de su profesión, es menester que la corte suprema de justicia, lo autorice para ello mediante el lleno de los siguientes requisitos:

- a) Que el solicitante sea mayor de veintiún años
- b) Que acompañe el título académico extendido por la facultad, y si es extranjero, el decreto gubernativo del reconocimiento de aquel.
- c) Que compruebe que está en el uso de sus derechos civiles y políticos.
- d) Que justifique ser de notoria honradez y buena conducta, con el testimonio de tres testigos que le conozcan, por lo menos, dos años antes de la fecha de la solicitud al tribunal. El tribunal designará estos testigos.

Adicional a los anteriores requisitos, la ley del 25 de febrero de 1963, en su Artículo 2 establece que para ejercer las funciones de notario, se requiere: además de los requisitos señalados en el capítulo II de la Ley del Notariado, garantizar la responsabilidad con hipoteca o fianza por valor de diez mil córdobas. Esta disposición comprende a los notarios que cartulen como jueces cuando hubiere otros notarios en el lugar.

Se concluye entonces, que el sistema notarial de Nicaragua y Guatemala presenta similitudes en cuanto a los requisitos para ejercer la función notarial; en ambos países se requiere ser mayor de edad; tener el título académico expedido por la facultad respectiva, estar en el uso de sus derechos civiles y políticos; excepcionalmente le es autorizado a los jueces de primera instancia ejercer la función notarial; registrar el título facultativo en la corte suprema de justicia. Salvo dos diferencias, que tanto Nicaragua y

Honduras, exige que el notario garantice su responsabilidad con hipoteca o fianza por valor de diez mil córdobas, requisitos que en Guatemala, Costa Rica, Panamá y el Salvador, según se vera mas adelante no exige este requisito; otro es que el notario guatemalteco es juramentado por el colegio de abogados y notarios de Guatemala.

#### 3.3.4 Historia de Honduras

Después de firmada el acta de independencia centroamericana, la función notarial continuó encomendada a los antiguos escribanos, y, a falta de ellos, a los alcaldes judiciales hasta que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1833, se confirió a los alcaldes constitucionales de los pueblos, quienes podían autorizar testamentos, poderes, escrituras, justificaciones ad perpetuam y demás diligencias judiciales en que no hay todavía oposición. En cuanto a las formalidades externas e internas de los instrumentos públicos continuaron regidas por la novísima recopilación y las siete partidas.

Según decreto legislativo del 21 de febrero de 1866 con la mira de expedir la administración de justicia y de establecer en el ejercicio del foro la intervención de personas de fe pública para autorizar los diversos actos de la vida civil, estableció en la república el oficio de escribano; para ser recibido en el cual, se exigía haber adquirido la instrucción suficiente, lo que se probaba mediante examen por corte suprema (plena) de justicia, haber practicado cuatro años con un escribano, gozar de buena reputación, lo que se investigaba, en información secreta del pretendiente, por la misma corte y prestar fianza de mil pesos. Los abogados solamente requerían acreditar su buena reputación y prestar fianza. Igual exención del examen era concedida a quienes se hubieran ejercitado en los oficios del foro por más de diez años, ya sea en los juzgados de primera instancia, sirviéndoles, o en los tribunales superiores, siendo miembro de ellos, o en conceptos de procuradores.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Decreto del Congreso del 22 de febrero de 1868.

Actualmente, la Ley del Notariado de Honduras, en el capítulo II, en lo relativo a los requisitos para el ejercicio del notariado, señala:

Artículo 4. Para ejercer el notariado se requiere:

1. Ser abogado, o haber adquirido el título de notario, conforme a la ley;
2. Ser mayor de veintiún años, ciudadano hondureño en ejercicio de sus derechos y del estado seglar; y
3. Haber obtenido el correspondiente exequátur de la corte suprema de justicia y haber prestado la promesa constitucional.

Según el diccionario de Guillermo Cabanellas, Exequátur, del latín exequátur, que ejecute o cumplimente, en ciertos países, como Francia, es fórmula judicial para hacer posible la ejecución de fallos y resoluciones dictadas en país extranjero.<sup>46</sup>

Estos requisitos habilitantes, coinciden con los que exige el sistema notarial de Nicaragua, Honduras, Guatemala y Costa Rica; salvo los dos primeros países, que además exigen prestar una fianza; y, lo que en los dos últimos no exige este requisito; más si requiere ser de notoria honradez, domiciliado y con residencia en su república respectivamente.

Podemos concluir, que en la mayoría de países centroamericanos no existe realmente un sistema notarial desarrollado, porque en cada una de las legislaciones presenta el problema, que no exige la especialización para ejercer el notariado, no exige la imparcialidad como atributo importante; aun hay países donde el juez ejerce funciones jurisdiccionales y notariales, tales como: Honduras, Guatemala, el profesional ejerce simultáneamente los títulos de abogado y notario, lo que resulta incompatible dentro de un estado democrático de Derecho.

---

<sup>46</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de Derecho Usual**. Editorial Eliasta. SRL. T II. Pág. 146

Cabe resaltar que el único país centroamericano que a mi juicio posee un sistema de notariado avanzado, es Costa Rica, puesto que su ley notarial, categoriza la especialización del notariado como un requisito fundamental para su ejercicio, toda vez que el notario no pueda ejercer su función notarial, si no a cumplido con los estudios de maestría en derecho notarial y registral.

### 3.3.5 Historia en El Salvador

En el Salvador, aún después de la disolución de la República Federal de Centroamérica, el notariado salvadoreño continuó rigiéndose por las leyes españolas y de Indias, modificadas por los decretos de la Asamblea Nacional Constituyente de las Provincias Unidas del Centro de América. En un momento, se dio un retroceso, por fortuna temporal, en la evolución del notariado salvadoreño, fue la abolición de los escribanos, dispuesta por el decreto legislativo de fecha 7 de marzo de 1837, en la que las funciones notariales fueron conferidas a los jueces de primera instancia, por ser peculiar de estos, y se prohibió expresamente a los alcaldes la cartulación. Este normativo no dio resultado, y en menos de cuatro años después fueron restablecidas.

El preámbulo del decreto de fecha 4 de febrero de 1841 explicaba que, como consecuencia de dicha supresión, el público no recibía un buen servicio, en la práctica de la cartulación. Concluía dicho preámbulo, no se advertían ventajas en dicha supresión, pues no se obtenía mayor seguridad ya en la custodia de sus registros (protocolos) o ya porque la responsabilidad no podría hacerse efectiva en los jueces de primera instancia. En consecuencia, se permitió a los antiguos escribanos volver a ejercer como tales sin necesidad de nuevo examen. Se dispuso que, antes de ser admitidos a examen, quienes aspiran al cargo de escribanos, probaran plenamente su buena conducta pública, oyéndose el informe de las autoridades locales en su vecindad. Se dispuso la vista anual de un magistrado a los registros de escribanos y que se procediera contar ellos, por las faltas o excesos en el ejercicio de sus funciones.

Hay que destacar el momento histórico y crítico del sistema notarial salvadoreño, en la que mediante el decreto legislativo de fecha 7 de marzo de 1837, se dispuso la abolición de los escribanos, y la función notarial fue conferida a los jueces de primera instancia; cambio que únicamente se dio en este país, más no en los demás países centroamericanos.

Actualmente, la Ley del Notariado de El Salvador regula en el capítulo I, el tema de la función pública del notariado:

Artículo 4. Solo podrán ejercer la función del notariado quienes estén autorizados por la corte suprema de justicia, de conformidad con la ley.

Para obtener esta autorización se requiere:

1. Ser salvadoreño;
2. Estar autorizado para el ejercicio de la profesión de abogado en la república;
3. Someterse a examen de suficiencia en la corte suprema de justicia, aquellos salvadoreños que hubieren obtenido su título universitario en el extranjero. También podrán obtener dicha autorización, los centroamericanos autorizados para ejercer la abogacía, en la república, que tengan dos años de residencia en El Salvador, por lo menos, que no estén, inhabilitados para ejercer el notariado en su país y siempre que en este último pueden ejercer dicha función los salvadoreños, sin más requisitos que los similares a los que establece este artículo.

En este caso, la legislación notarial salvadoreña y guatemalteca, exige que se tenga la calidad de nacionalidad de origen para ejercer la función notarial, es decir ser guatemalteco natural, ser salvadoreño, requisito que el país de Honduras, no necesariamente lo exige; vale señalar que en El Salvador, exige que el aspirante al ejercicio de la función notarial, debe someterse a un examen por suficiencia en la corte suprema de justicia; requisito que en los demás países del área no lo regula.

### 3.3.6 Historia en Guatemala

En Guatemala, según el decreto legislativo del 10 de junio de 1825, señaló, entre las atribuciones de la corte suprema de justicia, las de realizar el examen y recibimiento de los escribanos públicos. El aspirante debía ocurrir a la municipalidad para que se instruyera las diligencias correspondientes, tras lo cual pasaba el expediente al jefe departamental quien, por si mismo, y con citación y audiencia del síndico, debía seguir una información de siete testigos entre los vecinos de mejor nota por su probidad. Estos vecinos eran examinados acerca del conocimiento que tenían del candidato, su moralidad, desinterés, rectitud, y otras virtudes políticas que lo hagan acreedor a la confianza pública.

El candidato debía probar, además ser ciudadano mayor de edad, en el goce de sus derechos civiles, con arraigo en el Estado y medios conocidos de subsistir. Concluida esta prueba, se pasaba de nuevo el expediente a la municipalidad que daría vista al síndico y con su pedimento y un circunspecto análisis del expediente, acordaba su resolución con las dos terceras partes de los votos. En el caso de obtener resolución favorable se pasaba ésta al supremo gobierno para la concesión del fiat.

Actualmente el Artículo 2 del Código de Notariado preceptúa: Para ejercer el notariado se requiere:

1. Ser guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar, y domiciliado en la república, salvo lo dispuesto en el inciso 2º del inciso 6º.
2. Haber obtenido el título facultativo en la república o la incorporación con arreglo a la ley;
3. Haber registrado en la corte suprema de justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales.
4. Ser de notoria honradez.

En resumen, podemos concluir, que en la mayoría de países centroamericanos se requiere como requisitos habilitantes para ejercer la función notarial; tener la

nacionalidad de origen, tanto en Guatemala y el Salvador, en los países restantes no regula este requisito; ser de buena conducta o notoria honradez, caso de Guatemala y Costa Rica; y que los demás países no lo exige; estos dos países exigen también estar domiciliado y tener residencia en su país; cosa que en los demás no lo regula claramente; en Nicaragua y Honduras, exige prestar una fianza, en los demás países no lo requiere; tanto Nicaragua y Guatemala, exige al aspirante sea del estado seglar o se católico; los demás, no lo requieren; precisa destacar que el Salvador, exige que el aspirante a tan noble profesión, se someta a un examen por suficiencia en la corte suprema de justicia, situación que en los demás países no lo exige.

Según se analiza, el país centroamericano que tiene un sistema notarial desarrollado, es Costa Rica; porque, es el único, que exige como novedad a los países restantes, ser licenciado en derecho, con el postgrado en Derecho Notarial y Registral; tener oficina abierta al público, hablar, entender y escribir correctamente el español; puntos éstos que en los demás países no lo recoge en las legislaciones. Lo relevante, es la institucionalización; requisitos que los demás países del área no lo regulan.

Es de destacar, que hay países donde el juez ejerce funciones jurisdiccionales y notariales, como, Guatemala y Nicaragua, en Guatemala, el profesional ejerce simultáneamente los títulos de abogado y notario, lo que resulta incompatible dentro de un Estado democrático de derecho.



## **CAPÍTULO IV**

### **4. Situación que presenta el sistema notarial guatemalteco**

#### 4.1 Situación que presenta el sistema notarial guatemalteco

Como se sabe, el Estado guatemalteco es el responsable de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz; es el obligado a la promoción del bien común, al desarrollo político, social, cultural y jurídico del país a través de sus principales instituciones jurídicas.

En esa orientación jurídica, la armonía y la paz social es producto del desarrollo de un Estado democrático de derecho, donde los gobernantes aseguran la preeminencia del imperio de la ley, el principio de legalidad, la división de poderes, y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana. En ese sentido, el notario en ejercicio de la facultad fedante que le ha sido dado por la ley y la función notarial, garantiza y contribuye a esa paz social, por cuanto, producto de su función resulta el equilibrio, la armonía social y la seguridad jurídica como parte que entraña su obligación profesional.

En efecto, en la medida que uno sea capaz de negarse a construir y autorizar un instrumento público imperfecto cuando esto no proceda, se está contribuyendo con nuestra noble profesión de notario y con la misma sociedad, en brindar la tan anhelada seguridad jurídica y paz social. Es por esa razón que se justifica la reforma al sistema notarial guatemalteco.

Abordar éste tema implica, necesariamente de conocer en una radiografía jurídica, cuales son los principales problemas de orden técnico, científico, legal y humano, que presenta el sistema de notariado guatemalteco, que indiscutiblemente incide en el ejercicio de la función notarial. Aunque entiendo que es un tema sensible al gremio de abogados y notarios, que generalmente se resisten a reformas al sistema jurídico

guatemalteco, pero son cambios que la realidad jurídico-social exige para reorientar y mejorar la función notarial; y que desempeña un papel importante en la reconstrucción y desarrollo económico y social del país.

En este sentido, cabe conocer que el Derecho Notarial se define como: “El conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público”.<sup>47</sup> Doctrina, es el análisis y desarrollo de las principales teorías e instituciones notariales, son el mejor aporte científico que los expertos y estudiosos del derecho aportan a la ciencia notarial. Las normas jurídicas, son las principales instituciones y procedimientos notariales, están regulados sistemáticamente en un Código de Notariado aprobado por el congreso de la república. Así también, la organización del notariado, es parte fundamental en el derecho notarial, son normas relativas al titular de la función notarial: el escribano o notario.

En este campo se estudia los requisitos habilitantes para el ingreso y ejercicio del notariado, los impedimentos e incompatibilidades para el ejercicio del notariado, la competencia notarial y lo referente a la responsabilidad civil, penal y profesional a que está sujeto.

En esa orientación jurídica, cabe decir que si revisamos el sistema notariado guatemalteco con relación a la organización del notariado; encontramos que como requisito habilitante para ejercer el notariado no exige la especialización del notario, como una condición sine quanon para cumplir con los elementos fundamentales que garanticen el ejercicio auténtico de la función notarial.

#### 4.2 Problemas que presenta el sistema notarial guatemalteco

Dentro de los diversos problemas que presenta el sistema notarial guatemalteco, se puede mencionar:

---

<sup>47</sup> Salas, Oscar A. **Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá**. Editorial Costa Rica. Pág. 15

#### 4.2.1 Problema funcional

El principal problema del sistema notarial guatemalteco, radica precisamente en el estudio y ejercicio simultáneo de los títulos de abogado y notario; que por naturaleza en el ejercicio son completamente incompatibles. Ello, porque no se concibe a un notario, que desarrolle su función notarial en forma parcial, siendo éste imparcial, como característica principal de su actividad notarial, y menos aún exigirle a un abogado que sea imparcial, si la naturaleza de su función le impone un deber de parcialidad en el ejercicio de su ministerio.

#### 4.2.2 Problemas legales

La legislación notarial no exige estrictamente la formación y capacitación para ejercer el notariado, otro punto, es que no define las principales instituciones de nuestra disciplina científica; no define al principal protagonista de la función notarial, el notario, no define el instrumento público, también, el Código de Notariado, no regula ninguna norma que exija la especialización para ejercer la función notarial, como ocurre en la ley notarial de otros países. Tampoco instituye un procedimiento eficaz de fiscalización y sanción a los notarios que violan la ley, los principios y la fe pública notarial.

#### 4.2.3 Problemas de formación y capacitación jurídica

El actual sistema notarial guatemalteco, no exige estrictamente la formación y capacitación para ejercer el notariado. Ello porque si revisamos el articulado del Código de Notariado, por un lado, no encontramos ninguna norma que exija la especialización para ejercer la función notarial, como ocurre en la ley notarial de otros países.

Este punto se establece al revisar, el Artículo 2 del Código de Notariado, entre los requisitos para ejercer el notariado está: “haber obtenido el título facultativo en la república o la incorporación con arreglo a la ley...”, la cual como se sabe el título facultativo se obtiene simultáneamente con el título de abogado.

Si se revisa el pensum de estudios de cada una de las facultades de ciencias jurídicas y sociales de las universidades del país, se establece que no hay suficiente formación y capacitación del estudiante y futuro notario. En el caso de la Universidad Nacional, San Carlos de Guatemala, reciben cuatro cursos de derecho notarial:

1. Derecho Notarial I.
2. Derecho Notarial II.
3. Derecho Notarial III.
4. Derecho Notarial IV.

Cabe agregar que también se imparte el curso de Derecho Registral como complemento de los cursos de pre-especialización que forman parte del nuevo pensum de estudios de tan prestigiosa casa de estudios.

Mientras en la Universidad Rafael Landívar, se estudian tres cursos, desde el octavo al décimo semestre, además de dos clínicas de notariado (cursos complementarios); en la Universidad Francisco Marroquín, también tres cursos de derecho notarial, desde el octavo al décimo semestre. En la Universidad Mariano Gálvez, tres cursos de derecho notarial, desde el noveno al décimo primer semestre.<sup>48</sup> En igual sentido esta en la Universidad Rural, donde reciben únicamente dos cursos de derecho notarial. Lo anterior refleja realmente una raquítica formación técnica y científica del notariado guatemalteco, que no garantiza a cabalidad los principios y funciones que inspiran la función notarial.

#### 4.2.4 Problema técnico-práctico

Como lo señala el autor Carlos Eduardo B. en su obra: *Clínica Jurídica y Enseñanza práctica*: “No es suficiente solo conocer (teoría) ni hacer (práctica), es preciso también hacer (técnica). En el caso del notariado guatemalteco, existe una ausencia total en el

---

<sup>48</sup> Muñoz, Nery Roberto. **Introducción al estudio del Derecho Notarial**. Guatemala C.A. Editorial Mayte. Pág. 70

conocimiento y especialización del Derecho Notarial, tanto en los aspectos técnico-práctico y teórico-práctico, que naturalmente no garantiza el ejercicio de la función notarial. Aspectos éstos, que a mi juicio deben ser requisitos fundamentales, previo a ingresar al notariado guatemalteco.

Por otro lado, si revisamos la ley, ésta exigencia importante no lo determina la legislación vigente; tal como lo recomiendan las mismas resoluciones y recomendaciones emitidas por los diversos congresos internacionales del notariado latino, no obstante que Guatemala es un país miembro de dicha institución internacional. Esta circunstancia incide negativamente en el ejercicio, en virtud que el notario en la práctica no garantiza plenamente el conocimiento técnico-práctico que requiere para lograr los objetivos y funciones notariales.

#### 4.2.5 Problema científico

El conocimiento pleno de los principios y funciones notariales; leyes, (Código de Notariado, Código Civil, Ley del Impuesto Único Sobre Inmuebles, Ley del Impuesto Único al Valor Agregado, Ley de Herencia Legados y Donaciones, Código de Comercio, Bolsa de Valores), constituyen la medula espinal para ejercer el notariado; sin esa preparación científica el notario no podrá inspirar seguridad jurídica en su delicada misión al ejercer la fe pública notarial.

#### 4.2.6 Problema de formación moral

Según el diccionario de la lengua española, señala: que la ética, es parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre. Tiene que ver entonces con reglas de conducta de las personas, tanto en el fuero interno de las personas, y de los deberes para con los demás, que dependerán de cómo es la actuación, así será si puede ser susceptible de sanción.

En cuanto a la moral, es todo lo que no concierne al orden jurídico sino al fuero interno o al respeto humano.

Los postulados que instituye el Código de Ética Profesional vigente, son: probidad, decoro, prudencia, lealtad, independencia, veracidad, juridicidad, justicia, de abstención en litigios, secreto profesional, cobro adecuado, respeto a la competencia territorial. Aunque los principios relacionados, son aplicables mas a los abogados que a los notarios, debiendo adaptarse por analogía a éste último, según el Artículo 37 del citado Código, señala: “Los postulados, derechos, deberes y obligaciones que queden explicitados anteriormente, deben ser también observados por los notarios”.

En ese sentido, la formación académica es fundamental para todo notario, sin embargo, cabe destacar que también la formación ética y moral en los profesionales que ejercen la función notarial, debe darse en sentido amplio y fuerte. Según se analiza los pensum de estudios de las Universidades del país, con excepción de la Universidad Rafael Landívar, que tiene un curso de Ética Profesional para sus estudiantes; las demás Universidades no contemplan en el pensum de estudios ni un solo curso para la formación deontológico de los futuros notarios.

La inobservancia de la ética y la moral en la práctica forense se refleja en la realidad, debido al ejercicio irresponsable de algunos notarios; que han sembrado la incertidumbre y zozobra, que abusan y ponen en riesgo la fe pública notarial que es el alma de la función notarial; atentando contra la existencia misma del sistema notarial guatemalteco.

#### 4.2.7 Problema cultural

Un problema que también presenta el sistema de notariado guatemalteco, es que el marco del ejercicio de la función notarial; no toma en cuenta que la nación guatemalteca, tiene la característica de ser multiétnica, pluricultural y multilingüe; un

país, con diversas etnias que tiene diferentes idiomas, pensamientos, y manera de desarrollarse económica, social, política y culturalmente.

#### 4.2.8 Problema de fiscalización notarial

El actual Código de Notariado, no regula un sistema eficaz para fiscalizar el ejercicio de la función notarial, como tampoco instituye un procedimiento práctico y viable para sancionar a los notarios que violan la ley. Lo anterior se confirma, porque en la realidad, el archivo general de protocolos no cumple con esa función de fiscalización que la ley le ha asignado.

#### 4.2.9 Falta de un colegio de notarios de Guatemala

La ausencia de un colegio de notarios de Guatemala, también incide negativamente en un régimen adecuado en el desarrollo del notariado guatemalteco. Porque las funciones del actual colegio de abogados y notarios, se preocupara más por los abogados que de los notarios. El hecho que los postulados regulados en el Código de Ética Profesional sean más aplicables a éstos, es otro claro ejemplo de la incidencia negativa de la despreocupación del sistema notarial guatemalteco. Que no haya un régimen de elección para el registrador general de la propiedad inmueble, mercantil, industrial, donde tenga participación el colegio de notarios de Guatemala es otro ejemplo.

#### 4.3 Problemas del ejercicio profesional en Guatemala

La profesión de notario, en Guatemala, se ejerce bajo el sistema de libre establecimiento, toda vez que la fe pública que el Estado le otorga al notario guatemalteco no está delimitada o restringida a determinado territorio. En otras palabras, el notario guatemalteco puede ejercer su función notarial en cualquier parte del territorio guatemalteco, inclusive en el extranjero, en el caso de los actos y contratos que hayan de surtir efectos en territorio guatemalteco.

Adicionalmente a ello, el notario guatemalteco es abogado y, en tal virtud, tiene la dualidad, en el ejercicio de su función, de ser abogado y notario.

El notario guatemalteco, por delegación del Estado, es depositario del protocolo, el cual consiste en la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolización, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con la ley.

Tomando en cuenta el sistema de libre establecimiento, el notario puede trasladarse, temporal o permanentemente, a cualquier región del territorio guatemalteco, llevando consigo el protocolo, del que es depositario, lo que demanda una altísima responsabilidad, no sólo en lo que corresponde a la debida conservación del protocolo, sino que también en lo que corresponde a la seguridad jurídica y al cumplimiento de los deberes notariales que le imponen las leyes del país, entre los que se encuentran:

- a) Remitir al director del archivo general de protocolos de la corte suprema de justicia (entidad supervisora de la función notarial) dentro de los veinticinco días hábiles siguientes al otorgamiento de cada escritura pública, un testimonio especial que reproduzca, en forma auténtica, cada uno de los instrumentos públicos que en el protocolo registre el notario;
- b) Dar aviso al director del archivo general de protocolos de la corte suprema de justicia, dentro de los veinticinco días hábiles siguientes, de la cancelación de instrumentos públicos que, habiendo sido registrados en el protocolo, no hayan nacido a la vida jurídica;
- c) Remitir al director del archivo general de protocolos de la corte suprema de justicia, dentro de los veinticinco días al vencimiento de cada trimestre del año calendario, un aviso en el que se indique el número y fecha del último instrumento público autorizado o cancelado, o en su caso, que no autorizó ninguno durante el trimestre que corresponda.
- d) En caso de ausencia de la república de Guatemala, por un término mayor de un año, el notario deberá entregar su protocolo al archivo general de protocolos de

la corte suprema de justicia o depositarlo en otro notario hábil, cuando la ausencia del país fuere menor de un año;

- e) En caso de fallecimiento del notario, los albaceas, herederos, parientes o cualquier persona que lo tuviere en su poder, deberá depositarlo, dentro de los treinta días que sigan al fallecimiento del notario en el archivo general de protocolos de la corte suprema de justicia;
- f) En caso de fallecimiento del notario el registrador civil correspondiente dará inmediato aviso al director del archivo general de protocolos para que se proceda a exigir la entrega del protocolo.

Las obligaciones que se imponen al notario guatemalteco en el ejercicio de la función notarial o a las terceras personas que se indicaron, tienen, entre otros, los siguientes propósitos:

1. Garantizar que en sede distinta a la del notario guatemalteco existirán copias auténticas de los diferentes documentos que el notario registra en su protocolo, de tal suerte que si hubiere deterioro o extravío de algún instrumento público notarial, el mismo puede ser fácilmente recuperado, reproducido o repuesto;
2. Garantizar que cualquier persona pueda tener acceso a los documentos que formaliza el notario en su registro notarial, sea del propio notario o de la dirección del archivo general de protocolos, por medio de los testimonios especiales que el notario debe remitir;
3. Tener control de la observancia del orden y número de instrumentos que formaliza el notario;
4. Garantizar, por medio del aviso trimestral, que no podrá alterarse la fecha o el lugar en que se formaliza el instrumento público notarial;
5. Garantizar que, en caso de ausencia, existirá una institución depositaria o un notario, responsable del protocolo, con facultades para expedir o extender copias o reproducciones de los instrumentos públicos;
6. Garantizar, en el caso del fallecimiento del notario, que no se hará uso indebido del protocolo y que el mismo quedará en poder de la autoridad correspondiente.

No obstante tales propósitos y obligaciones notariales, lo cierto del caso es que no todos los notarios cumplen con sus obligaciones, ni toda autoridad o tercera persona lo hace en función de otorgar y preservar la seguridad jurídica que deriva o debiera derivar de la función que ejerce el notario guatemalteco.

El incumplimiento de los deberes y obligaciones que quedan referidos, total o parcialmente, ha dado lugar a que se cometan, entre otros, los siguientes fraudes a la fe pública notarial:

- 1) Formalización de acuerdos en instrumentos notariales en fechas y lugares distintos a los que en realidad se acuerdan, con el propósito de obtener bienes o derechos de manera ilegítima o burlar o impedir el cumplimiento de alguna obligación o el ejercicio de algún derecho, lo cual no puede ser eficazmente fiscalizado en virtud de que el notario no cumple con dar el aviso trimestral del número de instrumentos registrados durante cada trimestre;
- 2) Formalización de acuerdos en instrumentos notariales ante notarios que ya han fallecido, en virtud de no cumplirse con la entrega del protocolo del notario que falleció o no se dio el aviso de fallecimiento por la autoridad que corresponda.

Más grave resulta, aún, cuando al incumplimiento de las obligaciones y deberes que le son asignados a los notarios por la ley, y al amparo de tales incumplimientos, se agrega el dolo o la mala fe del notario, quien al amparo de su función pública notarial, por sí o en complicidad con terceros, se presta a la comisión de delitos contra el patrimonio de las personas, tal el caso, por ejemplo, de la formalización de actos o contratos al amparo de firmas falsificadas o actos y contratos falsos material e ideológicamente.

En ese orden de ideas, el ejercicio de la función notarial en Guatemala enfrenta los siguientes problemas:

- I. Eventual conflicto de intereses por la dualidad en el ejercicio de la función de abogado y notario, con incidencia en la imparcialidad y objetividad que el notario

- debe guardar en los actos y contratos en los que interviene, con relación a determinados asuntos en los que, como abogado, pudiera tener interés directo o indirecto;
- II. Falta de independencia funcional y conceptual cuando presta sus servicios notariales en relación de dependencia;
  - III. Falta de certeza retributiva por la prestación de sus servicios, toda vez que la multiplicidad de notarios que pueden prestar la misma función en la misma área territorial, no respetan las tarifas que en concepto de honorarios por servicios regula el arancel de notarios;
  - IV. Descrédito en el ejercicio de la función notarial cuando otros notarios se prestan a la comisión de actos ilegales al amparo de las deficiencias del sistema de supervisión notarial y el incumplimiento de los deberes y obligaciones que la ley impone a los notarios;
  - V. Aumento del número de notarios que ejercen libremente, lo que agrava la situación.

#### 4.4 Fundamentos para reformar el sistema notarial guatemalteco

La función notarial por naturaleza inspira una garantía de seguridad jurídica, que el Estado está obligado a garantizar como responsable del régimen de legalidad e institucionalidad del país. Como se dijo, si el principal problema del sistema de notariado guatemalteco, radica en el estudio y ejercicio simultaneo de las carreras de Abogado y Notario; que por naturaleza en el ejercicio profesional son completamente incompatibles; una solución a esa problemática, es plantear una reforma al sistema de notariado guatemalteco, que tenga como base la separación de ambas carreras, tanto en el estudio universitario y ejercicio profesional.

Las leyes ordinarias que admiten el ejercicio simultaneo de ambas carreras, afectan el derecho de todos los ciudadanos y son inconstitucionales, puesto que la garantía que la Constitución otorga a todo ciudadano para contratar a un notarios imparcial; se ve disminuida y afectada drásticamente en cuanto a sus derechos e intereses.

Puesto que el notario no puede imparcialmente aconsejar, asesorar, dirigir, legitimar, documentar, asegurar jurídicamente y dar forma legal a la voluntad de las partes; si esta investido del atributo de parcialidad como abogado, menos a de brindar seguridad jurídica si no posee la preparación y capacitación jurídica que requiere tan noble ministerio.

Por tanto, es inadmisibles moral y jurídicamente, la doble personalidad y doble tributo en la persona del abogado y notario; porque no inspira confianza ni seguridad jurídica, más bien, fomenta la incertidumbre, el conflicto, la controversia y el desequilibrio social, a través de litigios en los tribunales de justicia.

Importa resaltar que el actual Código de Notariado no define al notario, la fe pública, la función notarial, el instrumento público, siendo éstos las principales instituciones del derecho notarial.

El actual Código de Notariado, no contiene un régimen jurídico disciplinario eficaz que posibilite sancionar a los notarios irresponsables que abusan de la fe pública y violan la función notarial.

Por otro lado, existe una ausencia total de fiscalización de protocolos, pues el director del archivo general de protocolos y los jueces de primera instancia; quienes por mandato legal,<sup>49</sup> corresponde realizar esas funciones; el primero no cumple con ese mandato legal porque no cuenta con el personal suficiente; y porque no dispone de fondos para contratar notarios inspectores. Por otro lado el juez de primera instancia, tampoco puede desarrollar esa función de revisión, porque si no tiene el tiempo

---

<sup>49</sup> El artículo 84 del Código de Notariado, señala: "En la capital, el Director del Archivo General de Protocolos, y en los departamentos los Jueces de Primera Instancia, tienen a su cargo la inspección y revisión de los protocolos. En los departamentos en que hubiere varios Jueces de Primera Instancia, la inspección y revisión corresponderá a todos conforme distribución que hará la Corte Suprema de Justicia. Sin perjuicio de lo anterior, el Presidente del Organismo Judicial podrá nombrar anualmente el número de notarios colegiados activos que sean necesarios para practicar inspección y revisión de protocolos, tanto en el departamento de Guatemala, como en los demás departamentos de la República. Las relaciones de los notarios así nombrados, con el Organismo Judicial serán reglamentadas por medio de acuerdo de la Corte Suprema de Justicia".

suficiente para desarrollar a cabalidad su función jurisdiccional menos tendrá para desarrollar aquel.<sup>50</sup>

#### 4.5 La masificación de profesionales que ejercen simultáneamente la carrera de abogado y notario

Anualmente egresan cerca de 900 notarios de las Universidades del país. El siglo XXI lo comenzarán 7,000 notarios en ejercicio. En la actualidad ejercen 9,618 notarios, el 75% en el área metropolitana y el 25% restante en el interior, lo que se considera excesivo y desproporcionado, dado que el país cuenta casi con doce millones de habitantes; es decir que hay un notario para cada 1,248 ciudadanos.

Los índices de los países consultados van de un notario cada cinco mil habitantes hasta un notario por cada cien mil personas.<sup>51</sup> Ese crecimiento excesivo de abogados y notarios resulta lógico, puesto que en la actualidad también existe una masificación de estudiantes en las facultades de ciencias jurídicas y sociales de las Universidades del país, lo que viene a sumar, aún más la cantidad de profesionales parciales-imparciales, en el foro de profesionales del derecho. Cabe resaltar que la concentración de abogados y notarios en la capital, trae también un desequilibrio en el desempeño de la satisfacción de los servicios de los profesionales citados.

#### 4.6 La falta de formación y capacitación del notario guatemalteco

El conocimiento teórico práctico que debe recibir en las aulas universitarias el futuro notario guatemalteco debe caracterizarse por ser técnico, científico y completo, tal como lo exigen los requisitos para el ingreso a la organización del notariado y conforme al sistema del notariado latino.

---

<sup>50</sup> Se debe considerar las frecuentes críticas del que es objeto el sistema de justicia civil y penal guatemalteco, desde la producción de resoluciones y sentencias viciadas, la inoperancia de un sistema penitenciario, lo peor del caso, es que el efecto negativo, han sido los últimos linchamientos ocurridos.

<sup>51</sup> Carrillo Castillo, Alfonso. **El Notario ante los retos del nuevo milenio**. Ponencia presentada en el XV Congreso Jurídico guatemalteco con honor al Licenciado: Epaminondaz Gonzáles Bubón. Guatemala. 1995. Pág. 3

A este respecto, el tratadista Larroyo, concibe la profesión como un conjunto de habilidades adquiridas mediante determinado aprendizaje y al servicio de una actividad económica destinada a asegurar y mantener la vida humana, señala como facetas de dicha profesión, las que califica como el pentágono de la formación profesional, son ellas:

a) Formación científica:

Dominio de principios, leyes, teoremas (ciencia pura).

b) Formación técnica:

Aplicación de la ciencia (tecnología).

c) Formación ambiental:

Ambiente concreto, peculiar, o sea el círculo de actividades en que se halla enclavado el especialista.

d) Formación cultural:

Que el profesional este dotado de una cultura extensa; y,

e) Formación económica y social:

En relación a problemas de política económica de organización gremial y empresarial.<sup>52</sup>

A esto debe agregarse la formación ética y moral; puesto, el notario debe estar dotado de la capacidad deontológica para respetar los valores morales durante el ejercicio de la función notarial. Existen muchos notarios en ejercicio que no poseen una capacitación técnica adecuada, sino que a pesar de que se les proporciona por diversas entidades los medios necesarios para actualizarse más técnicamente, son renuentes a acudir a recibirlos.

Existen entonces, una falta de formación y capacitación del notario guatemalteco, porque lo poco que recibe no abarca a cabalidad los tópicos principales de la disciplina

---

<sup>52</sup> Citado por Dr. Mario Aguirre Godoy. **La capacitación jurídica del notario**. Ponencia presentada en el VI Encuentro Internacional del Notariado Americano, celebrado en Guatemala del 12 al 16 de agosto de 1997. Pág. 12

jurídica notarial. Ese extremo, lo considero normal por cuanto el estudiante de derecho en las aulas universitarias académica deseada, puesto que en la realidad tampoco garantiza a cabalidad su obra maestra la justicia.

#### 4.7 Falta de fiscalización a los notarios en el ejercicio de su función

Conforme el Código Notario, el archivo general de protocolos por medio de su director, corresponde la atribución de inspección y vigilancia de los protocolos de los notarios en la capital de Guatemala y sus municipios. En tanto que en los departamentos esa función corresponde a los jueces de primera instancia,<sup>53</sup> sin embargo, tales atribuciones carecen de personal y medios económicos para realizarlo.

En ese sentido, la misma ley señala que el presidente del organismo judicial podrá nombrar anualmente el número de notarios colegiados activos que sean necesarios para practicar inspección y revisión de protocolos, tanto en el departamento de Guatemala, como en los demás departamentos de la república. No obstante ese mandato legal, dicho organismo no cumple con ese mandato.

La no realización de la inspección y revisión de los protocolos de los notarios en ejercicio; hace deficiente el estricto control del ejercicio de la función notarial. Lo que imposibilita asimismo, que el colegio de abogados y notarios imponga las sanciones contra los profesionales que violan la fe pública y el ejercicio de la función notarial, asimismo los principios éticos y morales al que esta obligado observar todo profesional que ingresa a la organización del notariado guatemalteco.

#### 4.8 Necesidad de la especialización del notariado guatemalteco

Un jurista a quien también le preocupa la realidad del sistema notarial guatemalteco, es al notario, Alfonso Castillo, quien sostiene que en el nuevo milenio podrían aparecer las

---

<sup>53</sup> Ver artículo 78 y 84 del Código de Notariado.

siguientes amenazas al sistema notarial guatemalteco.

#### 4.8.1 Libre circulación de notarios

La libre circulación es uno de los principios generales de la globalización. Una consecuencia de ese principio podría ser la libre circulación de notarios miembros de los países que han globalizado sus economías.

Las naciones han resuelto este problema conceptualizado a sus notarios como funcionarios públicos nacionales que ejercen su función bajo la forma de un profesional liberal. Continúa el autor, en ese sentido no se puede imponer al Estado la obligación de admitir el ejercicio de funciones relacionadas con el poder público, por personas que no ostenten las calidades de nacionales y no estén habilitados por el propio Estado. Eso sería violar la soberanía del Estado.

#### 4.8.2 Libre circulación de documentos

En la globalización imperial el principio de la libre circulación del documento notarial; para el efecto, será conveniente estudiar los documentos notariales de los países del área y facilitar su armonización con el derecho vigente así como crear una red de comunicación y un encadenamiento notarial de los países integrados para favorecer su libre circulación.

#### 4.8.3 Utilización dolosa de signos y símbolos notariales

En los últimos cinco años se han presentado a los registros públicos, documentos escritos en papel especial de protocolo, autorizados por notarios inventados o existentes cuya firma ha sido suplantada con un sello que es imitación del que se tiene registrado en la corte suprema de justicia. Estas prácticas deben ser perseguidas y denunciadas por el colegio de abogados y notarios hasta lograr su total erradicación.

En dicho trabajo el autor guatemalteco, finaliza diciendo que la debilidad del sistema notarial guatemalteco, consiste en la falta de capacitación académica de los notarios, el exceso de notarios, la falta de control de los notarios, un solo idioma, la atomización, el documento notarial y el cliente.

#### 4.9 Incompatibilidad del juez de primera instancia para ejercer la función notarial

Desde mi punto de vista, los jueces de primera instancia tienen incompatibilidad total que les imposibilita ejercer la función notarial en su circunscripción territorial departamental. Ello porque, si se habla de una formación jurídica y profesional que involucra los conocimientos técnicos-jurídicos en la persona del notario; indudablemente, el juez no estará preparado para desarrollar tal ministerio. No está demás señalar que el funcionario judicial, si esta preparado para resolver conflictos sociales, litigiosos civiles, tal cual inspira la naturaleza de la función jurisdiccional, cuya base legal lo da la propia Constitución, como es de administrar pronta y cumplida justicia y ejecutar lo juzgado.

En los mismos términos, el notario, no es apto profesionalmente para ejercer la función judicial, puesto que su ministerio, se proyecta, a evitar conflictos sociales, controversias, inseguridad jurídica en el centro de la sociedad.

Por tanto éste tema, forma parte de la reforma del sistema de notariado guatemalteco, toda vez que según el actual Código de Notariado en el Artículo 6; aun admite que los jueces de primera instancia, ejerzan la función notarial en los lugares que no hubiere notario hábil, o que habiéndolo estuviere imposibilitado o se negare a prestar sus servicios. Cabe decir que el Código de Notariado guatemalteco ya cumplió su cometido; puesto que ha estado vigente desde el 1 de enero de 1947; lo cual nos indica que tiene 61 años de vigencia; por consiguiente sus normas ya no se ajustan a la realidad jurídica y social guatemalteca.

#### 4.10 Incompatibilidades del notario con el desempeño de la profesión de abogado

Conforme a la legislación guatemalteca, existe plena libertad en el ejercicio simultáneo de los títulos de abogado y notario, sin ninguna limitación legal, excepto las que expresamente señala la ley con relación al desempeño de cargos públicos.<sup>54</sup> Sin embargo, el estudio conjunto de ambas profesiones supone una preparación extensa en el campo jurídico, lo que en realidad no ocurre, puesto que el estudiante tiene una formación más de abogado que de notario; lo que imposibilita su especialización como un requisito fundamental para el ingreso a la organización del notariado, conforme lo exige el sistema de notariado latino.

Aunque para algunos tratadistas, esa circunstancia de ejercicio simultáneo de ambas carreras, constituye un privilegio para los juristas guatemaltecos, sin embargo, desde mi punto de vista existe una clara incompatibilidad del notario con el desempeño de la profesión de abogado.

Dentro de las diferencias a destacar, están:

- El abogado es netamente parcial; el notario, su característica fundamental es la de ser imparcial en el ejercicio de su función.
- El abogado defiende intereses individuales; el notario defiende intereses de ambas partes y de la sociedad.
- El abogado litiga ante un tribunal, el notario, desarrolla su función notarial en una notaria u oficina profesional.
- El abogado defiende a su cliente tenga o no la razón; el notario, puede negarse a autorizar un instrumento público si no tiene legalidad.

---

<sup>54</sup> El artículo 4 del Código de Notariado señala: No pueden ejercer el notariado:

1. Los que tengan auto de prisión motivado por algunos de los delitos a que se refiere el inciso 4º del artículo anterior.

2. Los que desempeñen cargo público que lleve aneja jurisdicción.

3. Los funcionarios y empleados de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las municipalidades que devenguen sueldos del Estado o del municipio el Presidente del Congreso de la República.

- El abogado es un auxiliar de la justicia; el notario, inspira una garantía de armonía y seguridad jurídica.
- La función del abogado es represiva; la función del notario es preventiva.
- El abogado usa un sello; el notario esta investido de fe pública.
- La obra del abogado es un sentencia. La obra maestra del notario es un instrumento público.

La ratio legis para la incompatibilidad en cuestión, es que el abogado, a diferencia del notario, defiende a una de las partes en litigio o en un auto composición, pero no puede defender simultáneamente a la otra parte, pues comete el delito de patrocinio infiel. Por lo mismo, éticamente no puede ni debe ser imparcial, toda su imaginación y creatividad la tiene que enfocar a favor de la causa de su cliente, en contra de la otra parte. Tiene que ser eficaz técnica y jurídicamente, su función es conseguir una sentencia favorable para su cliente y condenatoria para su contra parte.

No así el notario, que tiene la obligación de ser asesor y proteger los intereses de los que concurren ante su presencia, debe redactar el contrato con la imparcialidad, que al litigante no le es posible. La labor del notario es conciliadora de intereses, aconseja libremente a las partes sin inclinarse a favor de ninguna, cuando no hay conflicto sino acuerdo de voluntades, es de profilaxis judicial de acuerdo con el ya famoso aforismo notarial de Joaquín Costa: “teóricamente, notaría abierta, juzgado cerrado”.<sup>55</sup>

Sabiendo esa realidad, se debe considerar que no se puede continuar con ese mismo panorama jurídico, amen que la evolución constante del derecho exige mejores perspectivas para ambos profesionales y mejores garantías para la sociedad en general. Por tanto, es incompatible el ejercicio del notariado con la del abogado, porque ambos profesionales tienen una preparación técnica deficiente, ni es un buen abogado y ni es un buen notario. Y porque, las facultades de ciencias jurídicas y

---

<sup>55</sup> Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. **Necesidad social de la imparcialidad del Notario**. Revista Notarial. Pág. 14

sociales de las universidades del país no garantizan la preparación técnica y científica completa de ambos profesionales.

#### 4.11 Algunas propuestas

Con el objeto de contrarrestar los problemas a los que se enfrenta el notario en el ejercicio de la función notarial, e planteado, y en algunos casos formalizado, propuestas relativas a:

1. Un aumento en el control y supervisión del ejercicio de la función notarial, mediante el examen y revisión de protocolos, la actualización de los registros de firma de los notarios, la exigencia en la entrega de los testimonios especiales, las verificaciones directas de ciertas oficinas públicas para confirmar con el notario acerca de determinados actos y contratos, etcétera; no obstante ello, tales controles y exigencias no han sido completamente exitosas y de hecho se han cometido y se siguen cometiendo delitos y fraudes al amparo del ejercicio de la función notarial.
2. El conocimiento y resolución de denuncias por falta a la ética profesional ante el colegio de abogados y notarios de Guatemala, así como el conocimiento y resolución de denuncias ante los tribunales constitucionales y ordinarios del país, para reprimir y revertir los efectos de actos y contratos fraudulentos o ilegales que se han formalizado al amparo del ejercicio de la función notarial.
3. La separación de las profesiones de abogado y notario, de tal suerte que la función notarial se ejerza en forma autónoma e independiente a la del abogado.
4. La sugerencia de que se adopte, en Guatemala, el sistema del número para el ejercicio de la función notarial abandonando el sistema de libre establecimiento, lo que ha provocado críticas y reacciones adversas por los notarios que han adquirido el título facultativo de abogado y notario.
5. Adoptar el sistema de número a partir de una fecha determinada y respetar, para quienes han adquirido el título de notario, el sistema de libre establecimiento, hasta que ya no existan notarios bajo dicho sistema y prevalezca, mediante un

proceso de transición, el sistema de número para el ejercicio de la función notarial.

#### 4.12 Propuesta para Guatemala

Cómo se dijo, son más las ventajas que ofrece el sistema de número que el de libre establecimiento para el ejercicio de la función notarial; no obstante ello, las que ofrece el sistema de libre establecimiento, con relación a la movilidad, celeridad y facilidad de acceso, que son compatibles con la globalización de los mercados y el tránsito de las personas en la economía mundial, son tan importantes que nos provoca proponer, para Guatemala, un sistema mixto para el ejercicio de la función notarial, el cual consistiría en la designación, por parte del Estado de Guatemala, de notarios para el ejercicio de la función notarial en áreas determinadas del territorio guatemalteco, bajo los criterios y presupuestos del sistema de número, con la particularidad de que dicho funcionario no tendría una relación directa con el público sino que la tendría únicamente a través del notario liberal, esto es, del notario que ejerza funciones bajo el sistema de libre establecimiento.

En ese orden de ideas el protocolo estaría en depósito del notario de número, cuya función sería “protocolizar”, para su validez y autenticación, todos los actos y contratos que se formalicen por y ante los notarios independientes, quienes tendrían la obligación de acudir ante el notario de número para el registro notarial de los actos y contratos.

Bajo esta propuesta se aprovecharía la seguridad que ofrece la función notarial bajo el sistema de número, se reducirían los costos de la fiscalización, toda vez que la misma se limitaría a ciertos notarios en ciertas y determinadas áreas de competencia territorial; en lo que corresponde a los honorarios y gastos notariales, el cobro por los servicios se haría a través del notario de número quien haría el cobro conforme arancel, pagando al notario liberal el importe de los honorarios, menos un porcentaje que retendría en concepto de costos y gastos por administración, que no sería mayor al veinticinco por ciento (25%) de los honorarios que, conforme arancel le corresponden al notario

independiente. Es importante destacar que, bajo las actuales condiciones, los notarios raramente cobran honorarios conforme arancel, de manera que, lejos de perjudicar al notario, se le estaría beneficiando bajo esta nueva propuesta.

El notario de número, designado por el Estado, lo sería a través de concurso y calificación por mérito, conocimiento, experiencia y notoria honradez; estaría sujeto al escrutinio del público y de los notarios liberales y sus emolumentos no se originarían de fondos públicos, sino del porcentaje que retendría de los honorarios que le corresponden al notario liberal.

Por otro lado, se aumentaría y simplificaría la recaudación fiscal y gremial, con incidencia en la transparencia de las negociaciones y transacciones. El notario liberal estaría bajo el control y fiscalización operativa del notario de número y este lo estaría bajo el control y fiscalización de la supervisión pública notarial.

La propuesta tiende a preservar los derechos adquiridos por los notarios guatemaltecos bajo el sistema de libre establecimiento y garantizaría la agilidad, celeridad y movilidad que impone el desarrollo económico, complementada con la seguridad jurídica que proveería el notario de número, con lo cual se eliminarían vicios del pasado relativos a la falsedad ideológica y material de instrumentos públicos ya que el notario liberal estaría responsabilizado ante el notario de número.

## CONCLUSIONES

1. El Derecho Notarial es un instrumento esencial para la consolidación de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, el correcto ejercicio de la función notarial refleja un equilibrio entre el Estado y los particulares.
2. Bajo las disposiciones del sistema latino la función pública notarial se ejerce, en la actualidad, bajo dos sistemas fundamentales: El sistema de número y el sistema de libre establecimiento. Existiendo entre uno y otro sistema ventajas y desventajas a destacar que se asocian con la seguridad jurídica que ofrece el notario en el ejercicio de su función notarial.
3. En Guatemala el ejercicio de la función notarial se presta bajo el sistema de libre establecimiento; toda vez que la fe pública que el Estado le otorga al notario guatemalteco no está delimitada o restringida a determinado territorio. En otras palabras, podrán existir tantos notarios en una misma área territorial con libre circulación y capacidad para prestar sus servicios notariales, como notarios existan y/o lo demande la población.
4. En Guatemala existen serios problemas derivados de la falta de cumplimiento de los deberes que la ley le asigna a los notarios, que afectan la seguridad jurídica, lo que produce descrédito a la función notarial, en perjuicio de quienes si cumplen con sus deberes profesionales.



## RECOMENDACIONES

1. Es deber del Estado velar por el estricto y correcto ejercicio de la función notarial a través de sus diferentes instituciones con la finalidad de garantizar y contribuir en brindar la tan anhelada seguridad jurídica y paz social.
2. Analizar por parte del Congreso de la República de Guatemala a profundidad los sistemas notariales de número y de libre establecimiento, determinando si existen ventajas y desventajas entre uno y otro sistema con el objeto de adoptar una reforma a nuestro sistemas notarial guatemalteco que pueda contribuir al ejercicio de la función notarial.
3. Analizar por parte del Congreso de la República de Guatemala la posibilidad de adoptar un sistema mixto para el ejercicio de la función notarial, que aproveche las ventajas del sistema de número y las que provee el sistema de libre establecimiento, consolidando un régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz certero en la población.
4. Adoptar un sistema mixto para el ejercicio de la función notarial que organice y regule de mejor manera la actividad de los notarios con el objeto de contrarrestar los problemas derivados de la falta de cumplimiento en cuanto a los deberes que la ley le ha asignado a los notarios producirá en la sociedad una mayor credibilidad.



## BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RIVERA, Edgar Osvaldo. **El ejercicio de la función notarial en el derecho centroamericano comparado.** Tesis de Maestría en Derecho Notarial. Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. 1999.

AGUIRRE GODOY, Mario. **La capacitación jurídica del notario.** Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Publicación No. 8. Editorial Vile.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Editorial Eleaza. S.R.L. Argentina.

CARRAL Y DE TERESA, Luís. **Derecho notarial y derecho registral.** Editorial Porrúa. S.A. 1995.

CHEG TABARINI, Edgar Renato. **La imparcialidad del notario como característica esencial de su función.** Tesis de grado presentado a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1986.

**Diccionario de la real academia española.** Vigésima edición.

MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco. **Función notarial.** Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1961.

MORALES DÍAZ, Francisco. **Notario público No. 60. México.**

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial.** Ediciones Mayte. Guatemala. C.A.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho notarial**. Editorial Porrúa. 1993.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Ética notarial**. Editorial Porrúa. S.A. Segunda Edición. 1986.

SALAS, Oscar A. **Derecho notarial de centroamerica y Panamá**. Editorial. Costa Rica.

#### **LEGISLACIÓN:**

**Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

**Código de Notariado**. Congreso de la República. Decreto Número 314.

**Código de Ética Profesional**. Congreso de la República. Decreto Número 62-91.

**Ley de Colegiación Profesional Obligatoria**. Congreso de la República. Decreto Número 72- 2001.