

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

LA ORGANIZACION LEGAL DEL NOTARIADO GUATEMALTECO.
SU NECESARIA REESTRUCTURACION



PRESENTADA A LA HONORABLE JUNTA DIRECTIVA DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

P O R

DORA MARIA MANRIQUE GARZONA

AL CONFERIRSELE EL GRADO ACADEMICO DE
LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y LOS TITULOS PROFESIONALES DE
ABOGADA Y NOTARIA

GUATEMALA, FEBRERO DE 1996.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

DL
04
T(1897)

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

DECANO	Lic. JUAN FRANCISCO FLORES JUAREZ
VOCAL I	Lic. LUIS CESAR LOPEZ PERMOUTH
VOCAL II	Lic. JOSE FRANCISCO DE MATA VELA
VOCAL III	Lic. ROOSEVELT GUEVARA PADILLA
VOCAL IV	Br. EDGAR ORLANDO NAJARRO VASQUEZ
VOCAL V	Br. CARLOS LEONEL RODRIGUEZ FLORES
SECRETARIO	Lic. CARLOS HUMBERTO MANCIO BETHANCOURT

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL

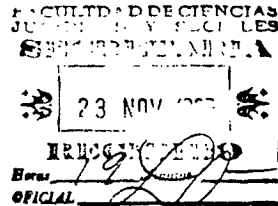
DECANO (en funciones)	Lic. CIPRIANO FRANCISCO SOTO TOBAR
EXAMINADOR	Lic. MANUEL VICENTE ROCA MENENDEZ
EXAMINADOR	Lic. LUIS GONZALEZ RAMILA
EXAMINADOR	Dr. CARLOS LARIOS OCHAITA
SECRETARIO	Lic. LEONEL PONCIANO LEON

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 de Reglamento para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

Guatemala, 15 de noviembre de 1995



Señor Decano de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad.



Señor Decano:

Tengo el honor de dirigirme a usted para hacer de su conocimiento que, en cumplimiento de la providencia del nombramiento de Asesora de Tesis que oportunamente me fuera notificado por esa decanatura, procedí a revisar el trabajo que la Bachiller **DORA MARIA MANRIQUE GARZONA** presenta para su examen de graduación profesional.

El plan de tesis que sometió a aprobación fue concebido con el nombre de "La Situación Actual de la Función Notarial y la Alternativa del Sistema de Notariado de Número en Guatemala", más, al ahondar en su contenido, la redenominación devino obligatoria y se concluyó titulándola "La Organización Legal del Notariado Latino-Guatemalteco. Su Reestructuración, una Alternativa Necesaria".

El trabajo en sí es sumamente valioso, pues desde el punto de vista doctrinario constituye un excelente compendio de Derecho Notarial Guatemalteco, amén de que es la primera obra que desarrolla el tema en forma integral; abarca desde el génesis de la organización notarial hasta su concepción actual, incluyendo la evolución de los pensum de estudios en materia notarial y las estadísticas sobre la distribución de los notarios en la república; todo lo cual reviste gran importancia para el estudioso del derecho nacional.

No obstante lo anterior, a juicio de la suscrita, es el capítulo IV el que reviste mayor significancia: su objetivo es puntualizar la incompatibilidad del ejercicio conjunto de las profesiones de abogado y notario, por las razones que la autora enfoca de manera objetiva y bien documentada. Con visión crítica pone de manifiesto las debilidades de la organización notarial actual, induciéndonos a reflexión personal en cuanto a si cada uno de nosotros hemos incurrido en responsabilidad en la decadencia del quehacer notarial, o si hemos participado en la violación al principio de equidad (en virtud de la concentración de los notarios en las ciudades principales del país y sobre todo en la ciudad capital), en desmedro del derecho de igualdad de las mayorías que habitan los demás puntos geográficos,

al restringirles el acceso a la prestación de servicios profesionales que significaría en gran medida, de garantía y seguridad jurídicas.



Comparto totalmente el criterio de la Bachiller Manrique Garzona, cuanto a que "la organización legal del notariado guatemalteco no es el idóneo, porque proporciona una deficiente formación jurídica al notario y provoca problemas de ineficiencia, empirismo, competencia desleal y falta de ética profesional en el ejercicio de la función notarial". Es más, tan evidente es ya la crisis por la que atraviesa nuestra honrosa profesión que, en el XV Congreso Jurídico Guatemalteco, se propusieron en el tema "Ejercicio Profesional de la Abogacía y el Notariado", los sub-temas "Aplicación y Alcances del Nuevo Código de Ética Profesional", "El Abogado y Notario ante los Retos del Nuevo Milenio" y "Problemas del Ejercicio Profesional y Propuestas de Solución. Separación en el Ejercicio de ambas Profesiones". Y aunque notables notarios han abordado el punto en ensayos y ponencias, no han logrado llegar -como la autora de la tesis- al fondo de la problemática.

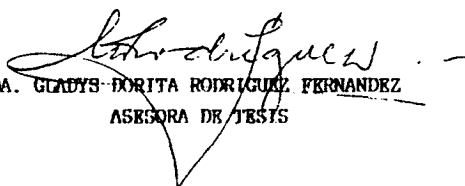
El mérito de este estudio estriba en que la sustentante no se queda sólo en la denuncia, sino que formula para cada problema, propuestas de solución tan importantes que la decanatura a su digno cargo puede tomarlo como punto de partida para impulsar el proceso de cambio estructural del Notario Guatemalteco.

Estimo que el trabajo satisface plenamente los requisitos que exige el Reglamento para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado, razón por la cual opino que el mismo puede continuar su trámite hasta culminar con su aprobación en el examen público de tesis.

Esperando haber cumplido a cabalidad mi cometido, me suscribo del Señor Decano, con muestras de mi consideración y aprecio.

Atentamente,

"ID Y RNSRRAD A TODOS"


LICDA. GLADYS DORITA RODRIGUEZ FERNANDEZ
ASESORA DE TESIS

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, veintisiete de noviembre de mil novecientos no
venta y cinco. -----

Atentamente, pase al LIC. NERY ROBERTO MUÑOZ, para que -
proceda a revisar el trabajo de tesis de la Bachiller DO-
RA MARIA MANRIQUE GARZONA y en su oportunidad emita el dic
tamen correspondiente.-----



alht





235.96

Guatemala, 29 de enero de 1976

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

30 ENE. 1976

REPARTIDO

Horas 13 1/2
OFICIAL

Licenciado
Juan Francisco Flores Juárez, Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria

Señor Decano:

En cumplimiento de la resolución de ese Decanato de fecha 27 de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, procedí a revisar el trabajo de tesis de la Bachiller DORA MARIA MANRIQUE GARZONA, cuyo título quedó en definitiva "LA ORGANIZACION LEGAL DEL NOTARIADO GUATEMALTECO. SU NECESARIA REESTRUCTURACION."

La Bachiller Manrique Garzona, en su trabajo hace una recopilación de autores nacionales y extranjeros sobre temas notariales, hasta arribar al capítulo IV, en donde estudia la problemática actual de la función notarial y hace a su juicio las propuestas concretas de solución.

En mi opinión el trabajo llena con los requisitos mínimos, por lo que emito dictamen favorable, para que se ordene su impresión y sea discutido en el examen correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con mis muestras de consideración y respeto.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



Lic. Nery Roberto Muñoz
Revisor

UNIVERSIDAD DE LOS CIENCIAS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:
Guatemala, uno de febrero de mil novecientos noventa y -
seis. -----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
impresión del trabajo de tesis de la Bachiller DORA MARIA
MANRIQUE GARZONA intitulado "LA ORGANIZACION LEGAL DEL NO
TARIADO GUATEMALTECO. SU NECESARIA REESTRUCTURACIÓN". -
Artículo 22 del Reglamento para Exámenes Técnico Profesional
y Público de Tesis. -----

alhj



DEDICATORIA

A DIOS:

Luz maravillosa cual estrella, que ha guiado con sabiduría cada instante de mi vida.

A LA SANTISIMA VIRGEN DE GUADALUPE:

Tierna intercesora ante su Hijo, que con mirada bondadosa y maternal acoge siempre mis ruegos y súplicas.

A MI MADRE JULIA ADELA GARZONA PRERA:

Con amor y agradecimiento profundo, por sus desvelos, sacrificios y sabios consejos maternos.

A MI PADRE LICENCIADO ADAN MANRIQUE RIOS (Q.E.P.D.):

Cuyas huellas de moral, honradez e intelecto son el faro de luz que han iluminado e iluminarán mi existencia.

A MI HERMANA LILIANA MANRIQUE GARZONA DE PEREZ:

Por el cariño fraternal que siempre me ha brindado y por ser para mi modelo de perseverancia y tenacidad.

A MI ESPOSO JOSE MARIO SARAVIA MOLINA:

Con agradecimiento por el apoyo brindado y por el ejemplo de esfuerzo y superación intelectual que siempre me ha dado.

A MI TIA MARTA JULIA PRERA:

Con eterno agradecimiento.

A MIS CUÑADOS:

Con cariño.

A MIS PADRINOS:

CARMEN LOYO DE AGUILAR (Q.E.P.D) Y HUMBERTO AGUILAR PINEDA
Con amor.

A TODOS MIS AMIGOS:

Con agradecimiento profundo, en especial a Gladys Dorita Rodríguez Fernández y Rudy Roderico Ramos Figueroa, por sus consejos y el incondicional apoyo que me han brindado en los momentos más importantes de mi vida.

AL LIC. LUIS ALFONSO CASTILLO CASTILLO (Q.E.P.D):

Quien estará compartiendo mi éxito en el lugar del pleno descanso eterno.

**A MI PATRIA GUATEMALA, A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Y A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:**

Con agradecimiento por la oportunidad de formación profesional que me han brindado.

I N D I C E

	PAG.
INTRODUCCION.	1
CAPITULO I	
LA FE PUBLICA, EL NOTARIO LATINO Y LA FUNCION NOTARIAL.	
FE PUBLICA.....	5
FUNDAMENTO DE LA FE PUBLICA.....	6
CLASES DE FE PUBLICA.....	6
Fe Pública Administrativa.....	7
Fe Pública Judicial.....	7
Fe Pública Registral.....	8
Fe Pública Notarial.....	8
Fundamento de la Fe Pública.....	10
EL NOTARIO LATINO.....	10
FUNCION NOTARIAL.....	15
Teoría Ecléctica.....	16
FUNCIONES NOTARIALES.....	18
 CAPITULO II	
SISTEMAS NOTARIALES.....	20
1. DOCTRINA DE MEYER.....	21
2. DOCTRINA MOSCATELLO.....	22
3. DOCTRINA DE LA GRASSERIE.....	23
4. DOCTRINA DE BELLVER CANO.....	24
5. DOCTRINA DE GIMENEZ ARNAU.....	27
6. DOCTRINA DE OSCAR SALAS.....	28
6.1 Notariado de Funcionarios Judiciales.....	29
6.2 Notariado de Funcionarios Administrativos.....	30
6.3 Sistema Notarial Sajón.....	32
6.4 Sistema de Notariado Latino.....	34
 CAPITULO III	
EL SISTEMA DE NOTARIADO LATINO EN LA ORGANIZACION NOTARIAL GUATEMALTECA	
1. FORMACION JURIDICA Y PROFESIONAL DEL NOTARIO LATINO	
-IDONEIDAD-.....	41
Medios para Obtener la Capacitación Jurídica del	
Notario.....	44
1.1 Formación Universitaria en el grado de Licenciado	
en Derecho o con el Título de Abogado como fase	
previa.....	45
1.2 Especialización posterior que culmine con un	
Doctorado en Derecho Notarial.....	46
Estudios de Postgrado en Guatemala.....	47
1.3 Sistema de Oposición.....	50
3.1. Sistema Español.....	51
3.2. Sistema Mexicano.....	55
3.2.1 Patente de Aspirante a Notariado.....	56
3.2.2 Patente de Notariado.....	57
1.4 Universidad Notarial Específica.....	60
1.5. Estudio Simultáneo de las Dos Carreras en la	

	Facultad de Derecho.....	62
	GENESIS Y EVOLUCION DEL ESTUDIO DEL NOTARIADO EN GUATEMALA.....	62
	1.5.1 Formación Jurídica del Escribano Colonial..	62
	1.5.2 Formación Jurídica del Escribano en los Primeros Años de la Epoca Independiente...	64
	1.5.3 Formación Jurídica del Notario durante la Epoca Liberal 1871 hasta la Revolución de 1944.....	66
	1.5.4 Formación Jurídica del Notario de 1944 hasta la actualidad	96
2.	EDAD MINIMA.....	109
3.	NACIONALIDAD.....	111
4.	ACREDITAR BUENA CONDUCTA -INFORMACION VITA ET MORIBUS-	113
	Antecedentes Históricos en el derecho notarial español.	115
	Antecedentes Históricos en el derecho canadiense	116
	La Información de Vita et Moribus y su Evolución en el Derecho Notarial Guatemalteco (1821-1995).	117
5.	DETERMINACION DE LAS CAUSAS DE INHABILIDAD.....	125
6.	DETERMINACION DE LAS CUASAS DE INCOMPATIBILIDAD.....	130
	La Ley Notarial y el Deber de Imparcialidad.....	133
	a) Derecho Notarial Español.....	133
	b) Derecho Notarial en el D.F de México.....	138
	c) Derecho Notarial guatemalteco.....	140
7.	PROPENDER A LA LIMITACION DEL NUMERO DE NOTARIOS ACTUANTES.....	147
	7.1 Competencia Territorial.....	148
	7.2 Distrito Notarial.....	149
	7.3 Zonas Distritales.....	150
	7.4 Residencia.....	151
	7.5 Demarcación Notarial.....	151
	7.6 Notaría.....	153
	Notarías Vacantes.....	154
	Clasificación de las Notarías.....	155
	7.7 Excedencia.....	155
	7.8 Ausencias.....	156
	a) Casos en que no se consideran como Ausencia.....	156
	b) Ausencia sin Licencia.....	157
	c) Ausencia con Licencia.....	157
	7.9 Substituciones.....	157
	GUATEMALA Y EL NUMERUS CLAUSUS.....	159
	Epoca Colonial.....	159
	Escribano Real.....	159
	Escribano Público.....	159
	Escribano del Número.....	159
	Epoca Independiente.....	162
8.	PROVISION DE NOTARIAS.....	163
	Sistema de Venalidad o Designación Libre.....	165
	El de la Formación y Elección a través de Escuela	

Especial.....	166
Sistema de Oposición.....	166
Sistema Español.....	167
Concurso.....	167
Oposición entre Notarios.....	168
PROVISION DE NOTARIAS EN GUATEMALA.....	169
Epoca Colonial.....	169
Epoca Independiente.....	171
9. GOBIERNO Y DISCIPLINA -COLEGIO PROFESIONAL Y PODER	
DISCIPLINARIO-	173
COLEGIO PROFESIONAL.....	173
Colegio Notarial.....	173
Colegio Profesional en el Notariado Español.....	175
Colegio Profesional en el Notariado guatemalteco.....	176
Antecedentes.....	176
Estatutos del Colegio de Abogados de	
Guatemala.....	178
Colegiación Profesional del Notario.....	179
La Colegiación Profesional del Notario	
guatemalteco.....	181
Reglamento de Colegiación.....	184
PODER DISCIPLINARIO Y EL NOTARIADO GUATEMALTECO.....	187
Tribunal de Honor.....	187
Procedimiento Disciplinario en el Colegio de	
Abogados y Notarios	187
Sanciones y Rehabilitaciones.....	189
Código de Etica Profesional.....	191
10. CAJAS DE RETIRO Y JUBILACIONES.....	193
11. RETRIBUCION DE HONORARIOS SUJETOS A ARANCEL DE TARIFA	
FIJA.....	197
EL Arancel en la Legislación Notarial de España y	
Guatemala.....	198
España.....	198
Guatemala.....	199
Epoca Colonial.....	199
Epoca Independiente.....	200
Los Honorarios Notariales y su actual	
Regulación.....	202

CAPITULO IV

LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA FUNCIÓN NOTARIAL Y PROPUESTAS DE	
SOLUCIÓN.....	206
PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA FUNCIÓN NOTARIAL.....	206
1. EMPIRISMO NOTARIAL.....	206
2. LIMITADA FORMACIÓN ACADÉMICA DEL NOTARIO.....	209
3. FALTA DE IMPARCIALIDAD POR EL EJERCICIO CONJUNTO DEL	
NOTARIADO Y LA ABOGACÍA.....	218
4. FALTA DE EFICIENCIA DE ALGUNOS NOTARIOS EN EL EJERCICIO DE	
LA FUNCIÓN NOTARIAL.....	221
a) exceso de mecanización en el desempeño de la función	
notarial.....	222
b) Falta de actualización de sus conocimientos técnico-	

legales o capacitación permanente.....	223
c) Inobservancia de los preceptos legales que rigen la actividad notarial y la violación de principios éticos y morales.....	225
5. DISTRIBUCION TERRITORIAL DE NOTARIAS EN GUATEMALA.....	227
VENTAJAS.....	228
DESVENTAJAS.....	229
1. Concentración de Notarias en determinadas zonas geográficas del territorio nacional.....	229
2. Poco acceso de la población a la prestación del servicio notarial.....	235
3. No se presta a la población certeza y seguridad jurídica a través del ejercicio de la función notarial continúa.....	236
4. Mayor incidencia de competencia desleal entre los Notarios por la concentración de profesionales en determinadas zonas geográficas.....	237
6. COMPETENCIA DESLEAL.....	239
7. FALTA DE ETICA PROFESIONAL EN EL EJERCICIO NOTARIAL.....	242
PROPUESTAS DE SOLUCION.....	247
1) MODIFICACION DE LOS MEDIOS PARA OBTENER LA CAPACITACION JURIDICA DEL NOTARIO.....	247
Obtener el título de Abogado como fase previa.....	248
Seguir estudios de especialización.....	248
Someterse a un Sistema de Oposición.....	249
2) PROVISION DE NOTARIAS A TRAVES DEL SISTEMA DE NOTARIA CERRADA.....	249
3) CREACION DEL NUMERUS CLAUSUS.....	250
4) SEPARACION DEL EJERCICIO CONJUNTO DE LA ABOGACIA Y DEL NOTARIADO.....	252
5) FORTALECIMIENTO LEGAL Y FUNCIONAL DE LA ETICA PROFESIONAL NOTARIAL.....	252
6) MODIFICACION DEL CODIGO DE NOTARIADO Y DE OTRAS LEYES QUE REGULAN LA MATERIA NOTARIAL.....	253
Código de Notariado.....	253
Modificación de otras leyes y reglamentos.....	255
CONCLUSIONES.....	257
RECOMENDACIONES.....	259
BIBLIOGRAFIA.....	261

I N T R O D U C C I O N

"La profesión notarial es quizá entre todas las sociales, aquella cuyo ejercicio mayor moralidad demanda, si ha de responder al objeto de su establecimiento. Es, en lo civil, lo que la cura de almas en lo espiritual; una fuerza directiva de las voluntades y de las conciencias cuyo campo de acción no reconoce límites."

Miguel Fernández Casado.

La investigación en el campo del Derecho Notarial es poco usual en los trabajos de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Si bien han transcurrido 118 años desde el momento en que el Notariado guatemalteco dejó de ser considerado un oficio de pluma y paso a constituirse en una profesión universitaria, el estudio de esta materia continúa inexplorado en muchas de sus áreas teórico-prácticas.

También los conocimientos sobre el Derecho Notarial son limitados, el estudio de la carrera del Notariado está comprimido en un Pénsum de Estudios en donde los contenidos programáticos tradicionalmente han sido orientados principalmente a la formación jurídica del Abogado, no así a la del Notario.

Esta situación provocó la inquietud de seleccionar para el trabajo de esta tesis un tema de derecho notarial, el cual persigue fundamentalmente tres propósitos: El primero proporcionar un conocimiento general sobre el origen y evolución de la Organización legal del Notariado guatemalteco y de la influencia que la estructura de su Organización ha tenido en el ejercicio de la función notarial. El segundo es identificar, determinar y discutir el origen histórico, doctrinario y legal de los diferentes problemas que afectan en la actualidad el ejercicio de la función notarial y proponer algunas soluciones. El tercero es la de despertar la preocupación en el gremio profesional notarial sobre

la necesidad de introducir cambios sustanciales en la Organización Legal del Notariado guatemalteco a través de la implantación de la Provisión de Notarías por el Sistema de Notaría Cerrada, el establecimiento del Sistema de Oposición como medio para ingresar al Notariado, la declaración de incompatibilidad en el ejercicio conjunto de la Abogacía y el Notariado y la limitación de la competencia funcional del Notario por medio del Numerus Clausus; con el fin único de garantizar la excelencia académica, idoneidad e imparcialidad del Notario guatemalteco en el ejercicio de la función notarial.

En el proceso de investigación se utilizó el análisis de fuentes históricas y el estudio comparado de la legislación notarial española, mexicana y guatemalteca, Para tal efecto, se consultó y revisó la bibliografía de varios autores internacionales y nacionales y la legislación notarial guatemalteca del periodo comprendido de 1871 a 1995; completado con las experiencias prácticas obtenidas en los diferentes trabajos de carácter jurídico desempeñados en instituciones gubernamentales y no gubernamentales en la capital y el interior del país.

Inicialmente el estudio sólo tenía por objeto sugerir el establecimiento del Numerus Clausus en el Notariado guatemalteco, como medio para solucionar la problemática que afronta hoy en día el ejercicio de la actividad notarial. Sin embargo, conforme se fue desarrollando el proceso de investigación, se advirtió que la implantación del Numerus Clausus no podría constituir por sí sólo un medio de solución, sino que es parte del un conjunto de condiciones que ha adoptado la Organización Legal del Notariado Latino para tener un Notariado bien organizado y Notarios con la garantía suficiente para ejercer la función notarial con eficiencia y probidad.

El estudio esta dividido en cuatro capítulos, conclusiones y recomendaciones.

El capítulo I contiene un esbozo doctrinario de la Fe Pública, clases de Fe Pública, fundamento de la Fe Pública Notarial e incluye un análisis de la definición de Notario Latino y de la

naturaleza y funciones notariales.

El capítulo II se refiere a la Sistematización Notarial. Se citan las diferentes doctrinas que sustentan esta materia y la clasificación de los Notariados según su organización en dos grandes categorías: Sistema de Notariado Sajón y Sistema de Notariado Latino; se determina que el Notariado guatemalteco pertenece al Sistema de Notariado Latino, pero que conserva en la estructura de su organización rasgos de los Sistemas de Funcionarios Judiciales y de Funcionarios Administrativos.

El capítulo III comprende un estudio histórico-comparado de la doctrina y legislación española, mexicana y guatemalteca en materia de organización legal notarial. En él se hace énfasis sobre el origen y desarrollo que en estos países han tenido las condiciones aceptadas como idóneas para alcanzar un Notariado Latino bien organizado legalmente. Estas condiciones son: Formación Jurídica - Idoneidad-, edad mínima, nacionalidad, buena conducta, determinación de las causas que provocan inhabilidad; determinación de las causas que ponen en peligro el deber de imparcialidad del Notario, limitación del número de Notarios actuantes (Numerus Clausus), provisión de notarías, gobierno y disciplina de los Notarios, implantación de Cajas de Retiro y retribución de servicios a través de honorarios conforme Arancel.

El capítulo IV en este se trata la problemática actual de la función notarial y se expone la propuesta de solución a la misma. Se identifican y analizan siete problemas: el empirismo, la limitada preparación académica del Notario, la falta de imparcialidad por el ejercicio conjunto de la Abogacía y el Notariado, la falta de eficiencia de algunos Notarios en el ejercicio de la función notarial, la deficiente distribución territorial de las Notarías en el territorio nacional, la competencia desleal y la falta de ética profesional en el ejercicio notarial. Los cuales se consideran como los principales problemas que afectan el ejercicio de la función notarial; se determina que éstos tienen su origen o están estrechamente vinculados, con la forma en que está estructurada la Organización Legal del Notariado

guatemalteco, por lo que se plantean cambios estructurales en el orden legal, académico y funcional como medio de solución para estos problemas.

Con este trabajo no se presente agotar el estudio del tema, sino motivar a otros aspirantes a Notarios y Notarios en ejercicio, para que inicien estudios y discusiones sobre el mismo, con el fin de lograr a corto plazo la reestructuración del Notariado y devolverle al NOTARIO el sitio que como profesional probo y dador de la FE PUBLICA debe ocupar dentro de la sociedad guatemalteca.

LA AUTORA.

CAPITULO I

LA FE PUBLICA, EL NOTARIO LATINO Y LA FUNCIÓN NOTARIAL

FE PUBLICA

Jurídicamente, fe pública supone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia se impone, porque no se llega a ella por un proceso espontáneo, sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que puedan decidir autóctonamente sobre su objetiva verdad, cada uno de los que forman el ente social.

En tal sentido, Gonzalo de las Casas dice que FE PUBLICA "es presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la Ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos"¹

Para Giménez Arnau, la expresión Fe Pública tiene dos sentidos: vulgar y jurídico que entrañan dos posiciones en cierto modo opuestas. Dar Fe - en sentido vulgar o meramente gramatical - es prestar crédito a lo que otra persona o autoridad manifiesta: es una actividad pasiva. En cambio Dar Fe - jurídicamente - equivale a atestiguar solemnemente; es un acto positivo. La potestad de atestiguar solemnemente no puede encomendarse de modo habitual a cualquier persona privada, sin una especial investidura previa; debe ser exclusiva de los funcionarios o autoridades a quien el Estado la encomienda. Por eso en su aceptación técnica puede definirse la FE PUBLICA como "la función específica de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo."² Oscar Salas, a su vez,

¹ Giménez Arnau, Enrique. Derecho Notarial. Madrid, 1976, pp.37.

² Ibídem, p.38.

define la FE PUBLICA como "la potestad de infundir certeza a actuaciones, hechos y actos jurídicos, robusteciéndolos con una presunción de verdad, por medio de la autenticidad conferida a los documentos que los prueban."³

FUNDAMENTO DE LA FE PUBLICA

"La fe pública, al igual que todas las instituciones que integran la publicidad jurídica o satisfacen sus necesidades, se producen fatalmente en la sociedad para la realización normal del Derecho que es uno de los fines del Estado[...] puede afirmarse que en donde exista una sociedad regida por una serie de normas, hace falta un conjunto de organismos que contribuyan al cumplimiento de esas normas y faciliten su eficacia"⁴

Ni las leyes - dice Azpeitia - las sentencias judiciales ni los documentos notariales podrían tener eficacia ante la sociedad organizada, si a cada momento pudiera ponerse en duda la legitimidad o autenticidad de su contenido. Por su parte Mengual afirma con acierto que el fundamento de la fe pública se halla en la necesidad que tiene la sociedad para su estabilidad y armonía, de dotar a las relaciones jurídicas de fijeza, certeza y autoridad, a fin de que las manifestaciones externas de estas relaciones sean garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos y hagan prueba plena ante todos y contra todos, cuando aquellas relaciones jurídicas entren en la vida del derecho en su estado normal."⁵

CLASES DE FE PUBLICA

Por ser la realización del Derecho uno de los fines fundamentales del Estado, es a éste a quien compete la reglamentación de las diversas funciones que pueden distinguirse en el amplio concepto de la fe pública. Así se tiene que pueden

³ Seijas, Oscar A. Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá. Costa Rica. 1973. p. 91.

⁴ Giménez Arce. op.cit. p.39

⁵ Ibidem. p.40.

diferenciarse, en principio y en atención a la clase de hechos a que se refieren, las divisiones siguientes:

a) **Fe Pública Administrativa:**

"Su objeto es dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado o por las personas de Derecho público dotadas de soberanía, de autonomía o de jurisdicción. El contenido de la fe pública administrativa comprende no sólo actos pertenecientes a la actividad legislativa o reglamentaria sino a los actos jurisdiccionales, de mera gestión.

Esta fe pública administrativa se ejerce a través de documentos expedidos por las propias autoridades que ejercen la gestión administrativa en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones de la administración."⁶ En el ordenamiento jurídico guatemalteco, los documentos autorizados por funcionarios o empleados públicos en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad."⁷

Es característica también de la fe pública administrativa que no tiene por su especial índole, un órgano exclusivo a quien esté encomendado; así en Guatemala, tienen fe pública administrativa los oficiales mayores de los Ministerios, los Secretarios de las entidades autónomas, semiautónomas y los de las municipalidades.

b) **Fe Pública Judicial:**

"Las facultades o limitaciones establecidas en la norma objetiva, pueden dar lugar a contienda o pugna entre el Estado y los particulares. Dada la trascendencia de las actuaciones ante los Tribunales civiles, penales, laborales o contenciosos administrativos, es lógico que todas estas actuaciones estén

⁶ *Ibidem* p.41

⁷ Art. 166, Decreto-Ley No. 107.

revestidas de un sello de autenticidad que se imprime en ellas en virtud de la fe pública judicial."⁸

El funcionario competente para dar fe del acto procesal, es el secretario judicial, cuya función autenticadora es esencialmente, igual a la del notario; diferenciándose sólo en los modos de intervención. En la legislación guatemalteca se prevé que "habrá en cada uno de los tribunales de justicia un secretario que autorice las resoluciones que se dicten y las diligencias que se practiquen."⁹

c) Fe Pública Registral:

Corresponde a los documentos emanados de registros públicos y que prueban los actos inscritos y su inscripción. En Guatemala funcionan varios registros, entre ellos: el de la Propiedad; el Mercantil; de la Propiedad Industrial; Civil; de Procesos Sucesorios; de Poderes y de Ciudadanos, todos los cuales están sujetos a un ordenamiento jurídico especial, acorde a sus funciones.

d) Fe Pública Notarial:

"La fe pública notarial consiste en la potestad de asegurar la verdad de hechos y de actos jurídicos que constan a quien la ejerce y que, en virtud de sus aseveraciones, serán tenidos por auténticos mientras no se demuestre judicialmente su falsedad"¹⁰

El ordenamiento legal guatemalteco prevé que el notario tiene fe pública para hacer constar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte y que los documentos autorizados por él producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de

⁸ Giménez Arnau, op. cit., p.43

⁹ Art. 105, Decreto 2-88 del Congreso de la República.

¹⁰ Salas, op. cit., p.91.

redargüirlos de nulidad o falsedad."¹¹

Fundamento de la Fe Pública Notarial

La fe notarial obedece a la necesidad general de toda prueba. Es decir, "llena una misión preventiva, de profilaxis jurídica y tanto sus orígenes históricos, como su evolución y actual desarrollo responden a la preparación de las pruebas preconstituídas que, a diferencia de las simples, no se originan en el curso de un juicio, sino que son anteriores a él y - en principio - serán suficientes para resolver el pleito o impedir que éste se plantee.

Esta misión de elaborar la prueba preconstituída es la que caracteriza a la fe pública notarial. Por esa finalidad puede llegarse a conceptualizar como la función pública y técnica por cuya interposición los actos jurídicos privados y extrajudiciales que se someten a su amparo adquieren autenticidad legal."¹²

Oscar Salas señala que el fundamento de la fe pública notarial "radica en el deber del Estado, como resguardador de la paz social, de proteger los derechos subjetivos, evitando que surjan contiendas que requieran la intervención de los tribunales. Para llevar a cabo tal protección, el Estado necesita conocer con certeza los derechos sobre los que debe ejercerse esa tutela impidiendo que se niegue su existencia y garantizando su efectividad; necesidad que viene a llenar la fe pública notarial."¹³

EL NOTARIO LATINO

El vocablo Notario se aplica a quien, en forma permanente, ejecuta todas las atribuciones propias de la función notarial, no

¹¹ Arts. 1 y 166 de los Códigos de Notariado y Procesal Civil y Mercantil.

¹² Giménez Arnau. op.cit. pp.44-45.

¹³ Salas. op.cit. p.92

como accesoria de otra, sino como principal de quien la desempeña.

Su definición no es tarea fácil debido a que la mayoría de los elementos que deben integrarla varían de un sistema notarial al otro y, aún dentro del mismo sistema de país a país según lo adopte en su forma más pura o mixtificada.¹⁴ Verbigracia, en el Sistema de Notariado de Funcionarios Administrativos puede ser un empleado administrativo; en el de Funcionarios Judiciales un funcionario judicial; y, en el Latino un profesional del derecho, un funcionario público o un profesional libre. Pero hay una característica constante y universal del notario; es el depositario de la fe pública en las esferas de las relaciones privadas y, como tal tiene el poder de conferir una presunción de veracidad a los actos en que interviene y los hechos que presencia y auténtica.

En este orden de ideas, acerca del Notario en el Sistema del Notariado Latino, existen varias definiciones, las vertidas por los tratadistas, por los legisladores de los países que integran el Sistema y la de los Organismos de carácter nacional o internacional especializados en la materia. Ante esta diversidad cabe mencionar las siguientes:

Giménez Arnau define al Notario como "un profesional del Derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia sólo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria."¹⁵

La ley Orgánica del Notario español, dice que "es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales"¹⁶

La ley del Notariado del Distrito Federal de la ciudad de

¹⁴ Ibídem, p. 153.

¹⁵ Giménez Arnau, op. cit. p. 52

¹⁶ Ibídem, p. 53

México, define al Notario como "el funcionario público investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley, a los instrumentos que consignent los actos y hechos jurídicos. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte." ¹⁷

El primer Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1948, lo define como "el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir las copias que den fe de su contenido." ¹⁸

A criterio de la autora de este texto, esta última definición constituye en esencia lo que es y debe entenderse por Notario. Bajo esta premisa a continuación se hace un análisis de los elementos que la integran, con el auxilio de los conceptos que sobre el particular da el Notario Hugo Pérez Montero ¹⁹ en la forma que sigue:

1.- Profesional del Derecho encargado de una función pública...

La condición de profesional del Derecho, le da al Notario Latino una doble ventaja, la de afirmar el ejercicio de profesión descartando la estatización y la de asegurar una idoneidad técnica que implica el ejercicio integral de la función notarial.

A diferencia de las definiciones legales citadas, nótese que se utiliza la expresión profesional del derecho en vez de la de funcionario público. Se ha omitido usar esta última denominación porque, aplicado al notario, sólo podría ser en el sentido más amplio a que se refiere el Diccionario de la

¹⁷ Pérez Fernández del Castillo. Derecho Notarial. México. 1967. p. 119.

¹⁸ Pérez Montero Hugo. El Notario. Organización Notarial Latino. Publicación No. 8 del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. 1972. p. 1

¹⁹ *Ibidem*, pp. 2 a 3

Real Academia Española, o sea comprendiendo a toda persona destinada por el Estado a cumplir una función pública.

El Notario está encargado de cumplir una función pública, pero se diferencia del funcionario estatal porque no percibe salario alguno del Estado, sus honorarios son pagados por el usuario de sus servicios, quien tiene además la libertad para elegirlo, no está sometido a jerarquía técnica, aún cuando puede estar controlado por algún organismo del Estado, tiene responsabilidad por un mal ejercicio de la profesión o por una desviación de su conducta, las reparaciones corren a su cargo y no del Estado.

Es importante observar que tanto en la definición comentada como en las otras, no se utiliza el vocablo *Escribano*; conceptualmente, es diferente al de *Notario*; su definición lo confirma pues es "el oficial o secretario público destinado a redactar cuanto pasa en el juicio y autorizar las escrituras de los actos y contratos que se celebran entre particulares"²⁰ esta definición de *escribano* conduce a considerarlo como un antecesor del *notario*, que ocupa un lugar propio dentro de la evolución histórica del *Notariado*. El uso indistinto de ambos vocablos es antitécnico y según *Ossorio*²¹ el empleo del mismo aún hoy en día en algunos países por ejemplo Uruguay y Argentina, por un reparo eufónico, es un arcaísmo desdeñable.

2.- ...consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes...:

Puede considerarse como la actividad más técnica de la función notarial, comprende la obligación profesional que

²⁰ Luján Muñoz Jorge. "Los Escribanos en las Indias Occidentales". Guatemala. 1977. p. 1.

²¹ Ossorio y Florit, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales". Buenos Aires, Argentina. 1974. p. 299.

tiene el Notario de asesorar a las partes que solicitan sus servicios a fin de encuadrar su voluntad a la conducta permitida por la ley. En algunos casos el Notario se encuentra con que los actos que se proponen realizar las partes no están nominadas en la ley, es entonces cuando dentro de lo atípicamente permitido por la ley, auxiliado de su formación profesional y conforme al deseo manifestado por éstas, debe crear la figura jurídica idónea para ser revestida de forma instrumental. Es aquí en donde con mayor exactitud se aprecia la labor asesora del Notario.

La importancia de esta actividad se evidencia en las resoluciones emitidas por la Unión Internacional de Notariado Latino citadas a continuación:

- "Que el aspecto o cualidad de asesor en el notario, sea expresamente reconocido por los poderes públicos en los países de la Unión en que todavía no lo fue. París, 1954."²² La ley notarial guatemalteca " y los códigos de fondo no se refieren expresamente a esta cualidad, por haber estimado el legislador innecesaria la mención, toda vez que la elaboración notarial de un contrato requiere conocimientos especiales que sólo el notario, con su cultura universitaria, puede ofrecer a las partes contratantes."²³
- "El notario Latino por el hecho de estar encargado de aplicar la ley en los contratos que autoriza, actúa como un asesor de las partes en cuanto a ellas; además ante su oscuridad, sus contradicciones y sus omisiones está llamado a aclararlas e interpretarlas. La práctica notarial es así una fuente de derecho que completa la

²² Perales, Carlos Enrique. "La legislación Notarial Guatemalteca ante los principios del Notariado Latino." Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala, Oct., 1958, p. 10.

²³ Idem.,

obra del legislador. Río de Janeiro, 1956."²⁴

3.- ...redactando los instrumentos adecuados a ese fin...;

El Notario Latino una vez que ha encuadrado la voluntad de las partes en las normas jurídicas que regulan el acto o contrato, procede a la elaboración del instrumento público, para lo cual goza de total independencia técnica, por lo que de él dependerá que el futuro del acto o contrato celebrado ante sus oficios surta plenamente los efectos jurídicos deseados.

Para la consecución de este fin, es esencial que el Notario posea una formación profesional adecuada, que le permita calificar si las partes son titulares de los derechos que dicen ostentar y de la calidad con que actúan; nominar el negocio jurídico, faccionar el instrumento idóneo conforme a la ley, prever y evitar cualquier posible contingencia que pueda provocar conflicto posterior y afectar la eficacia jurídica del instrumento.

4.-...confiriéndoles autenticidad...

Es considerada la actividad más importante del quehacer notarial, se materializa en el momento en que el notario imprime su firma y sello en el instrumento público; en virtud de la fe pública de la cual está investido se tiene por cierto y auténtico el acto o contrato que autorice, mientras no se pruebe lo contrario.

5.- "...conservando los originales y expedir copias que den fe de su contenido."

Es imperativo en el Sistema de Notariado Latino, que los originales firmados por las partes y autorizados por el Notario, queden en su poder bajo su guarda y custodia; ésto ha dotado a los documentos de la máxima seguridad en lo que

²⁴ Informe al Congreso Internacional del Notariado Latino. Boletín del Congreso de Abogados de Guatemala. Año VI, Junio 1957. Ac. 8. p. 8.

respecta a la conservación y a la integridad de su texto. La ley le autoriza a expedir testimonio o copia del documento con igual valor que el original, el cual admite en caso de duda confrontación con la matriz.

Es menester indicar que el Código de Notariado guatemalteco, a diferencia de otras legislaciones, no contiene una definición expresa de Notario, pero en el conjunto de sus normas están desarrollados los elementos esenciales de la definición de Notario aprobada en el Primer Congreso de Notariado Latino, que ha sido analizada suscitadamente.

FUNCIÓN NOTARIAL

"La función notarial es un sinónimo de la actividad que despliega el Notario. Son las diversas actividades que realiza el Notario.

En un sentido meramente jurídico, Neri dice que a la expresión función notarial se le juzga como: "la verdadera y propia denominación que cabe aplicar a las tareas que despliega el notario en el proceso de formación y autorización del instrumento público..."

Como antes se apuntó, el problema estriba en que si el Notario es funcionario público o no, o si la función pública que presta lo hace funcionario.

En Guatemala, el Notario no es un funcionario público, es un profesional del derecho que presta una función pública. Aunque tampoco podemos olvidar que algunas de nuestras leyes lo reputan como funcionario público, por ejemplo las leyes penales, establecen sanciones para algunos funcionarios y entre ellos menciona al Notario. Pero la ley específica, el Código de Notariado, no lo reconoce como tal.²⁵

Sobre el particular existen varias teorías que tratan sobre la naturaleza de la función notarial:

a.) Teoría funcionarista o funcionalista.

²⁵ Neri: Nery, "Introducción al Estudio del Derecho Notarial", Guatemala 1990, p.25 y 26.

- b.) Teoría profesionalista o profesionista.
- c.) Teoría Ecléctica.

Para efectos de este estudio se analizara únicamente la teoría ecléctica haciendo una revisión de lo apuntado por algunos tratadistas en la materia.

Teoría Ecléctica: "La teoría funcionarista - según otros -, llevaría al absurdo de admitir la posibilidad del libre ejercicio de una función pública en países como Uruguay, (también en Guatemala) 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 puede ser considerado representante de una persona física o ideal 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.

Las legislaciones notariales de todos los países centroamericanos consideran el notariado como una profesión {...} Ninguna de ellas requiere que los notarios sean nombrados sino que obtengan una autorización para ejercer o un exequátur de la Corte Suprema de Justicia, o registrar en ella el título que los capacite para ejercer el Notariado; pero tal autorización, exequátur o registro, debe hacerse a favor de quienes reúnan los requisitos legales. Salvo los impedimentos que señalan esas legislaciones {...} el derecho de ejercer el notariado se deriva del título de abogado (en algunos casos) o de notario, o de estar autorizado para el ejercicio de la profesión de notario en el país (estos dos últimos casos presuponen también el título de abogado). Todo ello

es indicativo de que se considera el notariado una profesión."²⁶

Muñoz advierte sobre esta teoría que "es la que más se adapta al caso de Guatemala, ya que se acepta que 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.

El Notario no es nombrado, ejerce su profesión inmediatamente que ha llenado los requisitos que la ley exige {...} En fin el notario guatemalteco, es un profesional del derecho encargado de una función pública. Por eso en mi opinión, la teoría ecléctica es la que más se aplica en el caso de Guatemala."²⁷

Peralta dice que el notario guatemalteco "se ha desligado por completo del Estado, siendo hoy en día un profesional independiente. Sus tareas específicas son hacer constar la autenticidad de los actos y contratos en que intervenga y reflejar en los instrumentos que autorice la verdadera naturaleza jurídica de dichos actos y contratos. Es decir que se trata de una función técnica, de cultura universitaria, en la que se requiere poseer un alto sentido de discriminación y profundo conocimiento del Derecho.

Además hoy en día ya no es el Estado el que inviste de fe pública al Notario o Escribano, sino la ley, en virtud de la cual puede ejercer esta profesión toda persona que reúna los requisitos establecidos en la misma."²⁸

Fernández del Valle, indica que "vale la pena recordar, también que el Notario es - por lo menos dentro del sistema neolatino - un profesional del Derecho que aplica rectamente las

²⁶ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

²⁷ *Ibidem*, p. 28 y 29.

²⁸ Peralta, Carlos Enrique. "Función Notarial". *Boletín Colegio de Abogados*, año ... mayo 1953, p. 1.

normas jurídicas, que tiene conciencia de su función social y que sabe adoptar, sin violentar, la norma al caso particular."²³

Funciones Notariales:

Vallet de Goytisolo al referirse a las funciones del Notario Latino lo hace resumiendo sus actividades en dos vertientes, una AUTENTICADORA en virtud de la cual se da fe de aquello que se percibe por los sentidos y que constituye el contenido de cuanto se redacta y se expone en el instrumento público y otra en la que se desarrolla la función CONFORMADORA que consiste en ser dador de la forma.

Esta función CONFORMADORA se caracteriza porque la efectúa el Notario mediando entre personas, que, ya inicialmente, están de acuerdo para realizar un contrato o bien, actúan por sí solas disponiendo en la esfera de su propia competencia, es decir, realizan lo que modernamente se ha denominado negocios jurídicos, concepto en el que se incluyen también los otorgamientos de última voluntad, e incluso, la formulación de una oferta que, mediante su ulterior aceptación sirve de base para perfeccionar un negocio jurídico bilateral.

Esta es una función que se realiza en la vida normal sin que se produzca contienda. Esto determina que el Notario Latino ocupa una posición característica en el desarrollo y ordenamiento del tráfico jurídico, que implica e impone el deber de imparcialidad entre ambas partes, y lo diferencia del Abogado que siempre aboga por una de ellas.

La función redactora que se desarrolla en la vida normal es fundamentalmente de traducción jurídica. Para hacerlo, fiel y escrupulosamente, algunas veces no sólo se debe traducir lo que ha sido expuesto verbalmente o en notas escritas y que concientemente quiere quien solicita el instrumento. A veces también se tiene que alumbrar su subconciante, debe preguntársele, autoindagarlo para

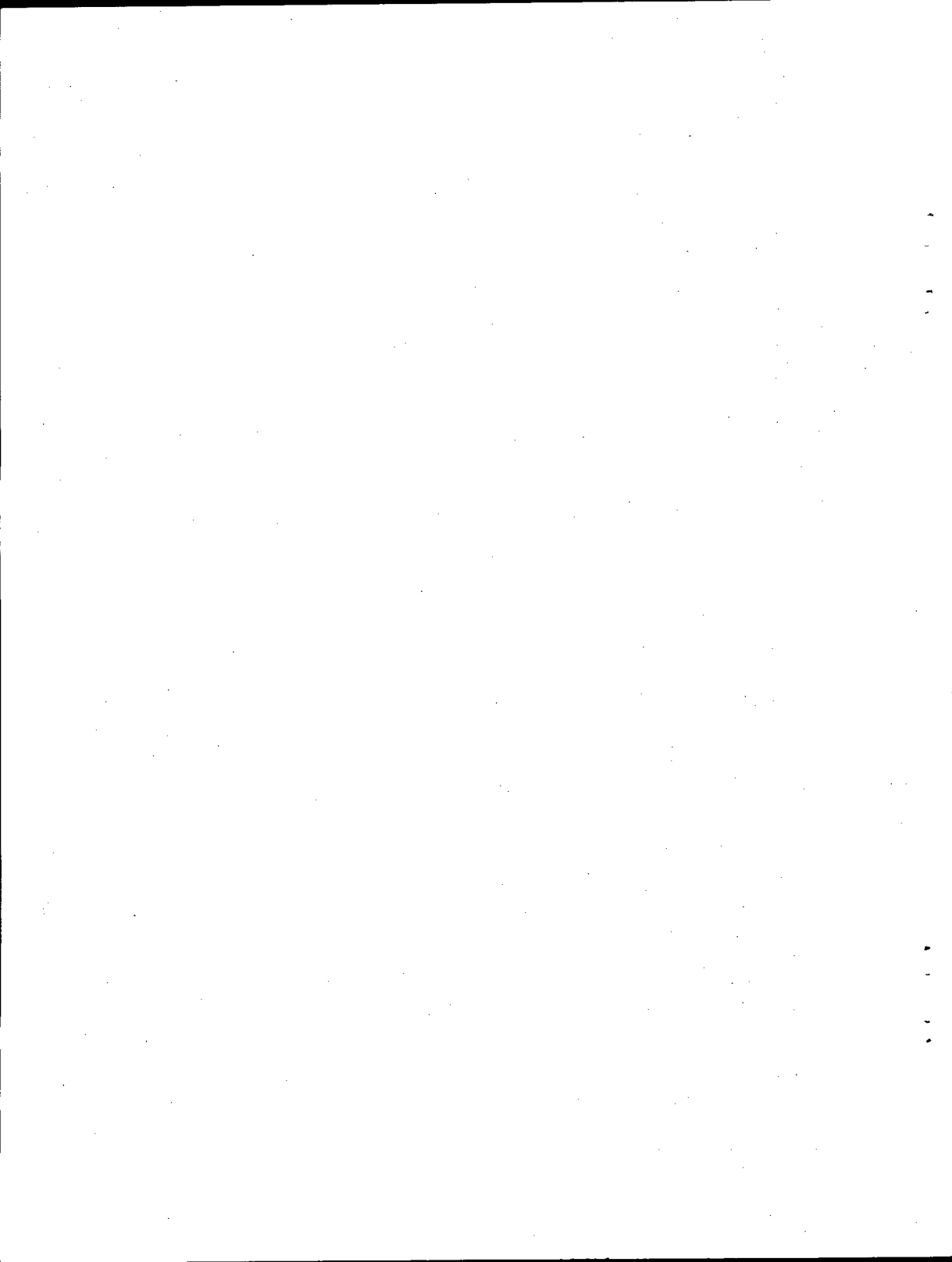
²³ Fernández del Valle, AB. "Misión y Dignidad del Notario". Revista de Derecho Notarial, México, D.F., 1937, No. 26, p.117.

que piense y rectifique si fuere preciso aquello que inicialmente solo creía tener claro porque no había contemplado totalmente cuanto tenía que decidir, ni había alumbrado lo que en su subconciencia pretendía.

Esta labor de alumbramiento, viene a ser algo así como un presupuesto previo de la tarea que se debe realizar de dar traducción jurídica a las voluntades empíricas de las partes. Seguidamente comienza la labor de conformación de los medios a los fines, eligiendo alguna figura típica o bien desarrollando una construcción en el ámbito de lo que atípicamente es permitido en la vida jurídica. Se trata de lograr el resultado que más adecuado sea para la finalidad pretendida por las partes. Es una tarea configuradora en la cual se debe insertar las cláusulas y concatenar las garantías que sean precisas para la plenitud de la perfecta, pacífica y segura realización de los fines deseados, en cuanto sean lícitos.

En la labor conformadora, por lo tanto, el notario latino tiene que moverse entre la voluntad de las partes de un lado y la ley y el orden natural de las cosas, de otro. La ley es un muro, otras, un carril que resulta la única vía a través de la cual se puede discurrir, ya que de seguir por otro camino se encontraría el muro de una prohibición. Otras veces, simplemente se halla en la ley un medio que se puede utilizar, una pauta que facilita distintos caminos y señala directrices para ir efectuando esa labor de adaptación que constituye la tarea del notario." ³²

³² Vallés de Goytisolo, Juan. La Función del Notariado y la Seguridad Jurídica. Revista Internacional del Notariado. Argentina. 1971. No. 74. pp. 23 a 31.



C A P I T U L O I I

SISTEMAS NOTARIALES

Una visión panorámica, a través de la historia y en toda la extensión del derecho comparado, permite contemplar que el notariado está organizado de diferente forma en todos los países debido a que cada uno en su proceso de estructuración jurídica ha dependido de diversos antecedentes. Pero ésto no obsta para que varias legislaciones sean parecidas a causa, precisamente, de la analogía de normas de fondo y forma que configuran la estructura de cada notariado.

El estudio comparado de estas legislaciones ha dado origen a la categorización del notariado en tipos o sistemas. Cabe advertir, sin embargo, que los tratadistas han sustentado varias concepciones; más al no haber logrado uniformidad de criterios, proclaman la clasificación respondiendo a diversos aspectos, tales como la naturaleza de la función, sus alcances, modo de realizarla, o atendiendo a la intervención del Estado en la función notarial. Debido a esos factores la clasificación a la que se ha llegado no puede considerarse absoluta.

El intento de sistematizar las diversas legislaciones no es tarea fácil, pues las diferencias de fondo y especialmente las de forma que tienen sus contenidos, dan la pauta para subcategorizar. De ahí que, en lo que concierne a las legislaciones estatales del notariado, las doctrinas en general sólo se amoldan a los principios de fondo que permiten la clasificación y en cuanto al contenido de forma, es materia de orden secundario que en nada hace alegable a la sistematización.³¹

Se infiere entonces que en materia de sistematización notarial no existe una clasificación absoluta, sino varias, basadas en diferentes criterios; el estudio y análisis de algunas doctrinas

³¹ Nery, Argentino. "Tratado Técnico Práctico del Derecho Notarial". Volumen I. Parte General. 1959. p.484.

permitirá confirmar o descartar esta premisa, a la vez, conocer la importancia de la sistematización, el criterio de cada autor, las diferencias, similitudes y evoluciones históricas que han acusado los contenidos de las legislaciones comparadas y de la sistematización, desde su inicio hasta los actuales días y quizás dejar entrever cierta uniformidad de criterio en varios tratadistas al clasificar predominantemente las legislaciones comparadas en dos grandes categorías denominadas modernamente SISTEMAS NOTARIALES SAJON Y LATINO.

1.- DOCTRINA DE MEYER

Los primeros intentos de sistematización aparecen con MEYER en 1818, al publicar la primera edición de su obra "Espirit, Origine et Progres Des Institutions, Judiciaires de Principaux de L' Europe" en donde hace un relato histórico de las instituciones judiciales de los Países Bajos y de Francia; refiere que las normas jurídicas notariales de estos países, fueron instituidos por los Borbones en la ordenanza de 1494 y reorganizadas por Carlos V, en 1584. Estos antecedentes le permitieron distinguir dos clases de notarios: Los designados por los soberanos y los señores feudales y los nombrados por el resto de los pobladores (comuni); a la vez, pudo constatar que la intromisión del poder judicial en las funciones notariales, so pretexto de un mejor control, llegó hasta el punto de casi anularlas. Seguidamente compara ese notariado con el surgido de la Ley de Ventoso en 1808, se vale para ello de las atribuciones y facultades que se concedieron al Notariado con lo cual concluye que, mientras en los Países Bajos no hubo distinción entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa, en Francia estas jurisdicciones quedaron bien definidas pasando a los Notarios casi todos los actos de la jurisdicción voluntaria.

Mengual y Mengual al referirse a esta doctrina argumenta que MEYER se fijó más en la esfera de actuación del notario que en su organización jerárquica, prescindiendo de los

principios inmutables y permanentes que le son peculiares y sobre los cuales debe establecerse una clasificación de los sistemas notariales.³²

Argentino, por su parte, manifiesta que los estudios de MEYER son interesantes, sin embargo, ofrecen un punto débil pues trasuntan una total concreción a los antecedentes históricos y al desarrollo profesional de la notaría, que no a los principios normativos que hacen a la estructura del Notariado.³³

No obstante lo anterior, ambos tratadistas coinciden en que la obra de MEYER si bien no constituye una clasificación de Sistemas Notariales, deja vislumbrar un Sistema de Notariado Libre.

2.- DOCTRINA DE MOSCATELLO

El autor italiano MOSCATELLO en su obra "la Nuova Legge Notariale Italiana" publicada en 1876, clasifica los sistemas de organización notarial de su época y afirma "que la institución del notariado no está organizada, igualmente en todos los países, ni presenta la misma forma ni un mismo tipo común."³⁴ Con base en ello y sin tener en cuenta las pequeñas diferencias y sí los principios generales que informan a las legislaciones notariales de los distintos países, establece tres tipos o sistemas de clasificación, así:

- a.) Legislaciones que no se ocupan del acto auténtico ni establecen el funcionario público encargado de autorizarlo. Lo ubica en Inglaterra y sus colonias, Dinamarca y algunas naciones americanas.
- b.) Legislaciones que por considerar el acto auténtico como

³² Mengual y Mengual, Jose María, "Elementos de Derecho Notarial", Tomo II, Vol. I, Introducción y Parte General, 4to 1930, pp. 365 y 370.

³³ Kery, op.cit. p.485.

³⁴ Mengual y Mengual, op.cit. p.370.

constitutivo de la prueba más completa, conceden a los magistrados judiciales facultad de autorizarlo; confundiendo de tal manera, al notario con el juez y la jurisdicción voluntaria con la contenciosa. Con la salvedad de la existencia de pequeñas diferencias lo encuentra, en Rusia, Suecia y Sajonia.

- c.) Legislaciones que dejan al juez la facultad de decidir en casos de controversia de derecho y crean la autenticación de los actos libremente convenidos, en un funcionario o un magistrado especial, independiente del primero. El antecedente de este sistema lo advierte en Francia en donde el Rey Luis XI separó la jurisdicción voluntaria de la contenciosa y creó sesenta notarios con la facultad de hacer constar con autoridad propia y en nombre del rey, la voluntad de los particulares. La separación de jurisdicciones quedó según MOSCATELLO, bien definida en las leyes de 1791 y 1803. Sitúa este tipo en Italia, Bélgica, Holanda, España, Polonia y Austria.³⁵

Argentino al expresar su criterio sobre esta doctrina, indica que es dable observar que MOSCATELLO no hace depender su clasificación de los principios básicos del notariado, sino de la función representativa, lo que hace subestimar lo orgánico de la institución a lo representativo de la función y a aceptar que la sistematización se aferra en las facultades concedidas, en la eficacia jurídica del acto que se autoriza y en la concepción funcional del notario.³⁶

3.- DOCTRINA DE LA GRASSERIE

Raoul de la Grasserie expuso su doctrina de sistematización notarial en su libro "L'Etat actuel de la réforme du Notarial en France" publicado en 1898. En donde

³⁵ *Ibidem*, pp. 370 e 372.

³⁶ *Nery*, op. cit., p. 466.

conceptualiza cuatro tipos de organización notarial, así:

- a.) Germánico: seguido por Austria, Hungría, Baviera, Alsacia, Lorena, Hannover, Cantón de Bavière de Suiza y Prusia; en los que se considera al Notariado como un funcionario público, profesional y autenticador sin formar corporación alguna.
- b.) Latino: seguido por Italia, España, Portugal, Grecia, Génova, Argelia, Bélgica, Wud, Nefchatel y Bajo Canadá; en donde el notariado es colegiado, se ejerce en función legitimadora, extrajudicial; el notario es tenido como funcionario público y dentro del límite de su actividad; y, como jurisperito, asesora, redacta y autoriza actos humanos voluntarios lícitos productores de efectos jurídicos.
- c.) Eslavo: lo ubica en Rusia, pero no le asigna ninguna característica.
- d.) Escandinavo-anglo-americano: en éste agrupa a Inglaterra, Suecia, Noruega, Dinamarca e indica que se distinguen por nombrar los notarios entre otros funcionarios del Estado. No se caracteriza por ser un estado corporativo independiente, pues comparten las funciones notariales, los funcionarios de esta índole y los del orden judicial; para la datación de la fe pública debía recurrirse, en subsidio, a la magistratura judicial.³⁷

Este autor considera a Francia en forma independiente, no la agrupa dentro de los tipos descritos, no porque sustantivamente su organización difiriera de los funcionarios de otras legislaciones notariales sino por el hecho singular de la enajenación de la venta del oficio.³⁸

4.- DOCTRINA DE BELLVER CANO

³⁷ Mengual y Mengual. op.cit. pp.379 y 380.

³⁸ Nery. op.cit. p.465

Este tratadista por su obra "Principios de Régimen Notarial Comparado", debe tenersele según Mengual y Mengual, como el escritor que ha llegado a la cumbre en estudios de legislación comparada en materia notarial, trató y dogmatizó la materia de organización notarial española y extranjera, sistematizó las distintas legislaciones dando un estudio completo de organización notarial internacional. BELLVER CANO logra distinguir los cinco tipos de notariado siguientes:

- 1.) Tipo libre o inglés: lo sitúa en los países anglosajones, Gran Bretaña, Estados Unidos y Suecia. Tiene como característica: a) que el Notario es un profesional privado; b) que el instrumento es un principio de prueba que ha de ser convalidado judicialmente para gozar de autenticidad.³⁹
- 2.) Tipo profesional público: lo ubica en los países germánicos modernos, Alemania, Austria y en algunos cantones suizos. Le "llama así porque sus funcionarios tienen el carácter de profesionales libres, a quienes se les concede por el estado un privilegio que significa una restricción para los demás, algo así como una exclusiva competencia."⁴⁰ Características:
 - a) El notariado es una función pública, de concesión del Estado, obligatoria y reglada.
 - b) El instrumento tiene valor de prueba preconstituida, salvo tacha de falsedad.
- 3.) Tipo funcionario público latino: Es un tipo intermedio, en el que el notario es un funcionario público no exclusivo, sino más o menos restringido, pues actúa como representante del Estado. Este sistema lo observa en los países neolatinos como Francia, España, Italia, Bélgica, Portugal y países sudamericanos, y en él advierte las

³⁹ Mengual y Mengual. op.cit. pp.361 a 363.

⁴⁰ Ibery. op.cit. pp.463 y 464.