

LA FUNCIÓN NOTARIAL

Por: Dr. Mario AGUIRRE GODOY *

* Notario de Guatemala. Vice Presidente Honorario de la Unión Internacional del Notariado Latino, mayo 9 de 1986.

Cuando recibí la honrosa invitación para participar en el Foro, pensamos con Guillermo y con la distinguida Superintendente, que cabría la posibilidad de que reflexionáramos un poco sobre la función notarial. Desde luego que ustedes saben mejor que yo, que ese tema abarca todo el derecho notarial y que *hacer una síntesis de sus principales aspectos es una tarea bien delicada y difícil*. He pensado que tal vez si creamos un poquito de interés entre ustedes, en ciertos aspectos de orden histórico y en otros propiamente notariales, podemos crear un *cúmulo de inquietudes que les permita meditar sobre ellos*. No quiero particularizar en la historia del notariado en Colombia, puesto que ustedes la conocen mejor que yo. Por eso quiero referirme a lo que ha pasado en mi país, pues más o menos las condiciones que imperaron en él durante la Colonia y en el período post-independiente son similares a las de vuestro país, de una u otra manera.

En Guatemala, que fue Capitanía General, el escribano como entonces se le llamaba, tenía una función importantísima dentro del sistema burocrático que imperaba en la Colonia y los principios que se consagraban en la legislación de Indias eran más o menos semejantes a los señalados en la legislación española. En ésta los diferentes tipos de escribanos eran los siguientes: el escribano real, el escribano del consejo de ayuntamiento, el escribano de número y el escribano de cámara; éste, para los efectos de nuestra exposición era el más importante porque era el escribano de la Real Audiencia.

Cuando vino la independencia de Guatemala, mejor dicho de las Provincias Unidas de Centro América, en 1821, este régimen se modificó y aquellos notarios reales se convirtieron en notarios nacionales. La primera ley que se emitió en Guatemala fue la ley sobre los escribanos del 17 de noviembre de 1834. En 1830, la cartulación fue asumida por el gobierno, lo que conocemos como estatización y no dio resultado; en 1839 se emite la ley constitutiva del supremo poder judicial de Guatemala, correspondiéndole a la Corte Suprema hacer el recibimiento, como entonces se llamaba, de los escribanos y por decreto del 30 de marzo de 1854, se estableció que era competencia del Presidente de la República fijar el número de escribanos nacionales y concederles lo que se denominaba en ese tiempo la legislación FIAT, o sea la gracia, la concesión y expedir el título.

De ahí damos un salto hasta el Código de Procedimiento Civil de

1877, en cuyos artículos 144 a 190, se dictaron las normas relativas a los escribanos de actuación, que tenían tareas propiamente judiciales y a los escribanos cartularios o de instrumentación. Es por eso que no se puede separar de la historia, ese vínculo que existía entre los escribanos en el orden judicial, porque ante ellos pasaban todas las actuaciones judiciales y los escribanos de actuación que eran los mismos que actuaban en la instrumentación.

El 21 de mayo de 1876, pero solo vigente a partir de 1878, se emitió el reglamento de la ley de instrucción pública, con el cual se establecieron en mi país las carreras de derecho y de notariado, que en un principio tenían una duración de cinco años. Después, en 1879 se creó la carrera de notariado con cuatro años y la de derecho con seis años. Todo esto se llevaba a cabo en la Facultad de Jurisprudencia y Notariado, o sea que en esta primera ley de 1876, es cuando aparece la voz o término de notariado o de notario, antes escribanos. No sé cuándo ocurrió esto en Colombia, pero debe haber sido una cosa similar, antes escribanos y a partir de cierto momento histórico, notario. Luego se emite la ley orgánica y reglamentaria del poder judicial el 17 de febrero de 1880, con la cual se crea el archivo general de protocolos. Finalmente, por Decreto 271 del 20 de febrero de 1882, que entró en vigor el 1º de abril, se adoptó la ley de notariado, de cuyo texto me voy a permitir leerles por curiosidad el artículo 144: "Habrá en cada departamento funcionarios que autoricen las providencias judiciales, actúen en los pleitos, extiendan los instrumentos públicos y custodien los archivos". Es decir, esta norma contempla lo mismo que los notarios hacen ahora, pero separadamente, pues en ese tiempo actuaban judicialmente y fuera del juicio. Estos funcionarios eran de dos clases, primero de actuación y segundo cartularios o de instrumentos. En esa ley se definió además lo que es el notariado, así: "artículo 1º "El notariado es la institución en que las leyes depositan la confianza pública para garantía, seguridad y perpetua constancia de los actos oficiales y de los contratos y disposiciones entre vivos o por causa de muerte".

Luego ya en el presente siglo, se han expedido dos decretos; uno que tuvo una vida efímera, por allá por los años treinta y tantos y el actual Código de Notariado del año 1946. Esta es a grandes rasgos la historia legislativa notarial en mi país en el período post-independiente. Me imagino que en Colombia la evolución ha sido similar.

Conociendo esos datos históricos, entremos ahora a temas jurídicos y a mí me gusta hacer una reflexión al comienzo de las exposiciones jurídicas, de esta manera: ¿Cómo piensan ustedes que se realice el derecho en cualquier Estado, en cualquier comunidad? Cuando esta pregunta se formula al que sabe derecho y al que no sabe derecho, su respuesta es casi común. El derecho se aplica y cuando se viole en al-

guna forma, hay que repararlo acudiendo a los tribunales. Pero la verdad es que la realización del derecho no tiene sólo ese primer aspecto que aflora casi espontáneamente: la violación de la norma jurídica y su posible restauración. Entonces cuando se afina el pensamiento jurídico y se piensa en los distintos modos de tutela jurídica, ya tenemos que pensar un poco más hondamente. Lo primero es eso, la tutela jurisdiccional. Eso es evidente, vamos a los tribunales y qué vemos, vemos juicios por daños y por una serie de actos ilícitos civiles o penales. Eso es lo que se ve, expedientes y más expedientes, pero la verdad es que la manifestación del derecho es diferente. Piensen ustedes en aquellos casos en que no hay violación de una norma jurídica, pero hay falta de certeza de la norma jurídica. ¿Por qué? Porque uno cree que esta norma tiene estas consecuencias y otro cree que tiene diferentes consecuencias y obviamente en ese caso el derecho es incierto y no hay violación de norma; sino que hay falta de certeza de la misma. Quien puede resolver esa falta de certeza en un conflicto, no para lograr un fin reparador, falta de seguridad en la correcta interpretación de una norma jurídica, sino para suplirla es el órgano jurisdiccional y no otro. Y esta otra forma de tutelar, es una tutela jurídica contra la falta de certeza del derecho. De ahí se originan precisamente las acciones declarativas para establecer los exactos alcances de una norma jurídica.

Pero hay situaciones en que es totalmente imposible resolver o disolver o crear una situación jurídica sin que intervenga un órgano jurisdiccional, como es el caso del divorcio. Los contrayentes no pueden decir: hoy estamos casados pero mañana no, porque para ello se requiere algo más, de una declaración judicial. Es decir, hay una serie de situaciones de ese tipo que requieren la intervención de alguien, de un funcionario y es esa una forma de tutela jurídica que se llama garantía jurisdiccional con finalidad constitutiva. Ustedes ya van captando la relación que pueda existir con la actividad notarial.

Pero además hay otra tutela. ¿Qué ocurre si en el lapso en que efectuó una reclamación judicial y el momento en que llega el remedio jurisdiccional, algo desaparece? Como acreedor, demando el cumplimiento de la obligación, pero el deudor enajenó sus bienes, con lo cual cuando el remedio jurisdiccional llega, éste de nada va a servir. Tiene que existir alguna otra tutela. ¿Qué ocurre cuando están sucediendo circunstancias de hecho que por alguna razón hay que fijarlas, hay que establecerlas para que perduren documentariamente, porque si no desaparece el daño causado, las huellas, los rastros, los vestidos? En todos estos casos también debe haber una tutela jurídica. ¿Quién la puede dar? Obviamente el Juez. Pero puede haber también otra actividad de fijación o constatación de hechos y esa tutela jurídica se llama garantía jurisdiccional con finalidad cautelar. Recuerden ustedes que preci-

samente Carnelutti, y hablando de la figura jurídica del notario, decía que una de sus funciones era precaver y recuerden ustedes también los otros efectos que se le atribuyen al documento notarial, que no será una cuestión de la esencia del documento, pero sí el efecto de prueba preconstituida.

No es tan sencilla, entonces, la forma como se realiza el derecho, por la violación de la norma y la reparación del daño, que es la que vemos corrientemente en los tribunales. El espíritu sutil del jurista tiene que ir más allá, pues hay situaciones en que el derecho opera con una finalidad constitutiva, otras con una finalidad declarativa y otras veces con una finalidad cautelar.

Veamos ahora al notario, al notario o al escribano como aún se le sigue llamando en algunos otros lugares. Obviamente una necesidad social crea una determinada función y una función también conforma un determinado órgano. Es así como surge el notario. De una necesidad social nace la función notarial y el órgano que se va perfeccionando cada día. Lo primero que se pregunta cualquier notarialista y es una discusión que se mantiene todavía; ¿qué es el notario? ¿Es un funcionario público? ¿Es un profesional? ¿o es alguna otra cosa? Esa discusión se mantiene y en trabajos sumamente importantes. Voy a utilizar en este resumen brevísimo algunas referencias que quiero mencionar así: hay un libro que es una verdadera joya, así lo califica Eduardo Pondé, un notarialista argentino muy apreciado y muy valioso y que se llama "La Función Notarial" de Martínez Segovia; el otro trabajo es el libro "El Documento Notarial" de Carlos Velozzi, ya fallecido, también argentino y el tercero, es un libro polémico, muy agradable de leer que es el de Pondé, precisamente "El Tríptico Notarial", en el que trata el concepto de la fe pública, la fe de conocimiento o fe de individualización como él le llama. Pondé es un ferviente defensor de la tesis según la cual el notario no es un funcionario público. Sin embargo vean ustedes cómo la Ley Española de 1862, que fue la que empezó a crear el problema en su artículo primero dice lo siguiente:

"El Notario es el funcionario público, autorizado para dar fe conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales". Al calificarlo de funcionario público creó el problema, puesto que en muchos sentidos las legislaciones hispanoamericanas siguen a la de la madre patria. Esto se ha modificado; no es que en España se considere como funcionario público al notario en el sentido de concepto administrativo de funcionario público, porque no pueden darse las notas de jerarquía, de subordinación, de sueldo, etc. No se dan y es por eso que el reglamento de la organización y régimen del notariado español, ha venido modificando esos conceptos y vean ustedes cómo dice el artículo primero de ese reglamento que fue reformado en el año 84: "El nota-

riado está integrado por todos los notarios de España con idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las leyes y reglamentos determinan”, y luego dice: “Los notarios son a la vez profesionales del derecho y funcionarios públicos”. Es decir, como profesionales del derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y a aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial que tiene y ampara un doble contenido muy preciso: a) en la esfera de los hechos, la exactitud de lo que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos, y b) en la esfera del derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Ven ustedes cómo aquí se está tratando de variar el concepto que parecía muy cerrado de la Ley Notarial Española de 1862. El otro problema que se creó en cuanto a esta terminología fue el que proviene de la llamada Carta Magna del Notariado, es decir la ley francesa de 1803, en que se calificó a los notarios como funcionarios públicos. Algún autor dice que la circunstancia de que se haya usado este adjetivo, implica que no eran propiamente funcionarios públicos porque de otra manera hubiera dicho, los notarios son funcionarios públicos, pero no lo dijo así, dijo: son los funcionarios públicos. Esta discusión se fomentó hasta el punto de que en Francia en 1943, hubo necesidad de reformar aquel artículo para decir que los notarios son oficiales públicos y ya no funcionarios públicos. Yo creo que esta discusión se mantiene hasta la fecha y ustedes que han estudiado notariado habrán visto todas las posiciones que existen sobre este tema. La posición que los sitúa dentro del campo de los funcionarios públicos, aquélla que los ubica dentro del ámbito puramente profesional y ciertas posiciones autónomas que llegan a sostener que el notario no es más que un particular que ejerce una función pública. Pero independientemente de la forma como se les domine y de que la ley diga que el notario es funcionario público, pues la ley puede decirlo, si los elementos que tipifican al funcionario público no se dan, podrá ser este un funcionario especial o sui-generis o como se le quiera llamar, pero no un funcionario público.

Hay quienes sostienen que no puede separarse la actividad del notario de una función del Estado, porque desde la clásica teoría de los tres poderes o debe pertenecer al poder judicial o al poder administrativo ejecutivo o al poder legislativo, en donde menos ubicación puede tener, pero no puede estar fuera, otros dicen: Las funciones del Estado son efectivamente esas, pero no toda función del Estado debe confundirse con la función pública, pues hay funciones públicas que no son propiamente funciones del Estado en el sentido de actividad

jurisdiccional, de actividad administrativa de algún poder o de actividad legislativa, pero es función pública. Y hay otro autor que dice que la función pública nunca puede ser ejercida por un particular o puede serlo pero sin quitarle su carácter de tal, porque la función pública es y sigue siendo así aunque el particular la desarrolle en su propia casa, en su propia oficina.

Creo que sin entrar en muchos pormenores, si podemos decir que la función notarial es tan diversa y tan compleja que es mejor que la analicemos desde distintos puntos de vista, por ejemplo, desde aquel que indica cómo se desenvuelve la función notarial. Este enfoque lo considero para ustedes bastante sencillo puesto que constituye su actividad cotidiana. Algunos puntos están incorporados en su estatuto de notariado, una muy buena codificación, a la que no me voy a referir y que fue debidamente elogiada por el doctor Guillermo Anzola Toro, en el artículo que se publicó en la "Revista Internacional del Notariado". Si nosotros quisiéramos ver cómo se desarrolla la función notarial, tendríamos que comenzar por el principio, como es la libre elección del notario, principio fundamental del notariado latino, puesto que no se le puede imponer a nadie la obligación de acudir a determinada notaría y si esto ocurre la actividad se reconcentra, vislumbrándose la estatización. Ese principio hay que mantenerlo. En segundo lugar el notario no puede actuar sin la rogatio. La rogación, otro principio fundamental siempre debe ser a requerimiento de parte. Fíjense que en esto hay una diferencia con las otras profesiones, porque en ellas puede permitirse cierta actividad no rogada, pero en el notariado no. Luego que se produce la rogación, la doctrina habla de dos momentos que pueden no existir pero que por razones puramente docentes es posible separarlos. Habla de la primera audiencia, en otros términos la primera audiencia no es más que la consulta, en el momento en que se produce la rogación. Frente a ella el notario tiene que reaccionar de cierta manera muy consecuente. En primer lugar tiene que determinar su competencia, es decir constatar si lo que se le está pidiendo entra dentro de la esfera de su competencia y si no lo es, debe abstenerse. Si no existen otros motivos de no actuación por razones éticas empiezan los momentos decisivos en esa primera audiencia, como son la recepción de la voluntad de los interesados, el acto de receptor, de recibir esas declaraciones que pueden ser claras, pero que pueden también no serlas, de modo que el notario en ese momento tiene que interpretarlas; por eso Carnelutti, decía al hablar de la figura del notario que este es un intérprete jurídico, pues efectivamente tiene que interpretar esas voluntades y además si fuese necesario tiene que ejercer una función docente, asesorar, aconsejar y siguiendo más adelante tiene que proceder al encuadramiento de esa voluntad recibida e interpre-

tada, con la asesoría y el consejo, para moldearlo y vaciarlo en un casillero legal, para que pueda ser configurada esa voluntad en algo que sea lícito, para luego documentarlo.

Aquí hay una expresión de Martínez Segovia que suena un poquito exagerada, pero que para los efectos de ilustrar este punto, es buena. El dice que cuando se llega a una notaría y se hace esta expresión de voluntad, las partes llevan contratos innominados que el notario después de toda esta elaboración que hace lo convierte en un contrato nominado. Para proceder a este encuadramiento legal el notario tiene que fijarse en ciertos puntos cardinales, como lo llama Martínez Segovia, para poder tipificar aquello que se da en los hechos en una figura legal que luego va a ser documentada, por ejemplo, si se trata de una compraventa, el marco legal será la cosa, el precio, la voluntad, la instrumentación y así en todas las figuras jurídicas.

Concluido todo este proceso que incluso puede tener otros matices, por ejemplo, un matiz de conciliación cuando el notario concilia intereses que no siempre son igualitarios como cuando las partes se presentan ante el notario y una de ellas está en una posición más débil, económica o jurídicamente y otra está en una posición más fuerte, algunas veces, en un tono muy intensivo y otras veces en menor escala, y ahí también el notario tiene que efectuar una labor de conciliación, de intereses sobre un plano de equidad. Y ustedes lo ven en cualquier operación, por ejemplo, en una compraventa. En ésta obviamente el que vende conoce el estatus de la cosa que está vendiendo, pero a lo mejor el comprador no, pues éste está adquiriendo una cosa que puede no ser exactamente la que él desee comprar. Esa es labor del notario, igualar la posición jurídica de las partes. Igual sucede en un mutuo hipotecario, pues quien corre ahí más riesgo es el que está dando la garantía. Después de terminado todo eso, el notario redacta aquello que ha percibido, que ha oído, que ha interpretado, que ha conciliado y redacta. Y ahí se termina la primera audiencia. Esta redacción puede ser momentánea o puede ser posterior a esa primera audiencia o consulta; y es que fíjense que en todo ese proceso de la actividad notarial todo se mueve en un campo puramente privado, todo es relación privada. Lo que las partes le dieron al notario es una relación privada y todo este proceso no tiene nada que ver con aspectos públicos.

Luego viene la segunda audiencia que es la que algunos dicen que es la única, pues propiamente es la que se refiere a la lectura del documento, a su otorgamiento, es decir al consentimiento de ambas partes y a la firma del documento por ellos. Hasta ahí también todo es privado y luego vienen los momentos culminantes de ese acto notarial como son la autenticación y la autorización. A través de la autenticación el mismo término lo dice, el notario le imprime valor jurídico al docu-

mento a través de su fe notarial, que la tiene derivada de la ley. Esa es la autenticación, pero falta el remate que es la autorización, que la hace el notario con su firma y con su sello. En ese momento la unidad del acto es perfecta; comenzó con la lectura y terminó con la autorización. En esa autorización está, yo diría, los elementos fundamentales de la función notarial porque en esa autorización el documento adquiere autor, hay autoría, es el notario el autor de todo el documento después de su proceso. ¿Y qué significa esa autoría? Pues significa que, llamémoslo funcionario o llamémoslo simplemente notario, está atribuyéndosele la responsabilidad por lo menos documental de ese documento. El y no otro, además de su autoridad a través de la fe pública le está dando su autoridad jurídica, porque el notario es un jurista o debe serlo o tiene conocimientos jurídicos asentados y además le está imprimiendo su autoridad moral y su prestigio. En ese momento en que el notario firma y pone su sello, todo esto deriva al campo de la responsabilidad notarial.

En ese momento la unidad del acto tuvo su finalización y que conste que hay algunos que formulan ciertas reservas sobre la unidad del acto, pues teniendo en cuenta la complejidad de las relaciones jurídicas actuales y sin mengua de la fe pública notarial, podría abrirse una pequeña brecha a la unidad del acto. A través de la actividad notarial hemos llegado a un documento que tiene unas características muy particulares, claro dentro del cúmulo de teorías que hay sobre quién es el verdadero autor de un instrumento público, si un funcionario público, si un notario. Dentro de este punto hay un aspecto que quiero señalar para quienes les guste el estudio del derecho notarial y es la tesis de Pondé, que lo hace a uno meditar. El dice que no nos compliquemos porque lo que ocurre es que hay una fe corporativa y una fe personalísima. Por ejemplo, cuando un funcionario público, no un notario, extiende un documento, ese es un documento público y produce plena fe pero no es la actividad personal de ese funcionario el que le da esa calidad, no es esa una fe corporativa porque él representa todo un poder. Lo mismo ocurre en lo administrativo, que claro, el documento administrativo y, el documento notarial tienen diferencias fundamentales, pero hay una fe corporativa que también se puede dar en el notariado, por ejemplo, cuando un colegio notarial legaliza o autentica firmas, ¿será igual que la actuación personal del notario en las relaciones individuales o privadas? Pondé dice que no, aunque lo haga un colegio notarial, una actuación notarial supone una fe corporativa, eso si es administrativo, pero la fe notarial es personalísima.

Supongamos que tenemos ya un documento notarial elaborado en esas condiciones; ¿cuáles son sus fines?, ¿para qué todo este proceso autenticante y autorizante? Según la expresión de Martínez Segovia,

son tres: el primero es la seguridad que algunos le llaman certeza; el segundo es el valor jurídico que tiene el documento a través de la autenticación y del ejercicio de la fe pública y el tercero, que es un dato también importante porque la actividad notarial no se terminó, cuando concluyó la unidad del acto, se prolonga y se prolonga en una función de conservación que es otro de los principios del notariado latino. Entonces a eso le llama él, permanencia, valor. Seguridad y permanencia son los fines de la función notarial que se concretan en el documento notarial.

Martínez Segovia llega también a otra conclusión en lo que respecta a si es función pública o si es actividad puramente profesional o autónoma. El dice que se trata de una función privada pero calificada, incluso llega a decir que si se admitiera dentro de la terminología, podría decirse que es una actividad parapública para decir que tiene un matiz muy especial.

Dentro de todo eso quiero significarle la posición de la Unión Internacional del Notariado Latino como una conclusión de este punto. En el primer Congreso de la Unión, el de Buenos Aires en 1948, se dio esta definición: el notariado latino o el notario latino, es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo las copias que dan fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticidad de hechos. Y luego un punto que les voy a mencionar que me parece sumamente importante y que está contenido en el punto segundo de aquella declaración que dice: ... "es su aspiración que todos los actos de jurisdicción voluntaria en el sentido dado a esta expresión en los países de habla castellana sean atribuidos exclusivamente a la competencia notarial". Esta última parte entra dentro del objeto de la función notarial, entendiéndolo por materia, por el sujeto de una entidad, de una ciencia o materia de algo, que ustedes lo relacionarán inmediatamente con la competencia notarial que tiene diferentes manifestaciones, pero que me voy a referir únicamente a la denominada material.

¿Qué es lo que entra dentro de la función del notario? Tampoco me voy a extender en esto porque la ley de ustedes lo expresa, el estatuto de ustedes lo dice y así lo dirán todas las legislaciones, pero si me voy a referir concretamente a este aspecto de la jurisdicción voluntaria, muy rápidamente.

Lo que ocurre con la jurisdicción voluntaria es que el término jurídico es un término equívoco, más bien dicho multívoco, porque tiene muchas acepciones y por eso es que los notarialistas evitan decir, los notarios tienen jurisdicción en tales y tales aspectos, no les gusta la

palabra y hay algunos que todavía exageran porque consideran que es un término muy impreciso y algunos como me parece que es González Palomino, dice que el derecho notarial es antiprocesalista o anti-procesal. Lo mismo pasa con la palabra jurisdicción y además, es una palabra que podría atribuirse a los notarios.

En un capítulo muy bonito de la monografía de Martínez Segovia, dice: Los operadores del derecho son así, en un extremo está el tratadista, el científico, el que elabora conceptos, el que forja teóricamente el derecho y en el otro extremo está el legislador que es el que emite las leyes, algunas veces de acuerdo con aquellos postulados científicos, otras veces apartándose de lo que los científicos dicen, pero están en los extremos y hay una zona intermedia en que están los escribanos o notarios, los abogados, los jueces y los registradores, cada uno con una función diferente pero como operadores del derecho.

Y con el perdón de ustedes, de que me refiera a mi país, pero nosotros desde el año 1964 incorporamos toda la tramitación sucesoral ante notario y nos ha dado excelentes resultados en materia testada y en materia intestada. El notario lo hace absolutamente todo, desde el requerimiento hasta la declaratoria de herederos o en su caso, de validez y de legitimidad del testamento y luego liquidan todo, absolutamente todo. Lo tenemos desde el año 64, luego el notario guatemalteco puede autorizar matrimonios, lo cual es muy agradable, divorciar no, pero casar sí. Y se hace en una actividad que ya se ha vuelto cotidiana. Pero fíjense ustedes que las leyes deben emitirse de acuerdo con las realidades sociales y económicas de los países. En Guatemala el notario tiene jurisdicción en toda la república, es un país pequeño, pero obligar a todas las personas que no pueden acudir a una alcaldía, a hacerlo, ante ciertas realidades económicas es muy difícil. Pero que el notario vaya allá no es difícil. Entonces, antes qué ocurría, pues no se casaban y se amancebaban. Ahora no, es un efecto social recogido en una ley y ha producido extraordinarios resultados. Luego la mayoría de los asuntos de jurisdicción voluntaria pasaron a ser atribución de los notarios optativamente. El que quiera ir a los tribunales puede ir y de esa ley la paternidad la tengo yo, porque el Colegio de Abogados me encargó el proyecto y este fue aprobado por el Congreso y se sancionó la ley precisamente en el XIV Congreso Internacional de la Unión del Notariado Latino en 1977, como acto inaugural. Esa ley se llama la ley reguladora de la tramitación notarial de los asuntos de jurisdicción voluntaria. Y sólo dejamos fuera, desde luego, algunos asuntos que están todavía en la jurisdicción voluntaria, pero que no pueden pasar, como por ejemplo el proceso de incapacitación o de interdicción. Eso sí creo que no debe ir a la función notarial y como un efecto reproductivo vean ustedes lo que ocurrió. La República del Salvador

en el año 1982, precisamente el 13 de abril emite el Decreto 1073, ley del ejercicio notarial de la jurisdicción voluntaria y otras diligencias. Dos países. Honduras me parece que está preparando un proyecto. Se está cumpliendo aquella aspiración de la Unión Internacional del Notariado Latino.

Aparte de eso hay otros aspectos del ámbito relativo a la competencia material de los notarios que es importantísima, por ejemplo la función extraterritorial del ejercicio del notariado. El notario guatemalteco puede hacerlo, aquí puedo yo cartular en estos momentos en papel simple siempre y cuando el acto o contrato vaya a surtir efectos en Guatemala, de otra manera no, pues estaría invadiendo la soberanía colombiana. Para esto bastó un solo artículo que expresa que los notarios pueden ejercer el notariado extraterritorialmente cuando los actos o contratos vayan a ejecutarse en Guatemala y lo harán en papel simple y al llegar el documento a Guatemala se protocoliza por el mismo notario o por otro, y surte efectos a partir de ese momento. Miren ustedes cómo puede extenderse la función notarial.

Para terminar voy a plantearles dos cosas con ejemplos porque creo que es más objetivo. ¿Qué ocurriría en una situación como ésta que pinta Calamandrei, que sirve para explicar aspectos procesales y notariales al mismo tiempo? Dice él que en una oportunidad se iba a inaugurar en París un restaurante o un centro nocturno de recreo y habían muchas personalidades invitadas, pero el dueño del club nocturno para impresionar más le habló a un pintor para que hiciera una decoración mural y el pintor queriendo agradar, se excedió un poco en sus afanes artísticos y empezó a pintar una coreografía danzante en la cual figuraban personajes de la vida artística, de la vida literaria y del círculo mundano, pero en trajes, dice, superlativamente primitivos. Cuando llegó la noche de la inauguración una actriz se vio en el mural en forma de ninfa danzante con ropas extremadamente ligeras, dice Carnelutti, y claro provocó una ofensa inmediata. ¿Qué ocurrió ahí y qué podía ocurrir después? Evidentemente una ofensa al derecho a la propia imagen. Claro que aquello fue un escándalo y eso derivó en un proceso naturalmente. Pero el punto es este, si esa decoración mural permanece ahí el daño es continuado y hay que evitarlo. En ese caso específico lo que se pidió fue aquella tutela cautelar, aquel precaver, se pidió que se pusiera un lienzo mientras el proceso seguía, pero y si hubiéramos actuado como notarios ¿qué significación tendría ese hecho dentro del campo notarial? Yo no sé si ese tipo de constataciones o de fijaciones puedan hacerse en Colombia pero en mi país sí. En mi país a través de un acta notarial se hubiera podido hacer constar el hecho y fijarlo en un documento, que es un documento nota-

rial y que produce efectos probatorios. De esta forma ven ustedes cómo se vincula lo judicial, lo notarial y la actividad cautelar.

Quiero ahora referirme al tema de la nulidad del documento notarial o a su falsedad, aunque esto implique hacer comentarios sobre situaciones anormales provocadas en muchos casos por los mismos notarios. Para ilustrar el tema quiero comentarles un caso que ocurrió en mi país, que fue muy discutido incluso públicamente y sobre el cual inclusive tengo aquí la sentencia. Hace muchos años un notario fue condenado por el delito de falsificación de documento público y como consecuencia de la condena fue suspendido definitivamente en su profesión. Desafortunadamente el tribunal que siguió el proceso y que lo condenó no llevó hasta sus últimas consecuencias la ejecución del fallo, es decir no le dio la publicidad debida. Ustedes saben que hay una serie de controles para el ejercicio de la profesión, los cuales varían de país en país. En el mío debe producirse el registro de la firma del sello en la Corte Suprema de Justicia lo cual se comunica a las autoridades judiciales, administrativas y a la colegiación. Cuando el delito se cometió no existía la colegiación obligatoria en Guatemala, pero sí los demás controles mencionados por lo cual se procedió irregularmente al no darle noticiamiento a las autoridades correspondientes. El notario que no era un hombre de buena fe, esperó algunos años y se presentó posteriormente a la Corte pidiendo su cambio de sello, únicamente ya que no podía hacerlo con respeto a su firma. La Corte tramitó su registro y efectivamente lo registró, y con ese nuevo cambio de sello ya estando vigente la colegiatura obligatoria, se colegió. Durante el tiempo que él estaba condenado y suspendido definitivamente, abrió su notaría y cartuló en circunstancias normales. Un día llega una señora de muy buena fe a hacer su testamento y fallecida se presenta éste para hacerlo efectivo, pero es impugnado dando lugar a un juicio. En este caso ¿qué tipo de impugnación cabría?, ¿nulidad?, ¿falsedad?, ¿inexistencia?, ¿sería válido?, ¿no sería válido? Todos estos problemas hay que analizarlos a la luz del derecho notarial en los tres grados que voy a sintetizar: la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa.

La inexistencia, como su mismo nombre lo indica hace referencia al hecho de que un acto no ha nacido a la vida jurídica, es decir que no existe como acto jurídico. Por ejemplo una sentencia dictada por quien no es juez o una escritura autorizada por quien no es notario. En la nulidad absoluta el vicio que tiene el acto es de tal entidad que le impide producir sus efectos, ya sea porque le faltan los requisitos esenciales o porque con él se atenta contra el orden público o contra la moral. Este acto por ser absolutamente nulo no es convalidable y las acciones son imprescriptibles e incluso puede ser declarada de oficio

por el juez. En el caso de la nulidad relativa, obviamente el acto tiene un vicio que no tiene la trascendencia del otro y puede convalidarse, puede ratificarse o puede sanearse por prescripción.

Muchos códigos, incluyendo el de Guatemala no hacen estas diferencias y solo mencionan la nulidad absoluta y la nulidad relativa. En estos casos obviamente la inexistencia hay que encuadrarla en la figura de la nulidad absoluta. Por otro lado tenemos el problema de la falsedad. La falsedad es lo contrario de la verdad y en el caso del documento notarial es lo contrario de la autenticidad. Existe falsedad material cuando se altera en todo o en parte el aspecto corpóreo del documento y hay falsedad intelectual o ideológica o inmaterial, cuando se insertan o se hacen insertar, ya sea en una escritura o en algún documento, aseveraciones que no son ciertas.

Volviendo al caso que les comentaba, la acción que se planteó ante los tribunales pedía la declaratoria de inexistencia del testamento y en una segunda petición la nulidad absoluta. Posteriormente se modificó la demanda y solo se pidió la nulidad absoluta. ¿Cuál fue el resultado? El juzgado de primera instancia declaró absolutamente nulo el testamento ordenando en consecuencia que se abriera la sucesión intestada; sin embargo la Sala revocó esta decisión e interpuesto el recurso de casación, la Corte declaró válido el testamento y expresó en una frase nada más, que el notario en cuestión había ostentado esa calidad ante el público y ante las autoridades correspondientes, para ejercer los actos profesionales, razón por la cual esta circunstancia no podía afectar a terceros. Esta decisión es muy discutible y no tiene antecedentes en la jurisprudencia de Guatemala por cuanto constituye una aplicación de la llamada teoría de la apariencia, sobre la cual un civilista extraordinario como es Espota, considera que no le es aplicable al caso del notario usurpador.

De todas maneras es un tema para discutirlo y no sé qué consecuencias se derivarían al analizarlo a la luz del derecho colombiano. Finalmente quiero mencionarles lo que sostiene Martínez Segovia acerca de la función notarial. Él sostiene que es como la luz, que quien la produce es el notario, que quien la enciende son los que ruegan al notario, pero el campo luminoso no los abarca solamente a ellos sino que también abarca a los terceros. Por eso cuando estamos ejerciendo la función notarial, estamos tratando con intereses privados, con relaciones privadas o sea constatando hechos. La profesión del notario es una profesión de servicio y es en esto en lo que se parece al servicio público. Pero no es un funcionario público con las características del funcionario público, a pesar del vínculo que tiene con lo puramente gubernativo o administrativo en cuanto al control de su ejercicio. Todo

esto nos hace desempeñar una función esencialísima, sobre la cual Martínez Segovia señala: “El notario es fedante, porque actúa en el documento con su fe pública, pero también es fedetario porque la comunidad le devuelve la creencia en esa fe pública y tiene confianza en él. Así la comunidad valora y aprecia al notario”.