

NATURALEZA DEL NOTARIO PÚBLICO ¿ES UN FUNCIONARIO PÚBLICO O NO?

María del Pilar Chavarría Arias¹

Resumen

El objetivo de este artículo es determinar con fundamento doctrinal, legal y jurisprudencial la verdadera naturaleza del notario público costarricense. Actualmente no existe en nuestro país una posición definida en relación con este tema, pues por una parte están quienes sostienen que el notario público sí es un funcionario público, y en una posición antagónica, están quienes siguen la corriente de que al notario público no se le debe considerar como un funcionario público, tesis que ha sido defendida por la Sala Constitucional, el Tribunal Contencioso Administrativo y por un significativo grupo de notarios públicos constituido en su mayoría por quienes han realizado la especialidad en Derecho Notarial y Registral.

Es de trascendental importancia la necesidad de resolver esta interrogante, ya que no solo se refiere a la definición conceptual que se realice al respecto, sino principalmente debe considerarse para analizar los efectos y alcances del ejercicio de la función notarial.

Palabras claves

Notario público / funcionario público / derecho notarial / naturaleza

Abstract

The aim of this scientific article is to determine the true nature of the Costa Rican public notary on a doctrinal, legal and jurisprudential basis. Currently, in our country no well-defined position exists in relation to this subject. On the one hand, there are those who insist that the public notary is indeed a public official while, on the other hand, there

are those with an opposing attitude who go with the flow that the public notary must not be considered a public official, a thesis that is defended by the Constitutional Court, the Contentious-Administrative Tribunal and a significant group of public notaries which mainly consists of notaries specialized on Notary and Registry Law.

The need to resolve this query is of transcendental importance as it not only refers to the conceptual definition made in this respect but primarily must be considered when analyzing the effects and achievements of the function of the notary.

Key words

Public Notary / Public official / Notary Law / Nature

Introducción

En cuanto a la naturaleza del notario público costarricense, existen en la actualidad opiniones encontradas en relación con este tema; por un lado se sostiene que el notario es un funcionario público, por lo que la función que realiza presenta todas sus características y, por otro lado, se sigue la tendencia de que el notario público no es un funcionario público, por lo que no se le debe considerar ni regular en consecuencia como tal.

A nivel doctrinal, existen tres corrientes o hipótesis que pretenden explicar la naturaleza de la función notarial, a saber: corrientes funcionarista, profesionalista y ecléctica. De estas tres corrientes surgen dos desarrollos doctrinales, el notarialista y el administrativista, los cuales ya no explican la naturaleza de la función notarial, sino la naturaleza de la figura del notario público, lo cual es el tema que interesa para el desarrollo de este artículo y que se analizarán con detalle más adelante.

¹ Licenciada en Derecho. Correo electrónico: pilichavarria@gmail.com

En la realidad legal de nuestro país todavía no existe una posición clara en relación con la naturaleza del notario público, por lo que es preciso considerar lo dispuesto tanto por los artículos 1 y 2 del Código Notarial en relación con el notariado público y la definición de notario público, respectivamente, así como lo dispuesto por la Ley General de la Administración Pública en su artículo 111, el cual se refiere a los servidores o funcionarios públicos en general.

Desde esta perspectiva es conveniente que el tratamiento normativo que se le dé a este profesional sea uniforme y no deje lugar a dudas sobre cuál es la naturaleza del notario público costarricense, más aún si existen diversos criterios al respecto y se dan contradicciones en el momento de interpretar las normas. Adicionalmente, donde se presenta el mayor problema jurídico actual es en la aplicación que dan los tribunales penales a la agravante que contempla el artículo 357 del Código Penal, relacionado con el delito de falsificación de documentos públicos, la cual es aplicada a los funcionarios públicos.

Adicionalmente, es importante mencionar que a pesar de que la directora de la Dirección Nacional de Notariado, la Licda. Alicia Bogarín Parra afirma que tanto ella como la institución que representa siguen la tendencia de que el notario público no es un funcionario público, no existe hasta el día de hoy un documento oficial que lo contemple y afirme, sino más bien una única directriz claramente contradictoria al respecto.

A la luz de los anteriores razonamientos, es evidente la necesidad de esclarecer la naturaleza del notario público en el ordenamiento legal costarricense, lo cual el presente artículo científico pretende hacer, sosteniendo la posición de que el notario público no es un funcionario público.

Previo a realizar el análisis antes descrito, se expone en los dos primeros apartados una breve reseña de los sistemas notariales y de

los tipos de notario que existen en Costa Rica, mientras que en el tercer apartado se analizará con mayor detalle el tema de la naturaleza del notario público, para concluir con el análisis legal y jurisprudencial de su naturaleza.

1 Los sistemas notariales

En cuanto a los sistemas notariales, existen diversos criterios de clasificación (Palacios, 1992); sin embargo, para efectos de este artículo se seguirá únicamente el criterio que clasifica a los sistemas notariales en cuatro y que abarca a los dos principales sistemas notariales que se aplican en el mundo: el anglosajón y el latino.

Esta clasificación toma en cuenta el carácter de la función y el grado de independencia con que se realiza la función notarial (Salas, 1973):

1.1 Sistema notarial sajón: se ejerce en países cuyo origen viene del anglo y el sajón, tales como Inglaterra, Suecia, Estados Unidos (excepto Louisiana) y Canadá, por mencionar solo algunos. En estos países, el notario goza de fe pública "limitada" al indicar únicamente la veracidad de las firmas de los documentos; no puede ir más allá y no tiene deber de asesorar ni responsabilidad sobre el contenido del documento².

En este sistema, el notariado es un oficio privado pero sujeto a los requisitos y límites que le impone el Estado. Para ser notario no es necesario ser abogado, ni siquiera profesional, lo único que se necesita es realizar un curso y, en algunos lugares, es necesario también pagar una licencia y contar con un seguro. Algo muy particular del sistema anglosajón es que a los abogados en ejercicio se les prohíbe ser notarios.

1.2 El notariado de funcionarios judiciales: se caracteriza principalmente por que son los

² El notario en el sistema anglosajón no tiene la facultad de expedir documentos que ofrezcan garantías jurídicas como en el sistema notarial latino.

funcionarios judiciales quienes ejercen la función notarial; este sistema se aplica únicamente en los estados alemanes de Württemberg y Baden.

1.3 El notariado de funcionarios administrativos: se ejerce en países como Portugal, Venezuela, Colombia y Cuba. En este sistema, el notariado es un servicio público que es prestado de forma directa por los empleados del Poder Ejecutivo. Al igual que en el sistema anterior, el instrumento autorizado por estos funcionarios goza de autenticidad total.

1.4 Sistema notarial latino: se le llama así porque se deriva del derecho romano. Actualmente forman parte de este sistema más de 70 países de todos los continentes, entre ellos, Costa Rica (Jiménez, 2002).

La Unión Internacional de Notariado Latino³ define al notario latino como:

el profesional en 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, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido (Jiménez, 2002).

En este sistema, a diferencia de los otros tres mencionados, la principal característica es que el notario sí es responsable por el contenido de los documentos que autorice y tiene el deber de asesorar a las partes.

Esto último no fue obligatorio sino hasta con la promulgación del Código Notarial de 1998⁴. El notario en Costa Rica se encuentra

³ La Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) está integrada por la mayoría de los países que siguen el sistema notarial latino. Fue fundada en Buenos Aires, Argentina, el 2 de octubre de 1948. Desde sus inicios, la UINL trabaja y se preocupa por el mejoramiento de la función notarial en los países que siguen ese sistema (Jiménez, 2002).

⁴ Código Notarial, artículo 34.- Alcances de la función notarial. "Compete al notario público: f) Asesorar jurídica y notarialmente...".

adscrito al Poder Judicial por medio de la Dirección Nacional de Notariado.

Es importante realizar este análisis para poder ubicar al notario público costarricense dentro del sistema de notariado latino que se explicó anteriormente y dar más énfasis a las características y particularidades del notario en Costa Rica, para lo cual es necesario analizar también los tipos de notario dentro del entorno legal costarricense.

2 Tipos de notario

Según lo establecido por la doctrina y el Código Notarial de Costa Rica, el notariado es la función pública ejercida privadamente, su ejercicio solo es posible a través del notario debidamente habilitado. Para ejercer como notario, se deben de cumplir las condiciones académicas y personales necesarias, además de no contar con ningún impedimento legal para el ejercicio de esta función.

El Estado, por su potestad de imperio, permite la existencia de dos tipos de notarios que pueden ejercer la función y que se encuentran debidamente habilitados (Dirección Nacional de Notariado, 2000):

2.1 El notario al servicio de la Administración Pública

Del notario al servicio de la Administración Pública, se distinguen tres categorías:

2.1.1 *Notario del Estado*: quien es un profesional en derecho con la respectiva especialidad en Derecho Registral y Notarial, que se encuentra habilitado de forma limitada para el ejercicio de las funciones notariales. Al referirse a ejercicio limitado se entiende que solo puede prestar sus servicios a la Administración Pública⁵.

⁵ Véase el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Este tipo de notario no puede tener una oficina abierta al público, ya que presta sus servicios desde la Notaría del Estado, la cual se encuentra adscrita a la Procuraduría General de la República.

En el caso del notario de Estado, nos encontramos ante un caso de notario que sí es considerado como funcionario público, pero siempre bajo un régimen de servicio distinto. Al existir reserva legal, devenga salario por sus servicios.

2.1.2 Notario consular: se refiere a los cónsules de Costa Rica en el extranjero que se encuentran autorizados por la ley⁶ y por la Dirección Nacional de Notariado para el ejercicio de algunas funciones notariales en el extranjero.

Por ley se les exime del requisito de ser abogado y de la especialidad en Derecho Registral y Notarial.

Este tipo de notario es un funcionario público con facultades limitadas para ejercer el notariado y se encuentra bajo un régimen de servicio distinto, ya que su ejercicio está limitado a la circunscripción territorial para la que ha sido nombrado.

2.1.3 Notario – funcionario público, con las excepciones del inciso d) del artículo 5 del Código Notarial: mejor conocido como notario de planta, es una creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia⁷.

Este tipo de notario es un profesional en Derecho, especialista en Derecho Registral y Notarial, al que no obstante su condición de funcionario público, la ley le permite expresamente el ejercicio privado y externo de la profesión.

Estos tres tipos de notarios prestan sus servicios directamente a la Administración

⁶ Véase el artículo 14 del Código Notarial referente al notario consular.

⁷ Sala Constitucional, voto N°. 2003-05417 de las 14:48 hrs. del 25 de junio de 2003.

Pública, por lo que son considerados por ley como funcionarios públicos y se encuentran bajo un régimen legal distinto; sin embargo, es la figura del notario público la que interesa para esta investigación y la cual a continuación se explica.

2.2 Notario público

Según lo establecido por el Código Notarial (1998), *“el notario público es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial...”*.

De este concepto se desprende que el notario público debe ser abogado, debidamente incorporado al Colegio de Abogados de Costa Rica, y además tener una especialidad en Derecho Notarial y Registral, la cual es exigible desde noviembre del 2003. Este profesional se encuentra facultado para el ejercicio pleno de las funciones notariales y se le ha conferido por ley el ejercicio de una parte de la función típicamente administrativa: la fe pública.

Por estas razones, el notario público debe cumplir con ciertos requisitos exigidos por ley, tal como no tener la calidad de funcionario público, salvo las excepciones contenidas en los incisos a) y b) del artículo 5 del Código Notarial, los cuales se refieren a los docentes en centros universitarios y a los magistrados o jueces suplentes que hayan ocupado el cargo activamente por más de tres meses.

La independencia y autonomía que caracteriza el ejercicio del notariado impone al fedatario a prestar su servicio cumpliendo con las siguientes reglas (Bogarín, 2001):

- a. A solicitud de la parte interesada, sólo puede excusarse de realizarlo por causa justa, legal o moral.
- b. Guardar el secreto profesional de las manifestaciones extraprotocolares expresadas por las partes y demás interesados en el acto o contrato.

- c. Actuación imparcial y objetiva.
- d. Todos los días y horas son hábiles para el ejercicio de la función notarial, salvo disposición legal en contrario.
- e. Competencia para el ejercicio de esas funciones en todo el territorio nacional y fuera de él.
- f. Tener oficina abierta.
- g. En retribución de ese servicio está facultado a cobrar honorarios únicamente.

La oficina abierta al público tiene el propósito de ubicación y arraigo del notario público, y constituye un requisito esencial y deber para el ejercicio de la función notarial. Únicamente el notario consular está autorizado por ley para residir y tener oficina abierta fuera del país.

En relación con la función que ejerce el notario, por medio de esta el funcionario habilitado asesora a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él.

La actuación del notario se puede resumir en cuatro fases o etapa:

- Fase asesora o directiva: en esta fase el notario recibe, interpreta y da forma a la voluntad de las partes.
- Fase formativa y legitimadora: consiste en la elaboración del documento adecuado a la voluntad de las partes. En esta fase se legitiman los actos y negocios jurídicos para que surtan efectos.
- Fase autenticadora: se da después de que se haya cumplido con las dos etapas anteriores, y consiste en dar fe pública a todas aquellas actuaciones, hechos y actos jurídicos ocurridos en su presencia o que le han sido sometidos para impartir fe de autenticidad.
- Fase ejecutiva: con la promulgación del Código Notarial de 1998, se convierte al notario en un notario tramitador, ya que está obligado a realizar cualquier diligencia que sea necesaria para que los actos otorgados ante él surtan efectos en la sociedad como,

por ejemplo, las diferentes inscripciones registrales.

Con la intervención del notario, el Estado le garantiza a las partes la eficacia de los negocios realizados y protege los intereses de estos, con lo que se evita posibles reclamos o controversias futuras y de esta forma se procura la paz social.

El notario público puede ejercer sus funciones dentro y fuera del país. En el segundo caso, los actos o contratos que autorice deben tener sus efectos en Costa Rica.

Es la figura del notario público la que interesa para el desarrollo de este artículo científico y en la que nos concentraremos de aquí en adelante, ya que es sobre la naturaleza de este tipo de notario en la que todavía existe confusión.

3 Naturaleza del notariado

En relación con la naturaleza del notario público costarricense existen múltiples criterios y opiniones encontradas, de ahí la necesidad de realizar un análisis del tratamiento doctrinario, legal y jurisprudencial de esta figura.

3.1 Tratamiento doctrinario de la naturaleza del notario público

A nivel doctrinal, existen diversos criterios para encuadrar la función notarial; sin embargo, para nuestros efectos se analizarán únicamente las tres tesis o hipótesis más importantes, conocidas respectivamente como funcionarista, profesionalista y ecléctica (Salas, 1973).

3.1.1 *Tesis funcionarista*: según esta tesis, el notario es un funcionario público especial porque es independiente y remunerado por las partes. Quienes defienden esta tesis difieren con relación a cuál rama de los poderes públicos pertenece el notario, por lo que se distinguen tres tendencias (Hernández y Salas, 1971):

3.1.1.1 Los que consideran la función notarial como administrativa. Quienes defienden esta posición afirman que la función notarial no encaja en el Poder Legislativo, el cual se encarga de dictar leyes de acato obligatorio, ni tampoco en el Judicial, el cual administra la justicia, por lo que la ubican dentro del Poder Ejecutivo, ya que la función notarial hace realidad el derecho privado al dar forma jurídica a los contratos y actos entre particulares (Castán, 1965).

3.1.1.2 Los que consideran la función como jurisdiccional. Se fundamentan en la jurisdicción voluntaria, ya que su principal característica es conferirle forma y fuerza jurídica a las manifestaciones y actos consensuales de la voluntad privada de carácter unilateral o bilateral de los particulares a través de la fe pública.

3.1.1.3 Los que consideran la función como autónoma. Quienes defienden esta posición admiten un número mayor de poderes a la clasificación tripartita de los poderes públicos, uno de estos poderes es el legitimador, el certificante o autorizante instrumental, el cual conocemos como fe pública.

3.1.2 *Tesis profesionalista*: esta tesis establece que el notario presta el servicio como un profesional libre y que la función del notario no tiene carácter público, sino técnica y profesional. Según los que siguen esta corriente, la función no es pública, porque la fe pública, entendida como la facultad de certificar, no es un atributo del Estado, es en cambio una creación legal, por lo que no puede delegarla.

3.1.3 *Tesis ecléctica*: quienes siguen esta tesis mantienen una posición intermedia entre las dos tesis anteriores; consideran que el notariado es una función pública que está ejecutada por un profesional en Derecho y no por un funcionario público asalariado.

Hernández y Salas (1971) citan a Castán Tobeñas y mencionan que “el notario es un

profesional liberal que ejerce una función pública, por medio de la fe pública de que esta dotado. Por tal motivo tiene carácter público y privado al mismo tiempo” (p.77). De esta definición se desprende que el notario es un profesional libre y un funcionario público, entendiéndose como funcionario en el sentido de que ejerce una función pública, pero no como dependiente directo de la Administración Pública.

Es importante hacer énfasis en que la función notarial en Costa Rica se ubica dentro de esta última tesis, pues nuestro ordenamiento legal, específicamente el Código Notarial, establece que la función notarial es una función pública ejecutada por un profesional en Derecho⁸.

Adicionalmente, de las tres tesis analizadas anteriormente surgen dos importantes desarrollos doctrinales: notarialista y administrativista, las cuales estudian la naturaleza del notario, y ya no de la función notarial (Infante, 2005), y se analizan brevemente en el apartado siguiente.

3.1.4 *Doctrina notarialista*: se ubica y toma como suya la corriente funcionarista —es un funcionario público de carácter especial—. Esta doctrina encuentra su raíz en Francia (Artavia y Madrigal, 2002). El requisito de los ordenamientos que siguen esta doctrina es que tiene que haber una ley que lo establezca, tal es el caso de lo que ocurre en Colombia, donde existe una ley especial que indica específicamente que el notario es un funcionario público de carácter especial.

3.1.5 *Doctrina administrativista*: utiliza la figura del derecho romano llamada “Munera Publica”. Esta figura, a diferencia del funcionario público, actúa a nombre y por cuenta propia o de terceros, y no de la Administración Pública, es decir, ejerce una función pública, pero no es un funcionario público.

⁸ Véase el artículo 1 del Código Notarial referente al notariado público.

Si bien es cierto que el notario actúa por sí mismo, lo hace a rogación como fedatario público, habiendo recibido por depósito del Estado la fe pública, y no puede hacer uso de esa fe para su interés personal, sino buscando siempre la seguridad jurídica.

Para el desarrollo de este artículo, es de suma importancia tener claro el concepto de "Munera Publica" para poder comprender el ejercicio privado de funciones públicas, en razón del desempeño de una profesión determinada como sucede con el notario público.

La siguiente transcripción doctrinal, sirve para comprender adecuadamente la distinción entre la figura del munera publica y el funcionario público:

Los munera publica son aquellos particulares que ejercen, de forma permanente o transitoria, potestades públicas cuando han sido previamente habilitados legal o contractualmente, convirtiéndose en vicarios de la respectiva administración pública. El munera publica ejerce, privadamente funciones públicas a nombre propio y por cuenta propia, a diferencia del funcionario público que actúa a nombre y por cuenta de la administración pública (artículo 111, párrafo 1º, Ley General de la Administración Pública). Actúa por sí y para sí mismo y sus actos son suyos y no de la administración respectiva (Lobo, 2005, p.122).

Tomando como base esta definición y las características del notario público contempladas en el Código Notarial⁹, se deduce claramente que el notario público costarricense cumple con las mismas características de la figura del munera publica, se trata de un particular que ejerce funciones públicas, que actúa en nombre propio y por cuenta propia, al menos en el

⁹ Véase el artículo 1 del Código Notarial referente al notariado público.

desarrollo de su empresa y en lo relacionado con la responsabilidad.

Con respecto a este último punto, el notario actúa a nombre y por cuenta propia, en el sentido de que el notario debe iniciar su propia empresa y mantenerla durante todo el ejercicio de su función notarial, y en cuanto a la responsabilidad, porque el notario es responsable de sus actos y el Estado no es solidario con él.

Sin embargo, y a pesar de que se está de acuerdo en que el notario actúa por sí mismo, en el ejercicio de la función pública a él depositada por el Estado, debe actuar siempre amparado al principio de legalidad aplicable al notario público por el Código Notarial¹⁰. No puede hacer uso de la fe pública que le fue depositada para su interés personal, sino siempre buscando la seguridad jurídica para lograr la veracidad, legalidad y autenticidad del instrumento público, lo cual es a fin de cuentas la finalidad primordial de la función notarial.

De lo analizado a nivel doctrinal y haciendo referencia a la doctrina del Derecho Administrativo que desarrolla el concepto de munera publica, el notario público en Costa Rica no debe ser catalogado como funcionario público.

El concepto de esta figura del derecho romano nos enseña que existen ciertas potestades públicas, específicamente la fe pública, para las cuales los notarios públicos que son particulares profesionales en Derecho, han sido habilitados legalmente para ejercer esta potestad de manera permanente (excepto en los casos de inhabilitación).

¹⁰ Código Notarial, artículo 34.- Alcances de la función notarial. "Compete al notario público: a) recibir, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico las manifestaciones de voluntad de quienes lo requieran, en cumplimiento de disposiciones legales, estipulaciones contractuales o por otra causa lícita, para documentar de forma fehaciente, hechos, actos o negocios jurídicos...".

El notario, al igual que el munera pubblica, ejerce de forma privada una función pública a nombre y por cuenta propia, a diferencia de lo que sucede con el funcionario público, el cual forma parte de la Administración Pública y ejerce funciones propias de ella (Pacheco, 1983).

3.2 Tratamiento legal de la naturaleza del notario público

Para los efectos del presente artículo, es de suma importancia realizar un análisis de lo contemplado en nuestro ordenamiento legal en relación con la naturaleza jurídica del notario costarricense, para lo cual es fundamental referirse al Código Notarial, a la Ley General de la Administración Pública y a las directrices y lineamientos emitidos por la Dirección Nacional de Notariado, los cuales se comentarán en el siguiente apartado.

Adicionalmente, y como dato histórico, es importante realizar antes una breve reseña de la evolución legislativa del notariado en Costa Rica, como una introducción al análisis de lo contemplado en el Código Notarial en relación con la naturaleza del notario costarricense.

3.2.1 Antecedentes históricos

La evolución legislativa del notariado en nuestro país se divide en cuatro etapas (Muñoz, 1989):

a) La primera fase se mantuvo durante la conquista española y después de la independencia de Costa Rica hasta el año 1824. Se hacía referencia a la Legislación Indiana que mantenía un sistema numerario –se permitía el ejercicio de un número limitado de notarios–. En esta primera fase, no era necesario que el escribano¹¹ o notario contara con el título de abogado, era suficiente con saber leer, escribir y firmar, y ser de notoria honradez.

¹¹ “El que por oficio público estaba autorizado para dar fe de las escrituras y demás actos que pasaban ante él”. Denominación antigua del notario y del secretario judicial (De Pina, 1989).

b) La segunda fase abarca el período comprendido entre los años 1824 y 1887, el cual se caracterizó por la promulgación de las primeras normas que empezaban a hacer referencia a la función notarial, tales como el Formulario de Actuaciones y Cartulaciones de 1844, la Ley Reglamentaria de Justicia de 1845 y la Ley Hipotecaria promulgada en 1865 por mencionar solo algunas normas emitidas durante esa época.

c) Durante la tercera fase se presentó una legislación más desarrollada, marcada por la promulgación de la primera Ley Orgánica del Notariado el 12 de octubre de 1887 y derogada a su vez por la segunda Ley Orgánica de Notariado el 5 de enero de 1943, la cual poseía como principal característica el exigir el requisito de poseer título de abogado para ejercer el notariado.

d) La última y cuarta fase se da con la promulgación del actual Código Notarial en 1998, el cual se adapta más a la realidad actual del país y ha depurado y actualizado la normativa notarial existente. Entre sus principales características se encuentra el exigir el requisito de contar con una especialidad en Derecho Notarial y Registral para poder ser notario, y el darle al notario una función asesora y tramitadora, lo cual no se daba con el régimen antiguo.

Habiendo realizado esta breve reseña de las fases por las que ha evolucionado el ordenamiento jurídico notarial, es más claro realizar un análisis de las normas que están relacionadas con la naturaleza del notario público, principalmente lo contemplado por el Código Notarial vigente.

3.2.2 Marco legal actual

Para poder entender a nivel legal el porqué el notario público en Costa Rica no debe ser catalogado como funcionario público, es necesario realizar un análisis de los siguientes cuerpos de leyes, los cuales inciden directa o indirectamente en calificar la

naturaleza del notario público, a saber: Ley General de la Administración Pública, Código Notarial y, por último, las directrices y lineamientos emitidos por la Dirección Nacional de Notariado.

3.2.2.1 Ley General de la Administración Pública

La Ley General de Administración Pública establece en su artículo 111 el concepto o lo que debe entenderse por servidores públicos en general, y dice:

Artículo 111.- 1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración Pública o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

Incluso, para evitar cualquier ambigüedad, el inciso segundo del citado numeral 111 de la Ley General de la Administración Pública, ley n.º 6227 del 2 de mayo de 1978, advierte:

2. A este efecto considérense equivalentes los términos “funcionario público”, “servidor público”, “empleado público”, “encargado de servicio público” y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.

3. No se considerarán servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.

Bajo la premisa de este cuerpo de leyes se establecen las principales características con las que debe contar una persona física para ser considerada como servidor o funcionario público, que son la representatividad, potestad de imperio, remuneración y designación.

Si se relaciona la definición que da la Ley General de la Administración Pública con la definición de notario público, se deduce lo siguiente:

a. En cuanto a la representatividad, el citado artículo 111 indica que será servidor aquel que preste servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de esta, y no a nombre y por cuenta propia.

El artículo 112 de la misma ley, en afirmación a lo antes dicho en relación con ser parte de la organización, presupone que se lleve a cabo no cualquier función, sino una de gestión pública.

En el caso del notario público, esta característica de representatividad no le aplica, ya que como se ha venido analizando a lo largo de este artículo, el notario público actúa por cuenta y riesgo propio, sin que sus actuaciones comprometan a la Administración.

El más claro ejemplo de esta situación es que en los casos en que el notario comete alguna irregularidad civil, penal o disciplinaria, el Estado no es solidariamente responsable con el notario, lo cual sí aplica cuando se trata de servidores o funcionarios públicos¹².

b. En cuanto a la potestad de imperio, el cual es el acto unilateral de voluntad reservado exclusivamente a la Administración Pública, es la Administración la que, a través de sus servidores o funcionarios públicos, dicta actos de acatamiento obligatorio para sus destinatarios (Infante, 2005).

Esto no ocurre en el caso de los notarios públicos, los cuales, siguiendo el principio de rogación, actúan a ruego de parte y no de oficio¹³, y al prestar sus servicios no imponen

¹² Ley General de la Administración Pública, artículo 201.- “La Administración será solidariamente responsable con su servidor ante terceros por los daños que éste cause en las condiciones señaladas por esta ley”.

¹³ Código Notarial, artículo 36.- Solicitud de los servicios. “Los notarios actuarán a solicitud de parte interesada, salvo disposición legal en contrario...”.

a los usuarios que acuden ante él mandatos de cumplimiento obligatorio.

c. En relación con la remuneración, se refiere al pago que realiza el Estado a quienes prestan servicios a su nombre. En el caso de los servidores o funcionarios públicos, se encuentran bajo un régimen de empleo público y es la Administración Pública la que a favor de sus funcionarios y por concepto de los servicios que prestan, realiza el pago del sueldo o salario correspondiente¹⁴.

En el caso de los notarios públicos, la situación es muy distinta, ya que los notarios no reciben salario por parte del Estado, sino que sus honorarios provienen de los usuarios que ruegan su servicio¹⁵.

d. Por último y en relación con la designación, en el caso de los servidores o funcionarios públicos lo que se da es un acto válido y eficaz de investidura que se adquiere por nombramiento o elección.

Según la doctrina administrativa, los funcionarios públicos son personas naturales investidas de determinadas calidades que representan a la persona jurídica (Estado) en sus relaciones con terceros, cumpliendo así con determinadas funciones que le son encomendadas para cumplir tal fin¹⁶. En el caso del notario público, a diferencia del funcionario público, no hay investidura, lo que se da es un acto de habilitación legal, es decir, la autorización para el ejercicio de una función pública; el notario ejerce el notariado en función de una práctica, se le autoriza al notario para que practique.

¹⁴ En la Administración Pública, los salarios están contemplados en la Ley de Presupuesto de cada año, tratándose del Gobierno Central y en los respectivos presupuestos, tratándose de entidades descentralizadas (Pacheco, 1983).

¹⁵ Código Notarial, artículo 166.-Honorarios. "Los notarios públicos cobrarán honorarios según se establezca en el arancel respectivo...".

¹⁶ La excepción es el funcionario de hecho, según lo establecido en el artículo 115 de la LGAP.

El proceso de habilitación de conformidad con el Código Notarial está conformado por cuatro subprocesos, el proceso de inscripción como notario, la autorización para ejercer el notariado, la rehabilitación cuando el notario está en cese y pide nuevamente ejercer y, por último, la inhabilitación, que es un proceso que por ley ejerce la Dirección Nacional de Notariado en presencia de que hay un impedimento para ser notario.

Adicionalmente, todo aquel que obtenga el título de abogado y cuente con la especialidad en Derecho Notarial y Registral puede optar por ser notario sin tener que pasar por un proceso de elección.

Al respecto señala Bogarín (2002) que el notariado costarricense a partir del contenido del artículo uno del Código Notarial, opera en función de una autorización y no de un nombramiento por parte del Estado, aspecto que descarta la posibilidad de admitir al notario público como un funcionario público, ni en un régimen de sujeción alguna respecto a la función notarial que presta a los personas.

La excepción a esta situación es lo dispuesto por la Sala Constitucional sobre el notario de planta¹⁷, figura que ya se estudio al inicio de este escrito.

De acuerdo con el análisis anteriormente realizado se ve claramente que según lo establecido por la Ley General de Administración Pública en cuanto a los servidores o funcionarios públicos, el notario público no puede ni debe ser catalogado como tal, ya que no cumple con ninguna de las características fundamentales establecidas por el cuerpo de normas anteriormente mencionado, a saber: representatividad, imperio, remuneración y designación.

Como se ha venido recalando en el desarrollo de este artículo, el notario público efectivamente ejerce una función pública,

¹⁷ Sala Constitucional, voto N°. 2003-05417 de las 14:48 hrs. del 25 de junio de 2003.

que es la de dar fe pública de los actos o transacciones que ocurren ante su presencia, dándoles el carácter de legítimos y auténticos; sin embargo, el ejercer esa función pública no implica que el notario sea un funcionario público.

Para poder llegar a conclusiones más acertadas lo cual es el fin de este documento, es necesario continuar con el análisis de los otros cuerpos de leyes que se refieren de alguna forma a la naturaleza del notario público, por lo que a continuación se analizará lo referente al Código Notarial y las directrices emitidas por la Dirección Nacional de Notariado.

3.2.2.2 Código Notarial

En relación con lo establecido en el Código Notarial con respecto al notario público, para efectos de este artículo es de fundamental importancia referirnos a los artículos 1 y 2 de este cuerpo de leyes, los cuales hacen referencia al concepto de notariado público y a la figura del notario.

Establece el artículo 1 de este cuerpo de leyes en relación con el notariado público lo siguiente:

El notariado público es la función pública ejercida privadamente. Por medio de ella, el funcionario habilitado asesora a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él.

En este artículo se puede ver claramente cómo desde el primer artículo de este cuerpo de leyes se hace mención a que la función notarial es una función pública llevada a cabo **privadamente**; por lo que se debe entender e interpretar correctamente, que cuando se refiere este mismo artículo *al funcionario*, hace referencia a una persona que cumple una función, en este caso la función notarial, y no a un funcionario público en sentido estricto.

Por otro lado, es importante rescatar también de este numeral uno, lo que se refiere al **funcionario habilitado**, ya que según lo establecido por la Ley General de Administración Pública, el servidor o funcionario público es investido, a diferencia de lo que en la realidad ocurre con el notario público, ya que tal y como lo establece este artículo, lo que existe es una habilitación¹⁸ por parte del Estado a través de la Dirección Nacional del Notariado para ejercer privadamente una actividad típicamente estatal: la fe pública.

Por su parte, el artículo 2 del mismo cuerpo de leyes define la figura del notario público de la siguiente forma:

El notario público es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial.

En leyes, reglamentos, acuerdos y documentos, cuando se use la palabra notario debe entenderse referida al notario público.

En cuanto al artículo 2 del Código Notarial, se afirma que el notario público es un profesional en Derecho habilitado legalmente para ejercer la función notarial, lo cual descarta la posibilidad de catalogar al notario público como funcionario público, ya que al tenor de este artículo, la naturaleza de la función notarial es el de un servicio público ejercido privadamente por un profesional en Derecho habilitado para ello por el mismo Estado. Lo anterior supone que el notario público es un profesional en Derecho, habilitado legalmente a través de un depósito de una función que objetivamente le compete al Estado para ejercer la función notarial (Vargas, 2000).

¹⁸ Habilitar. Facultar a una persona para la realización de determinados actos jurídicos, que no podría llevar a efecto sin esta autorización expresa (De Pina, 1989).

3.3 Análisis de lo dispuesto por la Dirección Nacional de Notariado (DNN)

Para una mejor comprensión de la posición que sostiene la Dirección Nacional de Notariado en relación con el tema de si el notario público costarricense es o no un funcionario público, conviene citar algunas de las directrices emitidas por la DNN, que de conformidad con lo expuesto en el artículo 24 del Código Notarial¹⁹, tiene como atribución emitir lineamientos de acatamiento obligatorio, donde se expone una posición contraria a la apuntada en este artículo científico.

Como dato importante, es preciso señalar que desde su creación en el año de 1998, la Dirección Nacional de Notariado ha emitido un total de 48 directrices, de las cuales hoy día se encuentran vigentes solo 16, según lo establecido por los artículos 123 y 124 de los Lineamientos Generales para la Prestación y Control del Ejercicio Notarial. Estas directrices se refieren a temas tales como: requisitos para ser notario público, notario consular y reglamento ético y moral en el ejercicio de la función notarial, por mencionar solo algunos. Sin embargo, ninguna de estas directrices hace referencia o resuelve concretamente al tema de la naturaleza del notario público, lo único que se demuestra a partir de las dos directrices que a continuación se comentarán, es el aparente conflicto que existe en torno al tema de este artículo.

La Directriz N° 004-01 del 13 de diciembre de 2001 hace referencia a los lineamientos por seguir en el campo de la función notarial de acuerdo con las nuevas exigencias del Código Notarial, los cuales se pueden resumir en:

a) Tener conciencia de la naturaleza jurídica de la función pública ejercida privadamente.

¹⁹ Artículo 24.- Atribuciones. "Son atribuciones de la Dirección Nacional de Notariado: d) Emitir lineamientos de acatamiento obligatorio, para que los notarios presten servicios a los usuarios en forma eficiente y segura...".

b) Cumplir y observar rigurosamente las disposiciones legales notariales respecto al ejercicio de la función notarial.

c) Velar por brindar un servicio dentro de la más correcta formación y expresión legal de la voluntad en los actos jurídicos notariales que realicen.

d) Intervenir con conciencia de las implicaciones inherentes a los requisitos, condiciones y deberes del notario en el ejercicio de su función y respecto de la normativa específica necesaria para el desempeño profesional.

e) Vigilar para que sus actuaciones estén guiadas por los valores de integridad, coherencia, honestidad, honradez y transparencia.

f) Actuar de manera imparcial y objetiva en la relación con todas las personas que intervengan en los actos o contratos otorgados en su presencia.

Estas son, entre algunas otras, un resumen de las disposiciones expuestas en esta directriz, y en las que se resalta principalmente que la actividad notarial es regulada tomando en cuenta aspectos del carácter liberal y especial de la práctica notarial.

De esta directriz interesa destacar lo expuesto en el punto a) anteriormente mencionado: *tener conciencia de la naturaleza jurídica de la función pública ejercida privadamente*. Sobre este punto en particular, resulta claro que existe conciencia de que la función notarial es parte de una función típicamente administrativa, que es la fe pública, pero la cual es ejercida de forma privada por un profesional en Derecho.

En relación con este punto, es preciso considerar también lo dispuesto por los Lineamientos Generales para la Prestación y Control del Ejercicio y Servicio Notarial²⁰

²⁰ El fin principal de este cuerpo de normas consistió en reunir una serie de disposiciones que se hallaban dispersas en múltiples directrices; la idea era unificar criterios y ofrecer tanto al notario como al usuario una agrupación de lineamientos que hicieran del ejercicio una actividad clara, directa y accesible para los involucrados.

(Dirección Nacional de Notariado, 2005), el cual en su artículo segundo, establece también el tener conciencia de la naturaleza jurídica de la función pública ejercida privadamente.

A lo que no se hace referencia en este cuerpo de lineamientos o en lo establecido en la directriz anteriormente mencionada, es a la naturaleza jurídica de quien ejerce esa función pública, lo cual es lo que principalmente interesa para efectos de este artículo.

Por otra parte, la directriz número 004-2000 del 20 de julio de 2000, que actualmente se encuentra sin efecto según lo establecido por el artículo 123 de los Lineamientos Generales para la Prestación y Control del Ejercicio Notarial, hacía referencia a la incompatibilidad del notario y funcionario público, con respecto a lo cual es importante destacar los siguientes párrafos:

El notario público está aceptado como un funcionario público dentro de un régimen especializado. Se le señala o define como un funcionario público, por cuanto ejerce privadamente una función pública, con uso de un poder público, a través de la fe pública. Es un funcionario público por delegación.

Más adelante en esta misma directriz se establecía que *“el notario está obligado a tener oficina abierta y no puede ser funcionario público, salvo las únicas excepciones contenidas en los incisos a y b del artículo 5 del Código Notarial”*²¹.

Con base en la directriz anteriormente transcrita, resulta evidente que existe una clara contradicción entre lo que establece un párrafo y el otro en torno a si el notario público es un funcionario público o no. De

acuerdo con el primer párrafo, el notario público es un funcionario público por delegación; sin embargo, en el segundo párrafo se dice que el notario no puede ser funcionario público, cuando en realidad lo que se le impediría al notario es realizar otra función pública.

Es importante destacar que, aunque la directriz citada se ha dejado actualmente sin efecto, no existe ningún documento oficial por parte de la Dirección Nacional de Notariado que aclare todavía el tema de la naturaleza del notario público, y que lo que se pretende demostrar con esta directriz es la confusión que ha existido en torno a este tema.

Por su parte, la Directora de la Dirección Nacional de Notariado, la Licenciada Alicia Bogarín Parra sostiene que el notario público no puede ni debe ser considerado como un funcionario público a pesar de que, como ya se mencionó, a nivel de textos y normativa no existe nada definido al respecto, lo que se ha prestado para interpretaciones erróneas y posiciones encontradas en cuanto a este tema.

3.4 Tratamiento jurisprudencial de la naturaleza del notario público

En apoyo del análisis legal anteriormente expuesto, conviene citar lo que nuestra jurisprudencia ha indicado en relación con la naturaleza del notario público costarricense.

3.4.1 De lo resuelto por la Sala Constitucional y el Tribunal Contencioso Administrativo

Es importante aclarar, antes de comenzar este apartado, que ni la Sala Constitucional ni la Jurisdicción Contencioso Administrativa han resuelto nada en específico en relación con el tema en estudio, por lo que para efectos de este artículo se hará mención de solo algunas resoluciones que se refieran en su contenido a la naturaleza del notario público en Costa Rica.

²¹ Artículo 5.- Excepciones. “Se exceptúan de la prohibición contenida en el inciso f) del artículo anterior: a) Las personas que laboren como docentes en entidades educativas. b) Quienes sean magistrados, jueces o alcaldes suplentes, cuando sirvan en tales cargos por menos de tres meses...”.

Sobre el punto en particular de lo contemplado en el artículo 2.º del Código Notarial (2000), en cuanto a que “el notario público es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial”, el Tribunal Contencioso Administrativo ha ratificado esta afirmación, por lo que conviene citar lo expuesto por el Tribunal Contencioso Administrativo en la sentencia N° 293-2001, la cual señala que *“El notariado es el ejercicio privado de la función pública, por lo que los notarios no son funcionarios públicos, aunque sí tengan una especial relación de sujeción por ese motivo”*.

Con base en el extracto de esta sentencia, conviene decir que el notario público se sitúa en una posición muy particular respecto al Estado en comparación con el resto de la sociedad, vínculo que recibe el nombre de Relación de Sujeción Especial²² (Calvo, 2000).

En razón de esta relación jurídico administrativa entre la Administración y el notario público, este último se encuentra obligado a prestar una serie de servicios, mientras dure su habilitación, en el uso de sus facultades públicas.

Adicionalmente, al existir esta relación especial, al notario público se le aplican una serie de disposiciones administrativas por causa de la función pública que ejerce; dichas medidas administrativas implican, como ya se mencionó, que el notario público se encuentra ubicado en un ámbito jurídico distinto de cualquier otro ciudadano, como consecuencia directa de sus atribuciones y de su obligación de utilizar la fe pública conforme la ley lo ordena.

²² “Aquellas relaciones jurídico públicas en las cuales una persona física o jurídica, por la especial posición en que le encuadra el ordenamiento jurídico, por su infusión como parte integrante de la organización administrativa o por razón de la especial relevancia que para el interés público tiene el fin de esta, se encuentran en una situación de sometimiento distinta y más intensa del común de los ciudadanos...” (Calvo, 2000).

En igual sentido, la Sala Constitucional, en la Resolución N° 01749-2001, ante una acción de inconstitucionalidad de los artículos 22 y 25 de la Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, se refiere a la naturaleza de la función notarial en la siguiente forma:

Debe tenerse presente la naturaleza de la función notarial, que la Sala entiende como el ejercicio privado de una función pública...Es una función que se ejerce por delegación y con supervisión del Estado (p.10).

En apoyo de lo expuesto, conviene citar también lo resuelto en el Voto N° 1483- 2001 de la Sala Constitucional ante un recurso de amparo interpuesto por un grupo de notarios contra la Dirección Nacional de Notariado, de la cual se destaca lo siguiente: *“Es un conflicto entre ser funcionario público y simultáneamente ejercer otra función –que también es pública— como es la del notario”*.

Con base en los dos votos de la Sala Constitucional antes indicados, resulta claro que no es posible definir al notario público como un funcionario público, por cuanto se trata más bien de un profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial.

Al aplicar lo dicho al tema de la naturaleza del notario público, se tiene que de conformidad con la Sala Constitucional y el Tribunal Contencioso Administrativo, es claro que el notario público ejerce una función pública, la cual debe ejercerse dentro de las potestades y limitaciones que el ordenamiento jurídico dispone y bajo el control del Estado, debido a la importancia de su función, que es la de dar fe pública; pero no por esto se le debe clasificar como un funcionario público.

3.4.2 De lo dispuesto por la Sala Tercera

Desde una posición antagónica, es preciso considerar lo resuelto por los jueces en materia penal en nuestro país, quienes sostienen que el notario público debe ser considerado como un funcionario público.

Al respecto, es conveniente citar lo resuelto por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 475-f-93, del cual se destaca lo siguiente (Infante, 2005):

El autor de los delitos de falsificación de documento público y uso de documento falso, según la descripción contenida en los artículos 357, en su forma simple, y 363 del Código Penal, no necesariamente debe ser un funcionario público... Al tenerse por demostrado que el imputado es abogado y notario público y que prevaleciéndose de su condición de notario público, según el título que lo acredita como tal, utilizando el protocolo que se le otorgó por esta razón, la Corte Suprema de Justicia, aún suponiendo que estaba suspendido al momento de sus actuaciones, realizó varias escrituras de contenido falso, es claro que el imputado actuó prevaleciéndose de su condición de funcionario público y de los instrumentos que al efecto tenía por ostentar la calidad de Notario Público.

En relación con la afirmación anterior, es indispensable hacer referencia al tipo penal de falsificación de documentos públicos y auténticos²³ regulado en el artículo 357 del Código Penal el cual señala:

²³ Mientras que no se demuestre que un documento o instrumento público es falso, sirve como prueba plena en relación con los hechos materiales que el funcionario afirme haber ejecutado él mismo o que hayan ocurrido en su presencia en el ejercicio de sus funciones. La autenticidad o fuerza probatoria especial de que están revestidas esas escrituras, depende de la *fe pública* que la ley concede a los funcionarios de donde emanan. Por eso se dice que tales documentos son "auténticos", lo que significa, autorizados o de fe cierta, conforme al sentido etimológico de la palabra (Brenes, 1977).

Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que hiciere en todo o en parte un documento falso, público o auténtico, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio.

Si el hecho fuere cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, la pena será de dos a ocho años.

Sobre este punto en particular, y según lo resuelto por los jueces en materia penal, es claro que al notario público se le está aplicando la agravante en los delitos cometidos por funcionarios públicos contemplado en nuestro Código Penal, lo que crea la interrogante sobre cuál es la verdadera naturaleza del notario público.

Como ya se ha venido analizando del tratamiento legal, doctrinal y jurisprudencial, al notario público no se le puede considerar un funcionario público solo por el hecho de que ejerza una función típicamente administrativa, por lo que no procedería la aplicación de la agravante en los delitos de falsedad cometidos por funcionarios públicos a los notarios públicos²⁴.

Es importante indicar que no se pretende con lo indicado que no debe existir la agravante para el notario público; al contrario, existe conciencia de la importancia y trascendencia de la función notarial y que por esta misma razón debería protegerse con los mejores mecanismos legales (Infante, 2005); sin embargo, con la normativa vigente y según la posición sostenida en este artículo, la agravante establecida para los funcionarios públicos, en el caso específico de delitos contra la fe pública, no debe ser aplicable al notario público.

Por su parte, y en relación con lo resuelto por la Sala Tercera, la directora de la Dirección Nacional de Notariado manifiesta que este problema se da por

²⁴ Es importante recordar que este tipo penal sí aplica para los notarios consulares, ya que como se estudió al principio de este artículo, sí son funcionarios públicos.

desconocimiento del notariado a nivel de jueces, usuarios e incluso de docentes y los mismos notarios, de ahí la necesidad de establecer cuanto antes el delito o ilicitud notarial, que son delitos propios de un notario público por la importancia y trascendencia de su función, la cual es la fe pública.

Conclusiones generales

En concordancia con los objetivos de este artículo y del análisis efectuado, se concluye lo siguiente:

Sobre los antecedentes de los sistemas notariales

I. El notario público costarricense se ubica dentro del llamado "Sistema Notarial Latino", el cual define al notario como el profesional en Derecho que se encarga de realizar una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados para ese fin.

Sobre los tipos de notario en Costa Rica

II. Según refiere la doctrina y nuestro Código Notarial, existen dos tipos de notarios que pueden ejercer la función notarial: el notario al servicio de la Administración Pública, el cual contempla al notario del Estado, notario consular y notario- funcionario público, los cuales prestan sus servicios directamente a la Administración Pública y son considerados por ley como funcionarios públicos; y el segundo tipo de notario, que es el notario público.

III. Para efectos de este estudio, se analiza únicamente la figura del notario público, el cual, y para efectos de nuestro ordenamiento legal, es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función pública.

IV. Es en cuanto a la figura del notario público costarricense que no existe una

posición clara y definida con respecto a su naturaleza, es decir, si se le debe considerar como funcionario público o no, y que el presente artículo científico se sustenta en la posición de no considerar al notario público como funcionario público.

Sobre el tratamiento doctrinal de la naturaleza del notario público

V. A nivel doctrinal, según las tesis funcionarista, profesionalista y ecléctica, las cuales procuran explicar la naturaleza de la función notarial, el notariado costarricense se ubica dentro de la tesis ecléctica, ya que acepta elementos de las dos primeras tesis mencionadas, pues establece que la función pública es ejecutada por un profesional en Derecho, es decir, a cargo de un profesional privado y no de un funcionario público asalariado.

VI. Según las dos corrientes doctrinales que explican la naturaleza jurídica del notario y tomando en cuenta la definición y las características del notario público contempladas en el Código Notarial, el notario público costarricense se ubica dentro de la llamada "doctrina administrativista", la cual toma como suya la figura del derecho romano del "munera publica", que se refiere al ejercicio privado de funciones públicas.

VII. Se concluye entonces, que el notario es un particular que tiene a su cargo el ejercicio profesional de una función típicamente administrativa: dar fe pública, labor que la realiza de forma independiente y liberal, a nombre y por cuenta propia, a diferencia del funcionario público que actúa a nombre y por cuenta de la Administración Pública.

Sobre el tratamiento legal de la naturaleza del notario público

VIII. Si se ubica al notario público dentro del marco normativo de la Ley General de la Administración Pública, específicamente el artículo 111 que define las características del funcionario público, al notario público no se le debe definir como tal, ya que no cumple con los criterios de *representatividad*, *imperio*,

remuneración y designación que caracterizan a los funcionarios públicos en Costa Rica.

IX. Al tenor de los numerales 1 y 2 del Código Notarial, se afirma que el notariado público es una función pública ejercida privadamente por un profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial.

Sobre el análisis de lo dispuesto por la Dirección Nacional de Notariado

X. En relación con la naturaleza del notariado público, las directrices y lineamientos emitidos por la Dirección Nacional de Notariado son claros en definirla como la función pública ejercida privadamente, lo que demuestra que existe conciencia de que la función notarial es parte de una función típicamente administrativa, pero que es ejercida de forma privada por el notario público.

XI. Sin embargo, y en relación con la naturaleza del notario público, y no de la función, no existe a **nivel escrito** en directrices y lineamientos analizados una posición claramente definida en relación con la naturaleza del notario público por parte de la Dirección Nacional de Notariado, lo que se ha prestado para interpretaciones erróneas y posiciones encontradas en cuanto a este tema se refiere.

XII. Inicialmente, la Dirección Nacional de Notariado, específicamente en lo contemplado en la directriz 004-2000, aceptaba al notario público como un funcionario público por delegación, lo cual era totalmente erróneo, ya que si se considerara al notario como funcionario público, el Estado sería responsable por sus actuaciones, situación que no se da en nuestro ordenamiento jurídico.

XIII. Actualmente, la directora de la Dirección Nacional de Notariado, la Licenciada Alicia Bogarín Parra, sostiene que el notario público no es un funcionario público y que en cuanto a la directriz 004-2000, la cual admite al

notario como un funcionario público por delegación, lo que hubo fue un error en su redacción por falta de conocimiento del notariado costarricense en aquel entonces.

Sobre el tratamiento jurisprudencial de la naturaleza del notario público

XIV. De conformidad con lo dispuesto por la Sala Constitucional y por el Tribunal Contencioso Administrativo, el notario público no puede ser catalogado como un funcionario público, ya que nunca lo han llamado como tal; define en cambio al notariado, como aquella función pública ejercida de forma privada.

XV. Se admite que el notario público ejerce una función típicamente administrativa, lo que lo sitúa en una posición muy particular respecto al Estado, llamada Relación de Sujeción Especial; sin embargo, es clara la posición de la Sala Constitucional y del Tribunal Contencioso Administrativo en relación con el carácter privado de la función pública que ejerce el notario público, por lo que según lo analizado, no se le debe catalogar como funcionario público.

XVI. Al aplicar lo dicho por la Sala Constitucional y el Tribunal Contencioso Administrativo, resulta claro que el notario público ejerce una función pública, la cual debe ejercerse dentro de las potestades y limitaciones que el ordenamiento jurídico dispone y bajo el control del Estado, debido a la importancia de su función; pero no por estas razones se puede clasificar al notario público como un funcionario público.

XVII. Parte de la confusión que se da sobre el tema en cuestión a nivel jurisprudencial, se fundamenta en las apreciaciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que califica al notario público como un funcionario público al aplicarle la agravante para funcionarios públicos en el tipo penal de falsificación de documentos públicos y auténticos.

XVIII. En relación con este punto en particular, la misma Dirección Nacional de Notariado admite que existe falta de conocimiento por parte de los jueces penales y que lo que existe es una ausencia de la norma, una laguna legal en cuanto a los tipos penales que actualmente se le están aplicando de forma errónea al notario público.

Bibliografía

Libros

Pina Vara, R. (1989). *Diccionario de Derecho*. México: Editorial Porrúa, S.A.

Salas Marrero, O. (1973). *Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá*. San José: Editorial Costa Rica.

Brenes Córdoba, A. (1977). *Tratado de las Obligaciones*. San José: Editorial Juricentro, S.A.

Bogarín Parra, A. (2002). *Notariado: Función Objetiva del Estado*. Costa Rica: Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial.

Bogarín Parra, A. (2001). *Conceptualización del Régimen Notarial en Costa Rica*. Costa Rica: CONAMAJ.

Muñoz Céspedes, W. (1989). *Ética Notarial*. Costa Rica: Colegio de Abogados.

Revistas

Infante Meléndez, G. (2005). Naturaleza Jurídica del Notario Costarricense. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 106, 175-196.

Pacheco Salazar, A. (1983). Derechos, deberes y responsabilidades de los funcionarios públicos. *Revista de la Contraloría General de la República*, 36, 14-28.

Vargas Jiménez, C. (2000). El notariado como servicio público. *Ivstitia*, 234-235, 4-18.

Calvo Murillo, V. (2000). La función del notario: desde el ámbito del Derecho Público. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 91.

Tesis

Hernández Valle, R. y Salas Marrero, O. (1971). *Apuntes del Derecho Notarial*. Tesis de licenciatura en Derecho no publicada, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Rodríguez Ulate, E. (1975). *El notario en el mundo moderno*. Tesis de licenciatura en Derecho no publicada, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Ortiz Ortiz, E., (1998). *Tesis de Derecho Administrativo*. Costa Rica: Editorial Stradmann.

Leyes y directrices

Costa Rica. Leyes y Decretos. (1999). *Código Penal*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.

Costa Rica. Leyes y Decretos. (2000). *Código Notarial*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.

Costa Rica. Leyes y Decretos. (1999). *Ley General de la Administración Pública*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.

Costa Rica. Dirección Nacional de Notariado. (2001). *Directriz N° 004 2001. Ética Notarial*. San José: Dirección Nacional de Notariado.

Costa Rica. Dirección Nacional de Notariado. (2000). *Directriz N° 004 2000. Incompatibilidad notario-funcionario público*. San José: Dirección Nacional de Notariado.

Costa Rica. Dirección Nacional de Notariado. (2005). *Lineamientos Generales para la Prestación y Control del Ejercicio y Servicio Notarial*. San José: Dirección Nacional de Notariado.

Resoluciones

Corte Suprema de Justicia. (1993). *Voto N° 649-93 Sala Constitucional*. San José: Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia. (2001). *Voto N° 1483-2001 Sala Constitucional*. San José: Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia. (2003). *Voto N° 2003-05417 Sala Constitucional*. San José: Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia. (2001). *Voto N° 1749-2001 Sala Constitucional*. San José: Corte Suprema de Justicia

Tribunal Contencioso Administrativo. (2001). *Sentencia N° 293-2001 Sección Primera*. San José: II Circuito Judicial.

Corte Suprema de Justicia. (1993). *Voto N° 475-f-93 Sala Tercera*. San José: Corte Suprema de Justicia.

Artículos de Internet

Arrache Murgía, J.G. (2007). *El Notario Público. Función y Desarrollo Histórico*. Recuperado el 28 de enero de 2007, de <http://www.monografias.com/trabajos20/notario-publico/notario-publico.shtml>

Granados Vargas, J.C. (2007). *Certificaciones Notariales*. Recuperado el 28 de enero de 2007, de <http://www.poderjudicial.go.cr/direccionnacionaldenotariado/conferencias/CERTIF.PPT>

Jiménez Carmiol, M. (2007). *Instituto Costarricense de Derecho Notarial*. Recuperado el 10 de marzo de 2007, de http://abogados.or.cr/revista_elforo/foro1/icoden.htm

Entrevistas

Entrevista realizada a la Licenciada Alicia Bogarín Parra, Directora de la Dirección Nacional de Notariado el día 20 de marzo de 2007.