

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



**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS CENTRALES QUE INFORMAN LA
LEGITIMACIÓN DE LA FUNCIÓN DEL NOTARIO Y SU INJERENCIA EN EL
EFECTIVO EJERCICIO DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL**

LUCÍA ORTÍZ BARQUÍN

GUATEMALA, AGOSTO DE 2013

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS CENTRALES QUE INFORMAN LA
LEGITIMACIÓN DE LA FUNCIÓN DEL NOTARIO Y SU INJERENCIA EN EL
EFECTIVO EJERCICIO DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUCÍA ORTÍZ BARQUÍN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2013

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

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. María Lesbia Chávez
Vocal: Licda. Marilis Guendalin Ramirez Baltazar
Secretario: Lic. Moisés Raúl de León Catalán

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Otto René Vicente Revolorio
Vocal: Lic. Obdulio Rosales Dávila
Secretaria: Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández

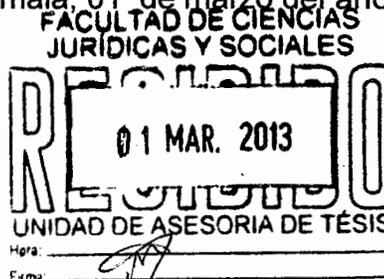
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

Guatemala, 01 de marzo del año 2013

Doctor Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Doctor Mejía Orellana:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha veinte de junio del año dos mil doce, procedí a la asesoría del trabajo de tesis de la bachiller Lucía Ortiz Barquín; que se denomina: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS CENTRALES QUE INFORMAN LA LEGITIMACIÓN DE LA FUNCIÓN DEL NOTARIO Y SU INJERENCIA EN EL EFECTIVO EJERCICIO DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL”**. Después de la asesoría encomendada, le doy a conocer lo siguiente:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además la ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo.
2. Los métodos que se emplearon fueron: analítico, con el que se señala la función notarial; el sintético, indicó sus características; el inductivo, dio a conocer los elementos que informan la legitimación de la función del notario guatemalteco, y el deductivo, dio a conocer su regulación legal. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.
3. La redacción utilizada es la adecuada. Los objetivos determinaron y establecieron los elementos jurídicos determinantes de la función notarial. La hipótesis formulada fue comprobada, dando a conocer el ejercicio de la fe pública notarial.
4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde la ponente señala un amplio contenido, relacionado con lo fundamental de garantizar la seguridad jurídica en el derecho notarial guatemalteco.



Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

5. En relación a las conclusiones y recomendaciones de la tesis, las mismas se redactaron de manera sencilla y constituyen supuestos certeros. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. A la sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización; siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

La tesis que se desarrolló por la sustentante efectivamente cumple con los requisitos que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.



Lic. Otto René Arenas Hernández
Asesor de Tesis
Colegiado 3,805
9a. avenida 13-39 zona 1
Tel. 22384102

LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 11 de marzo de 2013.

Atentamente, pase al LICENCIADO OTTO RENÉ VICENTE REVOLORIO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante LUCÍA ORTÍZ BARQUÍN, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS CENTRALES QUE INFORMAN LA LEGITIMACIÓN DE LA FUNCIÓN DEL NOTARIO Y SU INJERENCIA EN EL EFECTIVO EJERCICIO DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL".

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


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyf.

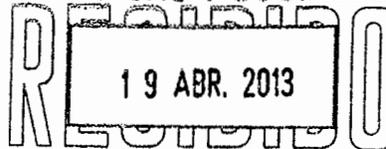


Lic. Otto René Vicente Revolorio
Abogado y Notario

Guatemala 18 de abril del año 2013

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

**FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

Hora: _____

Firma: _____

De manera atenta me dirijo a usted con el objeto de manifestarle que en cumplimiento al nombramiento recaído en mí persona de fecha once de marzo del año dos mil trece, en mi calidad de revisor del trabajo de tesis de la bachiller Lucía Ortíz Barquín, que se intitula: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS CENTRALES QUE INFORMAN LA LEGITIMACIÓN DE LA FUNCIÓN DEL NOTARIO Y SU INJERENCIA EN EL EFECTIVO EJERCICIO DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL”**, procedí a emitir opinión y los arreglos pertinentes, los cuales fueron atendidos por la bachiller, por lo que procedo a dictaminar en el siguiente sentido:

- a) Por el contenido, objeto de desarrollo, análisis, aportaciones y teorías sustentadas por la autora, califico meritoriamente como importante y valedera la revisión prestada, circunstancias de aplicación y académicas que tienen que concurrir y son atinentes a un trabajo de investigación de tesis de grado.
- b) En relación a la redacción utilizada, se observó que durante el desarrollo de la tesis se empleó una ortografía y gramática acorde. En cuanto a la contribución científica se puede observar que el trabajo desarrollado tiene el contenido científico requerido, pues del estudio de la misma se aprecian claramente los elementos centrales que informan la legitimación de la función notarial de conformidad con el derecho notarial guatemalteco.
- c) Los métodos que se utilizaron fueron: analítico, sintético, deductivo e inductivo. Las técnicas empleadas fueron la documental y de fichas bibliográficas, las cuales fueron importantes para la recolección de la información doctrinaria y jurídica relacionada con el tema investigado.
- d) Se llevaron a cabo las correcciones sugeridas durante la revisión a la introducción, capítulos, conclusiones, recomendaciones y citas bibliográficas al trabajo de tesis por parte de la bachiller Ortíz Barquín.

=====

5ª. Avenida 14-62 zona 1 oficina 302
Tel: 59179692



Lic. Otto René Vicente Revolorio
Abogado y Notario

- e) En lo relacionado con las conclusiones y recomendaciones se puede claramente establecer que la bachiller analizó la importancia de la función notarial y su injerencia en el ejercicio de la fe pública notarial, que a mi consideración son fundamentales para el trabajo llevado a cabo.
- f) La bibliografía que se utilizó constató que en el desarrollo y culminación del informe final de tesis, se utilizó doctrina de autores nacionales y extranjeros y la misma se ajusta perfectamente al contenido de los capítulos.
- g) He instruido y guiado a la estudiante durante las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas, y ello fue de utilidad para la comprobación de la hipótesis planteada de conformidad a la proyección científica de la investigación.

El trabajo de tesis en cuestión reúne los requisitos legales establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por ende emito DICTAMEN FAVORABLE, a efecto de que pueda continuar el trámite correspondiente para su posterior evaluación, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.



Lic. Otto René Vicente Revolorio
Abogado y Notario
Revisor de Tesis
Col. 7095

Otto René Vicente Revolorio
Abogado y Notario

=====

5ª. Avenida 14-62 zona 1 oficina 302
Tel: 59179692



USAC TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 10 de julio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LUCÍA ORTÍZ BARQUÍN, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ELEMENTOS CENTRALES QUE INFORMAN LA LEGITIMACIÓN DE LA FUNCIÓN DEL NOTARIO Y SU INJERENCIA EN EL EFECTIVO EJERCICIO DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/slh

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Mi creador, gracias por darme la vida, la salud, la fuerza, la esperanza, y la sabiduría. Yo sé que no me has dado una carga más pesada de la que no puedo llevar.
- A MIS PADRES:** Rufino y Sonia Elizabeth, quienes me han dado su apoyo y ayuda incondicional siempre, han estado conmigo en los momentos más difíciles y han sido mi ejemplo a seguir. Este triunfo es de ustedes. ¡Los amo!
- A MI HERMANA:** Aura Luz por todo su apoyo y por ser no solo mi hermana sino mi mejor amiga.
- A MIS ABUELOS:** José Antonio Ortiz Contreras, Aura Luz Herrera Berges, Baltazar Barquin Zepeda y Aura Encarnación Aldecoa Baldizón, por su cariño incondicional y por su ejemplo de vida.
- ESPECIALMENTE:** Gabriel Alvarado por ser un pilar fundamental para conseguir este logro, gracias por todo tu apoyo, tus consejos, y tu ayuda. Este es nuestro logro.



A: Toda mi familia y amigos con gran respeto y admiración.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por permitirme ser parte de sus miembros egresados de esta casa de estudios.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho notarial.....	1
1.1. Características.....	1
1.2. Definiciones.....	2
1.3. Reseña histórica del notariado.....	3
1.4. Sistemas notariales.....	6
1.5. Principios del derecho notarial.....	10

CAPÍTULO II

2. Relación notarial.....	13
2.1. Definición.....	16
2.2. Elementos de la relación notarial.....	17
2.3. Elección del notario.....	17
2.4. Prohibiciones.....	19
2.5. Derechos y obligaciones.....	25
2.6. Importancia.....	26
2.7. Obligaciones del notario en la relación con el cliente.....	28
2.8. Derechos del notario en la relación notarial con sus clientes y otras personas...	30
2.9. Pago de honorarios y arancel.....	30



2.10. Extinción de la relación notarial..... 34

CAPÍTULO III

3. Función notarial..... 39

3.1. Teorías que explican la función notarial..... 41

3.2. Encuadramiento de la función notarial..... 48

3.3. Teorías que explican la función notarial..... 48

3.4. Actividades que desarrolla el notario..... 53

CAPÍTULO IV

4. Elementos centrales que informan la legitimación de la función del notario y su
injerencia en el efectivo ejercicio de la fe pública notarial..... 63

4.1. Legitimación de la función del notario..... 63

4.2. Clasificación de la fe..... 67

4.3. Definición de fe pública..... 68

4.4. Fundamento de la fe pública..... 68

4.5. Clases de fe pública..... 69

4.6. Estudio legal de los elementos centrales que informan la legitimación de la
función del notario y su injerencia en el efectivo ejercicio de la fe pública
notarial guatemalteca..... 73



	Pág.
CONCLUSIONES	83
RECOMENDACIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	87



INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis es fundamental, debido a que determina la importancia jurídica de los elementos centrales que informan la legitimación de la función del notario y su injerencia en el efectivo ejercicio de la fe pública notarial. La actividad del notario consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar, conservar y reproducir el instrumento.

Sin embargo, este conjunto de actividades técnicas con que cumple el mismo normalmente para llevar a cabo su función notarial, deben estar caracterizadas por un contenido ético y moral, que se aleja del simple desempeño mecánico.

La complejidad de las relaciones sociales y económicas, en comunidades caracterizadas por relaciones interpersonales que se han visto debilitadas por la convivencia masiva en espacios que no aseguran el conocimiento directo de las personas, así como el nivel de desarrollo del negocio jurídico, son factores que a lo largo del tiempo, han determinado la consolidación de la fe pública notarial, como una necesidad para proveer de certeza o seguridad a los instrumentos que autorice el notario en la presentación de sus servicios para los asuntos de los particulares.

La función notarial, aunque diversa en sus modalidades prácticas, según los diversos ordenamientos, tiene su razón de ser en la sociabilidad humana, la cual exige plena seguridad en las formaciones de las relaciones de derecho, exacta constatación de los hechos y de los actos jurídicos, y fiel conservación pública de disponibilidad de sus pruebas, como condiciones para la actuación y preservación del orden social.

Los objetivos determinaron, que la función del notario es relativa a autorizar escrituras que tienen tres características: autenticidad, fuerza probatoria y ejecutoriedad.



También, dieron a conocer que debe tenerse presente que el notario facciona actas notariales, razones de legalización de firmas, auténticas de firmas y de documentos, así como protocolaciones, entre los instrumentos públicos que autoriza, al encontrarse investido de fe pública notarial.

La hipótesis formulada, comprobó que el derecho notarial consiste en prever de certeza jurídica a las personas, contribuir a la realización del derecho desde la perspectiva de la realización, en el ejercicio de los elementos centrales que informan su legitimación, para que la función notarial y las facultades legales de que disponen las personas, y que les reconoce el derecho positivo, o sea, el notario, como profesional del derecho, cuenten con los elementos centrales que devendrán al realizar su función.

La fe pública, enfatiza la presunción de veracidad que el Estado concede al documento autorizado por funcionario o autoridad competente en relación a ciertos documentos. Mediante la función autenticadora, el notario pone en práctica su actividad fedataria, dando legalidad y credibilidad a los documentos por él autorizados. Por tanto, también se hace responsable, legalmente, en forma personal sobre el instrumento que autorizó dentro de su quehacer profesional, con lo cual podrá cumplir con sus fines dentro del ámbito social y legal. Mediante la función modeladora, el notario en un acto creador personal y singular, traduce todos los elementos fácticos, circunstanciales, y de la realidad que le han sido presentados, en armonía con el ordenamiento jurídico en un documento que patentiza también la formación personal, el conocimiento del idioma, el estilo de redacción, para la redacción terminológica y demás elementos que responden al complejo cultural del cual se encuentra revestido el notario.

Al desarrollarse la tesis fue dividida en cuatro capítulos: el primer capítulo, define el derecho notarial, características, definiciones, reseña histórica del notariado, sistemas notariales y principios del derecho notarial; el segundo capítulo, indica la relación notarial, definiciones, elementos de la relación notarial, elección del notario, prohibiciones, derechos y obligaciones, importancia, obligaciones del notario en la



relación con el cliente, derechos del notario en la relación notarial con sus clientes y otras personas, pago de honorario y arancel y extinción de la relación notarial; el tercer capítulo, determina la función notarial, teorías que explican la función notarial, encuadramiento de la función notarial, teorías que explican la misma y las actividades que desarrolla el notario; y el cuarto capítulo, analiza y estudia jurídicamente los elementos centrales que informan la legitimación de la función del notario y su injerencia en el ejercicio de la fe pública notarial.



CAPÍTULO I

1. Derecho notarial

El derecho notarial es el conjunto de doctrinas y normas jurídicas, encargadas de la regulación de la organización del notariado, de la función notarial y de la teoría formal del instrumento público.

Su objeto, es relativo a la creación del instrumento público, y su contenido la actividad del notario y de las partes en la creación del mismo.

1.1. Características

Las características del derecho notarial son las siguientes:

- a) No existen derechos subjetivos en conflicto: por ello se dice que actúa en la fase normal del derecho.
- b) Confiere certeza y seguridad jurídica: a los hechos y actos que están solemnizados en el instrumento público.
- c) Se aplica el derecho objetivo: condicionado a las declaraciones de voluntad, con la finalidad de concretar los derechos subjetivos.



- d) Es un derecho cuya naturaleza jurídica no puede encasillarse en la división tradicional: del derecho público y el derecho privado.

- e) El campo de actuación del notario es la jurisdicción voluntaria, la certeza y la seguridad jurídica: es la que el notario confiere a los hechos y actos que autoriza derivado de la fe pública que ostenta.

1.2. Definiciones

“Derecho notarial es aquella rama del derecho, que se encuentra destinada, a través de sus normas jurídicas, a regular la actividad del notario, a dotar de certeza y seguridad jurídica a los hechos e instrumentos públicos, a ciertos actos o contratos que se llevan a efecto ante él y a la subsecuente custodia de documentos o valores”.¹

Se define el derecho notarial, como el conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público.

“El derecho notarial es la disciplina jurídica que regula y estudia las funciones notariales, la responsabilidad notarial, los procesos notariales, y los instrumentos notariales protocolares e instrumentos notariales extraprotocolares”.²

¹ Ávila Álvarez, Pedro. **Estudios de derecho notarial**. Pág 45.

² **Ibid.** Pág 56.



1.3. Reseña histórica del notariado

- a) **Hebreos:** los escribas hebreos eran de diversas clases, unos guardaban constancia y daban fe de los actos y decisiones del Rey, otros pertenecían a la clase sacerdotal y daban testimonio de los libros bíblicos que conservaban, reproducían e interpretaban. Los terceros, eran escribas de Estado y sus funciones eran como de secretarios del Consejo Estatal y colaboradores de tribunales de justicia del Estado. Por último, habían otros escribas llamados del pueblo, que redactaban de manera apropiada los contratos privados, eran mayormente parecidos a los notarios actuales, pero su misma intervención no daba legalidad al acto, y para conseguirla era necesario el sello del superior jerárquico.

- b) **Egipcios:** le tenían alta estima a los Escribas que formaban parte de la organización religiosa, y ellos se encontraban adscritos a las diversas ramas del gobierno, tomando como función primordial la redacción de los documentos concernientes al Estado y a los particulares, sin embargo no tenían autenticidad sino no se estampaba el sello del sacerdote o Magistrado.

- c) **Grecia:** en esta cultura los notarios eran denominados sígrafos, que eran los que formalizaban contratos por escrito, entregándoles a las partes su firma. Los apógrafos, eran los copistas de los tribunales.



- d) Roma: el origen de la palabra notario, viene de la antigua Roma y eran los notarii, los cuales quienes los que empleaban las notas tironianas, que consistían en caracteres abreviados que constituían una especie de escritura taquigráfica, y también se utilizó en la Edad Media.

Los scribe, conservaban los archivos judiciales y daban forma escrita a las resoluciones judiciales. Los notarii, también adscritos a la organización judicial, escuchaban a los litigantes y testigos y ponían por escrito en forma ordenada y sintética, el contenido de sus exposiciones. Los chartularii, además de la redacción de instrumentos, tenían a su cargo la conservación y custodia de los mismos. Los tabularii, eran contadores del fisco y archivadores de documentos públicos, pero, como complemento de sus funciones, fueron encargándose de la formalización de testamentos y contratos, que conservaban en sus archivos hasta convertirse en los tabellio, que se dedicaron de forma exclusiva a esas actividades y en quienes se reunieron en la etapa final de su evolución, algunos de los caracteres distintivos del notariado latino.

- e) Edad Media: con sólo saber leer y escribir se suponía un grado un grado de cultura muy elevado respecto a los demás. El rompimiento del Imperio Romano, ocasionó un retroceso en la evolución institucional del notariado, ya que los señores feudales intervienen por medio de delegados en todos los contratos y testamentos. El notario feudal, tiene como función primordial velar por los intereses de su señor y no servir a los intereses de las partes contratantes.



- f) España: los invasores españoles, conservaron diversas instituciones jurídicas romanas, además el notariado español recibió la influencia de la Escuela Notarial en la Universidad de Bolonia. Al final de la Edad Media y principios del renacimiento, el notariado se considera como una función pública y se substituye una breve nota o minuta en el protocolo por el instrumento matriz y la organización corporativa de los notarios.
- g) América: se creó una legislación especial para América, conocida como leyes de Indias, las que contaban con un apartado en el que se trataban a los escribanos, a quienes se les exigía el título académico de escribano y pasar un examen ante la Real Audiencia, si lo aprobaban debían obtener el nombramiento del Rey de Castilla y escrituras y el resto de instrumentos públicos, que pasaba a los escribanos sucesores.
- h) Guatemala: los primeros vestigios de historia escrita, se encuentran en el Popol Vuh. Durante la época colonial, al fundarse la ciudad de Santiago de Guatemala y en la Reunión del Primer Cabildo, se faccionó la primera acta, actuando como primer escribano Alonso de Reguera. El nombramiento, recepción y admisión del Escribano Público lo hacía el Cabildo. El trabajo el Escribano Público, era en función de los contratos y las actuaciones judiciales, así como la colegiación de abogados y escribanos se dispuso en el Decreto Legislativo, que encargó su organización a la Corte Suprema de Justicia.



1.4. Sistemas notariales

Los sistemas notariales, son el conjunto de cosas que de manera ordenada se relacionan entre sí, contribuyendo para el efecto a determinado objeto.

El sistema notarial, es el relacionado con los notarios y también con los escribanos, donde es predominante tal denominación, para los fedatarios públicos por excelencia.

El notario, 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 copias que den fe de su contenido.

“Sistema notarial, es el conjunto de normas o reglas que estipulan los requisitos legales, que deben de observar los notarios para poder cumplir con la función notarial”.³

Existen diversas clasificaciones en relación a los sistemas notariales. Los dos sistemas de mayor importancia son: el latino y el sajón, existiendo también otros sistemas.

El notariado de tipo latino, recibe otros nombres como sistema de tipo francés o latino puro, de evolución desarrollada y público, aunque esta última denominación no es la más acertada.

³ Carneiro, José. **Derecho notarial**. Pág 23.



Es imposible, una clasificación que agote todos los sistemas del notariado, debido a que el mismo es producto de la costumbre, y sigue en cada lugar tradiciones y características especiales. Toda clasificación, puede enfocarse desde varios puntos de vista: subjetivos, objetivos y formales.

- a) Sistema latino: es perteneciente a un Colegio Profesional, y se ejercen conjuntamente ambas profesiones. La responsabilidad en el ejercicio profesional es personal. Además, el ejercicio puede ser cerrado o abierto, limitado o ilimitado, debe ser un profesional universitario que desempeñe una función pública, pero no se encuentra bajo la dependencia directa de autoridad administrativa, es un profesional del derecho pero algunas de sus actuaciones son las de un funcionario público y existe un protocolo notarial, en el que se asientan todas las escrituras que autoriza.

Las funciones dentro del sistema latino son las siguientes:

- Desempeña una función pública.
- Le otorga autenticidad a los hechos y actos que hayan ocurrido en su presencia, los cuales de conformidad con la ley guatemalteca, producen fe y hacen plena prueba.
- Recibe e interpreta la voluntad de las partes, dándole forma legal al faccionar el instrumento público.

- b) Sistema sajón: no entra a orientar en relación a la redacción del documento, por lo tanto no da asesoría a las partes. Es necesaria una cultura general y algunos conocimientos legales, no siendo obligatorio tener un título universitario. Además, la autorización para su ejercicio es de orden temporal, pudiendo renovarse la autorización. Se está obligado a presentar una fianza, para de esa forma asegurar la responsabilidad en el ejercicio y no existe colegio profesional ni protocolo.

La principal función en el sistema de notario sajón, consiste en autenticar firmas en documentos que al notario le llevan ya preparados, y su actividad se concreta a dar fe de la firma o firmas. Los documentos, son llevados a cabo por las mismas partes o por abogados que no tienen fe pública y requieren del notario.

- c) Sistema de funcionarios judiciales o germánico: a este sistema, se le denomina sistema del notario-juez, debido a que los notarios son magistrados y se encuentran bajo la subordinación de los tribunales. Dependen del poder judicial, siendo la administración quien nombra a los empleados del notario. De ello, deriva la función de jurisdicción cerrada y obligatoria, y los instrumentos originales son pertenecientes al Estado y los conserva como actuaciones judiciales.

El Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 6: "Pueden también ejercer el notariado:



1. Los jueces de Primera Instancia, en las cabeceras de su jurisdicción en que no hubiere notario hábil, o que habiéndolo estuviere imposibilitado o se negare a prestar su servicios. En tal caso, harán constar en la propia escritura el motivo de su actuación notarial. La infracción de este precepto o la inexactitud del motivo de su actuación como notario, no anula el documento, pero si obliga al juez al pago de una multa equivalente al doble de los honorarios que le correspondieron conforme arancel. La multa será impuesta por la Corte Suprema de Justicia e ingresará a la Tesorería de Fondos Judiciales.
2. Los cónsules o los agentes diplomáticos de la República acreditados y residentes en el exterior, que sean notarios hábiles conforme esta ley.
3. Los empleados que están instituidos precisamente para el ejercicio de funciones notariales, las que no podrán ejercer con carácter particular”.
- d) Sistema de funcionarios administrativos o estatales: este sistema se caracteriza por su dependencia plena del poder administrador. La función notarial es de directa relación entre el particular y el Estado, y las facultades están regladas por las leyes.

Los notarios son empleados públicos, servidores de las oficinas del Estado, y las oficinas son de demarcación cerrada. En relación a la eficacia del instrumento público, por ser actos derivados del poder del Estado, tienen la máxima eficiencia de efectos, siendo su valor público y absoluto los originales pertenecientes al Estado que los conserva al igual que los expedientes y demás documentos de la administración. También, se le conoce como sistema estatal.



“El notariado se ejerce en una dependencia del Organismo Ejecutivo y resulta siendo el notariado de un funcionario de gobierno y como empleado del mismo, recibe un salario”.⁴

En la sociedad guatemalteca, el único vestigio que se tiene de un notario-funcionario público se encuentra en el Escribano del Gobierno, que es un notario empleado del Estado el que ejerce, pero con la diferencia que no es de utilidad para los particulares.

1.5. Principios del derecho notarial

Los principios del derecho notarial son los siguientes:

- a) **Fe pública:** consiste en la presunción de veracidad en los actos autorizados por un notario, y es por ello que en el Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala se regula: “El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte”.
- b) **De la forma:** consiste en la adecuación del acto a la forma jurídica, que a través del instrumento público se está documentando.

⁴ González, Carlos Emérito. **Derecho notarial**. Pág 58.



- c) Autenticación: a través de la firma y sello se establece que un hecho o acto ha sido comprobado y declarado por un Notario.

- d) Inmediación: el Notario en el momento de llevar a cabo sus actuaciones, tiene que encontrarse en contacto con las partes. La función notarial demanda un contacto entre el Notario y las partes, y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público.

- e) Rogación: la intervención del notario siempre es solicitada, y no puede actuar por sí mismo o de oficio.

- f) Consentimiento: consiste en un requisito esencial y tiene que encontrarse libre de vicios, ya que si no hay consentimiento no puede haber autorización notarial. La ratificación y aceptación que queda plasmada mediante la firma del o los otorgantes, se encarga de expresar el consentimiento.

- g) Unidad del acto: se fundamenta en que el instrumento, tiene que perfeccionarse en un mismo acto.

- h) Protocolo: al tomarlo en consideración como principio, se le tiene como un elemento de necesidad por la ventajas que reporta a las garantías de seguridad jurídica, eficacia y fe pública.



- i) Seguridad jurídica: se basa en la fe pública que tiene el notario, por ende, los actos que legaliza son ciertos, y existe certidumbre o certeza.

- j) Publicidad: los actos que autoriza el notario son públicos, y por medio de la autorización notarial se hace pública la voluntad de la personal. Este principio de publicidad, tiene una excepción y es referente a los actos de última voluntad, testamentos y donaciones por causa de muerte.



CAPÍTULO II

2. Relación notarial

La función notarial, o sea, el quehacer profesional del notario, desde la perspectiva de la fe pública, se justifica para dar certeza o seguridad jurídica y de ella se realiza, con los poderes de fedación con que le reviste el Estado, para ponerla al servicio de la realización normal del derecho. Por ende, es necesario determinar a quienes va dirigida esta función, ya que el ámbito de interactuar personal, se manifiesta como una relación del notario con determinadas personas.

La relación notarial, es la que se establece entre el notario y los clientes. El Estado, en su función reguladora da la fe pública notarial, tiene como objetivo proveer de certeza a las relaciones jurídicas de los particulares. Esos particulares, al requerir o solicitar los servicios profesionales del notario, se constituyen en la base de la relación notarial, pues justifican la intervención del profesional a efecto de prestarles un servicio.

Varios han sido los planteamientos doctrinarios, para explicar la naturaleza de la relación del notario con las partes que requieren de sus servicios:

- a) Es una relación semejante a la que se establece entre las partes y el juez: desde este punto de vista, se pone énfasis en el aspecto de que así como el juez debe resolver los conflictos que surjan entre las partes, también el notario, en forma



similar, no puede eludir el deber de ejercer su función respecto a quienes soliciten su actuación notarial.

- b) Es una obligación obligatoria como la que existe entre las partes y el juez: ya que de acuerdo con este enfoque, así como las partes deben someter su controversia ante el juez, de igual manera, en forma obligada deberán solicitar la intervención notarial.

“Como beneficio para esta teoría, se ha planteado que en determinados actos y contratos es obligatoria la intervención notarial, como por ejemplo para el otorgamiento de un testamento, la constitución de una hipoteca, etc”.⁵

- c) Unidad del acto: es una relación de tipo privado que se establece entre las partes y el notario, es decir es contractual: respecto a esta postura, se señala que la relación de las partes y el notario, es de tipo profesional, según la cual existe una presentación de servicios por parte de un profesional, quienes promueven su propio interés por lo que se observa una prevalencia de intereses privados. Por tanto, la nota principal de la relación no se basa en la subordinación ni en obligatoriedad alguna en someter los asuntos al conocimiento notarial, sino que se sustenta en el vínculo dentro de un plano de igualdad, en donde cada uno, o sea profesional y partes promueven sus intereses: uno respecto a los servicios profesionales y finalmente algunos los de locación de obra intelectual.

⁵ Gracias González, José Antonio. **Derecho notarial guatemalteco**. Pág 121.



La posición que entiende la relación notarial similar a la del mandato, gozó de aceptación y todavía existen resabios evidentes acerca de este enfoque en la legislación gala.

El fundamento teórico de este planteamiento, consiste en aseverar que el notario, en su función recibe un encargo de las partes para el faccionamiento de un instrumento público, por lo que desempeña el rol de mandatario que ha recibido las instrucciones necesarias para cumplir un cometido.

La interpretación que se sustenta en los servicios profesionales, enfatiza en la relación notario-cliente, y atiende a que la presentación de los servicios tiene carácter privado, debido a que la profesión de notario se ejerce en forma liberal.

El notario, según este planteamiento, no puede negarse a prestar sus servicios, de igual manera como podría hacerlo un médico ya que dentro de determinada competencia goza del monopolio profesional para el faccionamiento de instrumentos públicos, así como el médico para ofrecer curación y atención dentro de su campo.

El aspecto relacionado con la locación de obra intelectual, atiende a la finalidad de la actuación notarial en armonía con los intereses de los clientes. Los clientes, desde el punto de vista, lo que buscan es una obra más perfecta y efectiva posible, que les prevenga de posibles nulidades en cuanto a la forma y



que cumpla con los requerimientos legales vigentes. Por tanto, atiende a la efectividad del resultado.

Se ha aceptado, el planteamiento de que la relación notarial tiene por naturaleza la de ser contractual.

En cuanto al aspecto sustancial que define esta relación contractual, si es el de ser un mandato, el servicio profesional o la locación de obra intelectual, debe adoptar una postura ecléctica si se analiza la relación notarial ya que se encuentran presentes tres elementos: el notario no actúa por mutuo propio, debe ser requerido por las partes y por los clientes para la prestación de sus servicios; el notario es un profesional del derecho, que puede desempeñarse prestando sus servicios en forma liberal, lo cual inclusive le permite excusarse de prestarlos a determinadas personas y bajo ciertas circunstancias; y es una locación de obra intelectual, debido a que el cliente lo que busca es certeza jurídica, la legalidad, lo cual debe estar materializado en el instrumento notarial, que debe satisfacer las necesidades de los particulares en armonía con el ordenamiento jurídico vigente.

2.1. Definición

“La relación notarial, es la que se establece entre los particulares, o clientes, y el notario, en la prestación de sus servicios profesionales, con base en un contrato oral o



escrito, la cual tiene por finalidad lograr la certeza jurídica en forma documental en los actos y contratos de los clientes”.⁶

2.2. Elementos de la relación notarial

Los elementos de la relación notarial son los siguientes:

- a) Partes o clientes
- b) Relación contractual
- c) Mediante la forma se busca la certeza jurídica
- d) Notario

2.3. Elección del notario

En el sistema del notariado latino, existen posibilidades de que se establezca un número limitado de profesionales que pueden prestar sus servicios a los particulares.

Este es el sistema de números o cerrado, según el cual se establece una determinada cantidad de notarios que gozan de autorización estatal, para desempeñarse dentro de un determinado ámbito geográfico, o sea, que se realiza una distribución territorial de la competencia notarial, como sucede en el caso de la competencia judicial.

⁶ **Ibid.** Pág. 124.



En el caso guatemalteco, y centroamericano en general, existe un libre ejercicio profesional. A este sistema se le denomina abierto, debido a que el poder gubernamental no establece limitación en cuanto al número de notarios que pueden ejercer la profesión dentro de un determinado ámbito territorial. De esa cuenta, el notario guatemalteco, al disponer de los requisitos habilitantes para el ejercicio profesional, puede realizar su labor y prestar sus servicios en todo el ámbito que corresponde el territorio nacional, sin limitación alguna.

Se tiene que recordar que, el notario guatemalteco incluso puede ejercer su profesión fuera del territorio nacional, cuando es requerido a cumplir con su función respecto a documentos que autorice en el extranjero y que haya de cumplir sus efectos en Guatemala. Esto es posible, con base en lo establecido en el Artículo 43 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República: "Actuación notarial en el extranjero. Los funcionarios diplomáticos y consulares guatemaltecos, cuando sean notarios, están facultados para hacer constar hechos que presencien y circunstancias que les consten y autorizar actos y contratos en el extranjero que hayan de surtir efectos en Guatemala. Asimismo podrán autorizarlos los notarios guatemaltecos y todos lo harán en papel simple, surtiendo sus efectos legales como acto notarial a partir de la fecha en que fueron protocolizados en Guatemala. La protocolización se hará en la forma que establece el Artículo 38 de esta Ley".

La amplitud que establece la ley, para que el notario guatemalteco pueda desempeñarse en todo el territorio nacional, abona a favor de lo que en términos



económicos se denomina la libre contratación, lo cual constituye una característica de lo que doctrinariamente se acepta de forma que se propician las economías de mercado.

Esta amplitud, es positiva debido a que favorece indirectamente la búsqueda de una mejor preparación por parte del profesional, así como el desarrollo de las cualidades necesarias, tanto en términos de servicios como de aspectos morales y éticos, que permitan establecer la diferencia frente a otros notarios y la preferencia por parte del cliente.

Por tanto, con base en todas las características indicadas anteriormente, la elección del notario queda a criterio de los clientes, quienes, obviamente, preferirán al profesional que ya conocen y que ha sido eficiente y efectivo en su desempeño.

En cuanto a cuál de las partes es la que elige al notario ante quien habrán de acudir, la regla práctica, es que el notario lo elige el que paga. Con lo que se alude a que el proporciona el dinero para adquirir un derecho, es quien debe pagar por la escrituración. Sin embargo, para el caso guatemalteco, esta obligación del referido pago que debe hacer al adquirente del derecho.

2.4. Prohibiciones

Desde el punto de vista doctrinario, se han señalado diferentes impedimentos que limitan la función notarial y que, atendiendo a consideraciones materiales o éticas, deben hacer que el notario se inhiba o abstenga de prestar sus servicios. Sin embargo,



para el caso del notario guatemalteco, las prohibiciones para el notario están explícitamente definidas en el título X del Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República, el cual se encuentra formado por un mismo Artículo, en el que se expone lo siguiente.

El Artículo 77 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Al notario le es prohibido:

1. Autorizar actos o contratos a favor suyo o de sus parientes. Sin embargo, podrá autorizar con la antefirma: Por mí y ante mí, los instrumentos siguientes:
 - a. Su testamento o donación por causa de muerte y las modificaciones de los mismos.
 - b. Los poderes que confiera y sus prórrogas, modificaciones y revocaciones.
 - c. La substitución total o parcial de poderes que le hayan sido conferidos, cuando estuviere autorizado para ello.
 - d. Los actos en que le resulten sólo obligaciones y no derecho alguno.
 - e. Las escrituras de ampliación o aclaración que tengan por objeto único, enmendar errores u omisiones de forma en que hubiere incurrido, siempre que no sean de los contemplados en el Artículo 96.
2. Si fuere Juez de Primera Instancia facultado para cartular, Secretario de los Tribunales de Justicia o procurador, autorizar actos o contratos relativos a asuntos de que este interviniendo.
3. Extender certificación de hechos que presenciare sin haber intervenido en ellos por razón de oficio, solicitud de parte o requerimiento de autoridad competente.



4. Autorizar o compulsar los instrumentos públicos o sus testimonios antes de que aquéllos hubieren sido firmados por los otorgantes y demás personas que intervienen.
5. Usar firma o sello que no este previamente registrado en la Corte Suprema de Justicia”.

En caso de que el notario sea juez de primera instancia, Secretario de un tribunal o Procurador a cargo, tampoco podrá autorizar actos o contratos en los que se encuentre interviniendo. Sin embargo, debe tenerse presente que esta norma resulta inaplicable para los jueces, debido a la prohibición general y expresa de que no pueden ejercer la profesión de abogado y notario, en tanto se encuentren prestando sus servicios a dicho Organismo, ya que no se puede extender certificación de hechos que presenciare, sin que hubiere tenido intervención de ellos de oficio, solicitud de parte o requerimiento de autoridad competente. En este tema, se establece la obligación que tiene el notario de desempeñar su función de manera personal.

Debe estar presente, para que le conste el hecho de manera directa. Pero además de estar presente, como lo establece el precepto, su intervención como notario, debe estar fundamentada en razón de oficio, solicitud de parte o requerimiento de autoridad competente.

Con esto último, se pone de manifiesto que el notariado no puede intervenir y ejercitar la fe pública que le reconoce el Estado, de todo hecho de la vida que ocurra frente a sus ojos, de manera indiscriminada, su ejercicio profesional, únicamente puede darse si



media requerimiento, sea éste de autoridad competente o de los particulares que solicitan sus servicios y ello es en relación al denominado principio de rogación.

El notario no puede autorizar un instrumento, ni compulsar los correspondientes testimonios, antes de que hayan sido suscritos por los otorgantes y por quienes también hayan tenido intervención. En esta prohibición, se tiene como supuesto uno de los requisitos fundamentales para el ejercicio de la fe pública relativo a la simultaneidad, según el cual la narración, la plasmación y el otorgamiento debe darse lo más inmediatamente posible, como eventos concatenados que deben guardar y evitar, lo más posible, su postergación entre uno y otro. Una vez los sujetos, han otorgado su consentimiento, aceptado y firmado el instrumento, el notario debe proceder a autorizarlo; pero no antes, la autonomía de la voluntad, se materializa con la firma de las partes.

Si no se encuentra firmado el documento, el notario no puede autorizar un instrumento, ni tampoco extender las copias correspondientes llamadas testimonios, para el caso de las escrituras.

“Si el notario faltare a la prohibición, no solamente contraviene lo establecido en el Código de Notariado, sino también que se expone a una sanción penal por el delito de falsedad. El notario es responsable ante el Estado, y frente a los particulares, si contraviene a su voluntad, del mal ejercicio que pudiera darse de la fe pública”.⁷

⁷ Larraud, Rufino. **Curso de derecho notarial**. Pág 88.



No puede usar firma o sello sin que, de manera previa, se hubieren registrado en la Corte Suprema de Justicia. Con base en esta prohibición, es pertinente determinar la importancia que tiene la firma y sello del notario respecto a la función notarial.

La importancia que ambos elementos tienen es fundamental, debido a que, gracias a ellos, se materializa la fe pública. El sello, representa tanto la potestad del Estado, como el poder autenticador del notario.

El notario, no puede ir a todas las partes para corroborar la autenticidad de cuantos instrumentos ha autorizado a lo largo de su vida, ya que es posible que gran parte de ellos los olvide. No obstante esto, inclusive si se piensa en la muerte del profesional, los instrumentos por él autenticados gozarán por siempre, de autenticidad, por obra de la fe pública que le reconoce el Estado y con base en la objetivación de su firma y su sello, que se encuentran registrados legalmente. En el ordenamiento jurídico guatemalteco, no existe limitación alguna para que el notario pueda cambiar, en cualquier momento, y cuantas veces lo solicite, su firma o su sello, o bien solo la firma o solo el sello. Sin embargo, si tiene la obligación de manera previa a utilizar una firma distinta, o un sello diferente, de registrarlo ante la Corte Suprema de Justicia. Ante el incumplimiento, devendrán sanciones para el notario, pero también puede verse afectada la seguridad jurídica del cliente.

De igual manera, si el notario utiliza un sello que no ha sido autorizado, será responsable no solamente ante los órganos disciplinarios, sino también ante sus clientes. Adicionalmente, debe tenerse presente que en la actualidad la firma y sello se



acreditan ante los registros, por lo que cualquier cambio también debe informarse de manera previa y oportuna, so pena de que se rechace la inscripción del instrumento.

En este caso, se somete el notario al principio de inscripción, que corresponde al derecho registral: la verdad legal es la que se encuentra y consta en el registro.

En Guatemala, casi nada, existe regulado con respecto al sello del notario. El mismo, es un requisito habilitante, pues el notario debe registrarlo en la Corte Suprema de Justicia, y la prohibición de que debe registrar previamente el sello que vaya a utilizar ante la misma Corte. Sin embargo, es importante tomar en cuenta que, en otros países, la regulación sobre el sello del notario es más exhaustiva. Por ejemplo, se establece que éste debe ser de metal, así como cuáles son sus características escudo de la república, leyenda, nombre del notario, una figura que lo distinga, la cual es optativa. Además, el monopolio de otorgar el sello, fabricarlo, corresponde al Estado, a través de la dependencia administrativa correspondiente. En caso de pérdida, hurto o extravío, el notario debe dar el aviso correspondiente y dicha dependencia se lo repondrá, con la particularidad de que el nuevo sello se diferenciará del anterior a través de un signo.

El sello que utiliza el profesional del derecho, es el mismo para su función como abogado y como notario. Sin embargo, en el caso del sello del abogado no existe norma alguna en donde se establezcan las características del mismo.



En el caso guatemalteco, no existe una norma que así lo determine y existen muchos vacíos o lagunas legales. Así por ejemplo, no se establece el uso obligatorio del sello dentro del protocolo.

2.5. Derechos y obligaciones

Debe partirse del hecho que el derecho notarial tiene, como característica, el servicio y proyección social. Desde el establecimiento del notariado, lo que se busca es el servicio de las necesidades que la comunidad presenta, en lo que respecta a sus intereses y la búsqueda de la seguridad jurídica. Esta, es la premisa básica fundamental, a efecto de comprender la institución notarial y la necesidad de servicio, proyectado a la comunidad, entonces no sería necesario el notario. Asimismo, se cree que la relación notarial, desde esta perspectiva de derechos y obligaciones, trasciende más allá del formalismo del pago de honorarios y la adecuada asesoría.

De limitarse únicamente a estos aspectos, la relación notarial no tendría elementos diferenciadores respecto a la adquisición de otro servicio prestado con fines mercantiles. El notariado, no tiene por naturaleza una función mercantil o enriquecedora, es decir, su objetivo no es el lucro, si no el servicio de la comunidad.

Este punto, adquiere connotaciones morales y éticas, pero es necesario enfatizar en ellas, debido a que ninguna profesión se establece con finalidad de lucro, sino que sus fines son de proyección y servicio social.



La pérdida de vista de este valor profesional, es precisamente el que muchas veces entraña conflictos entre el deber ser del profesional y el real ejercicio. Muchas veces ha sido, intencionalmente o por descuido, objeto de olvido y generador de conflicto en la relación del profesional, con las personas que requieren sus servicios.

2.6. Importancia

Uno de los primeros aspectos que debe señalarse a la relación del notario con el cliente, se refiere a que debe guardar secreto profesional, respecto a la información y antecedentes que se le proporcionen y sobre las actuaciones que realice para servir a los clientes.

Muchas son las ocasiones en las que el notario, con motivo de su cargo y posición, llega a ser un confidente, por lo que se entera de aspectos muy personales de los clientes. Asimismo, los actos o contratos que autoriza, demandan que el notario observe discreción y también respeto al derecho de privacidad de los asuntos de las personas que confían en él.

Dentro del ordenamiento jurídico, la norma que versa sobre este importante aspecto está contenida en el Artículo 5 del Código de Ética Profesional que literalmente dice: "Secreto profesional. Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho para el abogado. Hacia los clientes, es un deber que perdura aún después de que haya dejado de prestar sus servicios. Ante los jueces y demás autoridades, es un derecho



irrenunciable. La obligación de prestar secreto profesional incluye todas las confidencias relacionadas con el asunto”.

El derecho y obligación de guardar el secreto profesional, trasciende inclusive del ámbito notarial para proyectarse al campo del derecho penal, en donde se reconoce que el profesional no puede revelar los secretos, ni aprovecharse de ellos, la revelación de secretos, o el aprovechamiento de los mismos para beneficio propio, que se hayan conocido con ocasión de la prestación de servicios a los clientes se tipifica como una figura delictiva.

Por aparte, otra obligación del notario para con sus clientes consiste en orientar y explicar de manera previa a la autorización de un instrumento, cuáles son las alternativas y soluciones para el caso que se le presente.

“Una vez decidió qué es lo que se hará, es decir, qué tipo de instrumento notarial habrá de faccionarse, dependiendo del acto o negocio jurídico de que se trate, deberá también el notario explicar las consecuencias que de él derivan, tanto en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas para las partes, como también en lo que respecta a obligaciones que devienen como consecuencia del instrumento autorizado, obligación que deviene como consecuencia del instrumento autorizado, obligación de dar avisos si corresponde, y demás aspectos que permiten cumplir a cabalidad la prestación de servicios que el cliente necesita”.⁸

⁸ Jiménez Arnau, Enrique. **Derecho notarial**. Pág 22.



2.7. Obligaciones del notario en la relación con el cliente

Las obligaciones del notario en su relación con el cliente son las que a continuación se indican:

- Secreto profesional.
- Solicitar información
- Orientar y explicar
- Otras obligaciones

También, puede plantearse como una obligación del notario, el solicitar información, tanto de los clientes como de los registros y oficinas públicas que se encuentran relacionadas con el asunto que requiere de los servicios notariales. Así por ejemplo, para autorizar el matrimonio de las personas, debe solicitar la certificación de las partidas de nacimiento de los contrayentes, sus cédulas de vecindad, declaración de que no tienen impedimentos para casarse, etc. En el caso de un contrato de compraventa de un bien inmueble, la solicitud para que autorice la escritura debe estar respaldada con certificación del registro de la propiedad del inmueble o testimonio de la escritura en donde consta la propiedad del bien inmueble, que no se encuentre con gravámenes hipoteca, anotaciones judiciales, como el embargo ni limitaciones por ejemplo que sea un bien sujeto a condición hereditaria de que no se puede vender.

Adicionalmente, existen otras obligaciones del notario que se encuentran establecidas en otras leyes, como por ejemplo las fiscales, por lo que el notario debe corroborar que se satisfagan los impuestos del timbre, el timbre notarial, el timbre forense, si ha sido necesario que actúe como abogado, remisión de avisos, entre otras.

Desde el punto de vista de los derechos que tiene el notario, en relación con el cliente y otras personas, se pueden anunciar las siguientes:

- a) A ser informado: en forma veraz, amplia y sincera, por el cliente, sobre todos los aspectos necesarios para cumplir de manera adecuada la función notarial, lo actual comprende todos los antecedentes necesarios y la verdad sobre la información que reciba, sin ocultamiento de circunstancias que pudiera incidir en la legalidad del acto o que pudiera atentar en contra de la legalidad del negocio jurídico que se presenta al notario.

- b) Colaboración de parte de las autoridades: en particular con ocasión de los asuntos de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante el notario, lo cual está consagrado como un principio en el Artículo 3 del Decreto número 54-77 del Congreso de la República, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de los Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Con base en esta colaboración, podrá consolidarse la certeza jurídica que se busca en los actos y contratos, así como en los asuntos de jurisdicción voluntaria, que el notario tramita para servir a los clientes.



- c) A ser renumerado en firma justa: por los servicios profesionales que presta a sus clientes.

2.8. Derechos del notario en la relación notarial con sus clientes y otras personas

Los derechos del notario en la relación notarial con sus clientes y otras personas, son los siguientes:

- a) A ser informado.
- b) Obtención de la colaboración de las autoridades.
- c) A ser remunerado.

2.9. Pago de honorarios y arancel

El tema de los honorarios es, quizá, entre muchos otros, uno de los principales motivos de preocupación entre los aspirantes a abogados y notarios. Casi indefectiblemente, se crea una curiosidad por saber cuáles son los parámetros razonables de cuánto cobrar, atender al asunto que haya de atender el profesional en su quehacer, en el presente caso, como notario.



Esta preocupación, por la remuneración que haya de recibirse a cambio de los servicios profesionales prestados es, desde el punto de vista, completamente válida. En efecto, la actividad profesional constituye también un medio de vida, tanto para el notario como para la adecuada subsistencia de su familia.

“Aunque el mayor y mejor galardón del notario lo constituye la buena fama, como este solo no vive, es preciso dotarle de medios tanto para su actuación, instalación de oficina, retribuciones a sus empleados, para su decorosa subsistencia”.⁹

De este modo, siendo realista, es de reconocer la necesidad de que el notario sea reenumerado adecuadamente.

Desde otro punto de vista, el del cliente, también se debe tomar en cuenta la necesidad de pensar en la protección de la persona que solicita los servicios del profesional, a efecto de evitar los abusos y excesos que, de manera no tan irregular, ocurren en la realidad, en desmedro del buen nombre de las diferentes profesiones, especialmente con ocasión de la voracidad de algunos, que al igual que en materia tributaria, a veces dichos honorarios se vuelven confiscatorios de patrimonios y haciendas.

El interés del notario y del cliente, en la mayoría de las legislaciones ha optado por el establecimiento de los llamados aranceles. Un arancel profesional contiene, en forma de lista, las tarifas máximas, expresadas en cifras absolutas, en porcentajes, y/o en

⁹ **Ibid.** Pág 25.



forma mixta, que pueden cobrar los profesionales con ocasión de la prestación de sus servicios.

En el caso guatemalteco, existe un arancel específico para los notarios, el cual está regulado en el Título XV, del Decreto número 314 del Congreso de la República, Código de Notariado, el que se encuentra reformado por tres artículos 106, 107 y 108.

El problema práctico de definir un arancel como un pliego de tarifas, con valores máximos de lo que se puede cobrar, consiste en la desactualización de las mismas a lo largo del tiempo.

Los procesos inflacionarios en las economías, así como la consecuente pérdida de poder adquisitivo de la moneda que supone este fenómeno económico, ha vuelto indeseable en muchas economías latinoamericanas la rigidez de tales tarifas en Guatemala con buen criterio, ya que se ha optado por un sistema mixto, es decir, estableciendo una tarifa que se expresa con un valor determinado, pero adicionalmente se utiliza de un porcentaje sobre el valor del negocio jurídico de que se trate, o bien, del criterio que se sustentan en la importancia del asunto. El criterio de la importancia del asunto, de manera innegable, es puesta libre para que se defina de manera discrecional y arbitraria el monto de la remuneración, pero representa una alternativa viable de utilizar.



“Un criterio sumamente importante a tomar en cuenta en este tema, se refiere al de la independencia que debe tener el profesional, en este caso el notario, en cuanto a gozar de autonomía y liquidez económica para desempeñar su función”.¹⁰

El no contar con una adecuada remuneración, significa una amenaza y un peligro para que el notario pueda, con necesidad y urgencia, envilecer su profesión sometiéndola a intereses no ceñidos a la ley y privándole de la independencia que debe de tener para cumplir con los fines profesionales. El arancel vigente en Guatemala para el caso de los notarios, ha sido criticado por sector profesionales, quienes consideran que las tarifas establecidas son sumamente altas.

Por el contrario, en la práctica se observan cobros reales por concepto de servicios notariales que distan con mucho de los establecidos en el arancel respectivo.

En todo caso, debe tenerse presente que, conforme lo establecido el Código de Notariado en Guatemala, existe libertad de contratación en lo que respecta a los servicios profesionales del notario. De tal forma que, tanto el notario como las personas que solicitan sus servicios, gozan de libertad para establecer los honorarios y la forma de pago de los mismos.

¹⁰ Araujo, Maximiliano. **La función del notario en Guatemala**. Pág 77.

En todo caso, el notario podrá solicitar, ante juez competente, la liquidación de los honorarios cuando estos no hubieren sido satisfechos oportuna y normalmente de acuerdo a lo regulado en el Artículo 107 del Código de Notariado.

2.10. Extinción de la relación notarial

“Los clientes buscan al notario con un propósito específico, es decir, para que les atienda con respecto a determinado asunto, es posible plantear que la relación del notario con su cliente debe concluir con la satisfacción de las necesidades que se le han planteado oportunamente”.¹¹

Sin embargo, pueden presentarse diferentes situaciones. Estas posibles situaciones de cómo concluye la relación notarial, son las que a continuación se analizan.

- a) Normal: la relación notarial puede concluir, en primer lugar, de manera normal, es decir, cuando se ha cumplido con el objetivo de la rogación realizada al notario para que atienda un asunto de interés del cliente.

En el supuesto normal de esta finalización de la relación del notario con su cliente, se cumple el fin que las partes han planteado al profesional. Como ejemplo de conclusión normal de la relación notarial, se puede señalar el caso de la persona que solicito los servicios del notario para otorgar su testamento.

¹¹ **Ibid.** Pág 79.

En el caso de un asunto de jurisdicción voluntaria, como el cambio de nombre, la relación notarial concluye cuando ha quedado anotado el cambio en cuestión correspondiente.

Esta forma normal de concluir la relación notarial, debe darse por supuesto que se ha cancelado los honorarios que corresponden al profesional por el servicio prestado, sobre la base del consenso entre los clientes y el notario.

- b) Anormal: si bien lo deseable es que la relación notarial concluya de forma normal o sea, con el cumplimiento de los objetivos propuestos, debe reconocerse que a lo largo del tiempo que conlleva la tramitación o gestión del asunto que interesa a los clientes, pueden surgir diferentes contingencias, que incidan en la conclusión prematura de la relación notarial.

Esta conclusión que se denomina anormal, puede incurrir tanto por circunstancias que se presenten con respecto a los clientes, o bien en lo que se refiere al notario.

Desde el punto de vista del cliente, puede suceder que éste pierda interés por lo que no continuará dándole impulso al asunto, lo cual crea una situación de falta de impulso para utilizar términos procesales. Un principio fundamental, dentro del sistema del notario latino, lo constituye la rogación.

La rogación, como principio, no se presenta de manera exclusiva al inicio de la gestión o tramitación de un asunto, sino que constituye una característica que debe mantenerse presente a lo largo de todo el tiempo que conlleve el impulso del mismo.

Adicionalmente, pueden presentarse contingencias tales como que el cliente se enferme, salga del país, o bien, muera.

También es posible que el cliente, con base en razones de índole personal, estime sustituir al notario, ya sea porque no le ha prestado el servicio profesional adecuado o porque así es su voluntad.

En este último caso, puede ser que el notario hubiere incurrido en responsabilidades, desde el punto de vista del cliente, lo cual deberá ventilarse ante las instancias administrativas o jurisdiccionales correspondientes; o bien, puede que la decisión del cambio no trascienda más allá de sustituir al profesional por otro.

“De cualquier manera, una vez se ha dado inicio a la relación notarial, debe tenerse presente que han nacido derechos y obligaciones desde el punto de vista contractual, tanto como el cliente como para el notario”.¹²

¹² Salas, Oscar. **Derecho notarial en Centroamérica y Panamá**. Pág 111.



En todo caso, si la relación notarial concluye de manera anormal, el notario tiene derecho a ser reenumerado por los servicios efectivamente prestados, lo cual se planteará oportunamente al cliente para proceder a la cancelación.

Si, por el contrario, no hubiere acuerdo, o si no fuera posible el notario comunicarse con el cliente por no poder localizarlo, el profesional cuenta con la vía jurisdiccional para reclamar la cancelación de los honorarios que, en derecho, le corresponden.

Tanto el cliente como el notario, tienen derechos que deben ser respetados en caso de que la relación notarial concluya de manera anormal.

El notario, deberá entregar toda la documentación que oportunamente se le hubiere entregado, y mantener la fidelidad y lealtad del cliente, aun bajo estas circunstancias, actuando de buena fe.

Quizá una de las mayores lagunas que existe en la formación del profesional del derecho, se refiere a los aspectos que comprenden la preparación administrativa, gerencial y de servicio, desde la perspectiva empresarial.

Desde la óptica económica, el notario, en un concepto tradicional, aspira a fundar una empresa unipersonal, en donde su mayor capital está representado por su preparación y formación profesional.



Sin embargo, en lo que será la relación notarial, es decir, nada, es lo que el profesional aprende durante sus años de formación acerca de cómo conducirla.

La relación notarial concluye en forma anormal, especialmente por deficiencias en la atención del cliente y sus necesidades, por falta de información sobre las gestiones que se realizan por desatención al importuno impulso y deben darse a sus asuntos.

El notario, muchas veces, en un afán de hacerse cargo de cuanto trabajo se le presente, termina comprometiéndose más allá de lo que humana y realmente puede atender.

Con ello, no solamente falla a la lealtad que debe guardar el cliente, sino que, tarde o temprano, al ser ineficiente en su función, termina desprestigiándose.

En medio de todo, debe tenerse presente que el mayor galardón para un profesional lo constituye su prestigio y buen nombre, lo cual se basa en la dedicación, esfuerzo y entrega a su trabajo, no perdiendo de vista lo delicado que es servir a un cliente que día con día aumenta sus exigencias y reconoce cuáles son sus derechos.

El esfuerzo profesional por servir, finalmente se ve recompensado con la lealtad y preferencia del cliente para con el profesional que ha sabido ganarse su confianza. El cliente no busca terminar de manera anormal la relación notarial.



CAPÍTULO III

3. Función notarial

Función es el desempeño de un empleo, cargo, facultad u oficio. Es la tarea, o la ocupación, atribución, cometido y obligación. Es fundamental, la determinación de cuáles son las facultades, las atribuciones, el cometido y la finalidad del ejercicio de la profesión del notario, para cumplir con su objetivo. En la función del notario, está comprendido, que se tiene que determinar qué es lo que el profesional del derecho hace y para qué lo hace.

“La primera cualidad moral de la profesión y la más consustancial a ella, es la que dignifica con respeto la competencia técnica que constituye el culto a la verdad, presupuesto básico para el mantenimiento de la justicia en el delicadísimo sector de la actividad humana confiado a la fidelidad y responsabilidad”.¹³

La definición provista en el Primer Congreso de la Unión Internacional del Notario Latino, realizado en Buenos Aires en el año 1948, contiene los elementos necesarios para comprender en qué consiste la función notarial. Por tanto, los aspectos que comprende la función notarial son los siguientes:

¹³ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. **Derecho notarial**. Pág 90.



- a) Recibir e interpretar la voluntad de las partes: es decir, la función directiva o asesora.
- b) Dar forma legal a la voluntad de sus clientes, y es llamada fase moldeadora o formativa o legitimadora.
- c) Autenticar: es decir la fase autenticadora, en que el notario debe ejercitar la fe pública ante los hechos o actos jurídicos ocurridos en su presencia.

Otros aspectos que pueden indicarse con respecto a la función notarial, y que caracterizan al quehacer profesional, son los siguientes:

- a) Actúa por delegación del Estado.
- b) Se le reputa funcionario público.
- c) Es un auxiliar del fisco: puesto que calcula y promueve, de manera efectiva, que se enteren los impuestos correspondientes a los cuales se encuentran afectos.
- d) Es un auxiliar de los registros.
- e) Controla la legalidad de los actos y contratos que autoriza.

- f) Interpreta las normas, a efecto de poder plasmar la voluntad de las partes.

3.1. Teorías que explican la función notarial

En el medio guatemalteco, y quizá también en el centroamericano, la explicación de la naturaleza de la función notarial, se basa en las doctrinas que explican la función notarial, a saber:

“La doctrina funcionalista abarca lo siguiente: conforme esta doctrina, la función que realiza el notario se cumple en nombre del Estado. En un rápido análisis histórico, se puede fácilmente comprobar que esta función pública originalmente estuvo a cargo de funcionarios del Estado y que posteriormente éste la delegó en los notarios”.¹⁴

En este sentido, han sido importantes las aportaciones sobre las posiciones doctrinales para el encuadramiento de la función notarial, desde el punto de vista de esta doctrina se han señalado las siguientes tendencias:

Para algunos autores, la función notarial forma parte de la administración o poder ejecutivo del Estado, a efecto de contribuir a la realización pacífica del derecho, con lo cual se asemeja a un servicio público la función notarial.

¹⁴ Muñoz, Nery Roberto. **Jurisdicción voluntaria notarial**. Pág 98.



Para otro sector doctrinario, la función notarial no puede ser encontrada dentro de la clásica división de poderes del Estado ejecutivo, legislativo y judicial. Al respecto señalan que, según estos autores, El Estado, además, posee un poder certificante que en buena medida confía al notario, o bien, una función autorizante instrumental como.

Una tercera posición, considera que la función notarial es asimilable a una función jurisdiccional, pero el tipo de la llamada jurisdicción voluntaria, en donde no hay contienda o litis, sino convergencia de voluntades, ni tampoco se produce el efecto de cosa juzgada.

En todo caso, estas tres posiciones coinciden en que la función notarial debe ser encuadrada partiendo de que es una función pública que el Estado encomienda al notario.

Para la doctrina profesionalista, el aspecto esencial que caracteriza la naturaleza jurídica de la función notarial, radica que quien la desempeña es un profesional y técnico del derecho. Por tanto, rechazan el planteamiento de que el elemento esencial de la función notarial se encuentre en que se actúa por delegación del Estado.

Para esta corriente, la actividad autenticadora y certificante no es pública, sino un quehacer de índole profesional y técnico. Dentro de la argumentación de que la actividad certificante no es exclusiva del Estado, se plantea por ejemplo, el caso de los médicos cuando extienden un certificado de salud, o bien, la del presidente o secretario de una sociedad anónima al suscribir acciones.



En el caso de los países centroamericanos, las legislaciones notariales consideran al notariado como una profesión, si bien, como sucede en caso guatemalteco, en el ordenamiento legal puede reputársele como funcionario público, como oportunamente se dijo está regulado en el Código Penal guatemalteco. No obstante esa responsabilidad legal en sus actuaciones profesionales que lo hace ser considerado funcionario, el ejercicio de la profesión depende de la obtención del título correspondiente y de los demás requisitos habilitantes. Con base en lo cual, se puede afirmar que en Guatemala priva este planteamiento ecléctico, según lo cual legalmente se reputa como funcionario público al notario, pero los requisitos habilitantes y la legitimación necesaria se obtiene especialmente por medio del título facultativo.

Si se desea comprender la función notarial, hay que profundizar más que determinar qué hace el notario y para qué lo hace, por lo que expone las siguientes teorías que han sido planteadas a nivel doctrinario, las cuales se consideran de importancia conocer:

- a) Teoría de la jurisdicción voluntaria: diferentes autores, han llegado a plantear equivalencia entre los términos función notarial y jurisdicción voluntaria. La función jurisdiccional, es potestad de la Corte Suprema de Justicia y de los jueces y tribunales en Guatemala, se caracteriza por el *rerum imperium* o *ius glandis* El notario, plantea estos autores, sí ejerce jurisdicción desde le punto de vista de la acepción que se le dio al término en el derecho romano, la cual consistía en imprimir forma y fuerza jurídica a los actos y manifestaciones consensuales o unilaterales de la vida privada, en donde no existe contienda y hay avenimiento de las partes. Con la potestad que se le asigna al notario puede

sancionar derechos, imponer la fe pública y autoridad documental, para lo cual concurre un proceso de adición de fe oficial a una labor jurídico profesional y, de manera importante, lograr la certeza jurídica, entre particulares. En Guatemala, como elemento a favor de esta teoría, es posible plantear que la función jurisdiccional se ejercita, de manera conjunta, tanto por jueces como por los notarios. Atendiendo a las particularidades de la legislación en cada país, en Guatemala coexiste la jurisdicción voluntaria, para determinados asuntos, como competencia compartida entre jueces y notarios, por lo que queda a elección del cliente, ante quién acudir. Los resultados de la tramitación en ambos casos, es decir, si conoce el juez o el notario, son los mismos, pues no producen efecto de cosa juzgada, ya que no se resuelven como sentencias, pero sí proveen de certeza jurídica y a partir de las resoluciones dictadas devienen resultados en el ámbito jurídico de interés de las personas que promueven los asuntos.

- b) Teoría de la función legitimadora: esta teoría fue originalmente planteada por el notario de Tortosa, Monasterio. El planteamiento, consiste en que a los derechos debe dárseles corporeidad, a través de la cual se evidencie su existencia, a lo que se conoce como función legitimadora, con lo cual se facilita su vida y desarrollo; por tanto, debe existir una función o jurisdicción que corresponda a esa representación externa de los negocios jurídicos.

Tal función la cumple el notario, como magistrado de la paz jurídica por lo que su función se orienta a la justicia reguladora, con diferencia a la de los jueces, que es de índole reparadora. Lo más significativo de esta elaboración teórica,

consiste en que se da autonomía a dos aspectos importantes de la función notarial, a saber: a la forma y a la teoría de Monasterio que tuvo grandes influencias doctrinarias al principio del siglo XX, a punto de que incidió en que se dijera que la institución notarial tiene como fin exteriorizar la representación de los derechos privados en la normalidad o sin contienda. Sin embargo, más tarde, con los avances doctrinarios y estudios en materia doctrinal y procesal, fue objeto de severas críticas y cuestionamientos, especialmente por haber enfatizado únicamente en el aspecto y contenido declarativo y no en el material, representado por el documento, estableciendo así un insostenible divorcio entre el acto declarativo y la prueba material de éste.

- c) Teoría de la fe pública: esta es la concepción más característica y tradicional sobre la función notarial. Bajo otra denominación, puede decirse que es la teoría de la prueba preconstituida, según la cual se coloca en postura favorable al pretensor en una eventual litis que pudiera darse en el futuro y, y desde esta perspectiva, es la razón de ser de la función notarial. En tal sentido, es famosa la expresión según la cual cuando exista una notaria abierta, habrá un juzgado cerrado.

“La presunción de veracidad legal de los instrumentos autorizados por el notario, es tan importante que como se ha señalado oportuna y anteriormente, se ha consagrado en los ordenamientos jurídicos como el guatemalteco. Sin embargo, la teoría de la fe pública, con toda la importancia e innegable fundamentación

para el quehacer del notario, no es, con todo, el único alcance que tiene la función notarial”.¹⁵

- d) Teoría de la forma: la forma es posible afirmar, que constituye uno de los fines del derecho notarial. El término forma, puede ser entendido en varios sentidos, uno se refiere en cuanto a la manera de hacer constar por escrito los negocios jurídicos, atendiendo que dicha forma constituya una condición o requisito de existencia, o bien, de validez. Asimismo, la forma también es de suma importancia aun cuando sea potestativo para los particulares el hacer uso de ella a través de la función notarial, y también cuando el fin que se busca es la constitución de un medio probatorio. Sin embargo, con todo y la importancia que entraña la forma en el derecho notarial y ser uno de sus fines, la función notarial no puede quedar reducida al problema de la forma. Además, legitima, dentro de lo cual se encuentra la presunción de veracidad y el carácter técnico jurídico que le imprime la intervención del notario como profesional, lo cual también comprende la calificación de legalidad, conforme al ordenamiento vigente, por parte del notario.

La función notarial, no puede radicarse exclusivamente en la jurisdicción voluntaria, ni en la forma. Tiene esa triple finalidad y además un evidente aspecto de jurisdicción preventiva, asesora y legitimadora. Los tres fines fundamentales del instrumento público, que constituyen la esencia y el resultado o efectos del

¹⁵ Martínez Segovia, Francisco. **La función notarial**. Pág 19.

instrumento público en que se manifiesta la función notarial son: dar forma, probar y dar eficacia legal.

Por lo que la función notarial para cumplir con tales propósitos, debe tender a: asegurar la autenticidad para el futuro, garantizar la legalidad o legitimidad del acto, y constituir un medio de fijación formal que se asegure los efectos del mismo, así entre las partes, como en cuanto a los causahabientes de ellas o los futuros interesados.

Durante los siglos XIX y XX, el derecho notarial se encontró elevado a niveles superiores a su tradicional concepción, que se mantuvo por mucho tiempo inamovible. En tal virtud, resulta factible también suponer que, en los comienzos del nuevo siglo, las tendencias y expectativas de cómo haya de sufrir transformaciones e innovaciones de esta rama jurídica, también traigan nuevos elementos enriquecedores que le permitan adaptarse al acelerado dinamismo actual. Quizá un modesto ejemplo de ello, ha ocurrido recientemente con ocasión de que el Código Penal guatemalteco se acepta, con la intervención del notario, que mediante su función notarial pueda aplicarse una medida sustitutiva, con lo cual se desjudicializa un incidente que desde una perspectiva tradicional, amerita el arresto preventivo del presunto responsable, en tanto se realizan las correspondientes averiguaciones.

3.2. Encuadramiento de la función notarial

A pesar de que en Guatemala, la profesión liberal por excelencia está representada por la de abogado y notario, ello no significa que puedan presentarse algunas variantes sobre cómo efectivamente se ejercite la profesión.

3.3. Teorías que explican la función notarial

Las teorías que explican la función notarial son las siguientes:

- a) En la actividad del Estado: un demandante de los servicios profesionales del notario, así como del abogado, está representado por el Estado, en sus diferentes manifestaciones, es decir, tanto en la forma de gobierno central como de gobierno local. Asimismo, los otros organismos del estado, tanto el Legislativo como el judicial, demandan los servicios del Notario, aunque en su doble calidad de Abogado y Notario. En caso de que un notario preste sus servicios profesionales en alguna dependencia del Estado a tiempo completo, en relación de dependencia, o sea, como empleado, entonces se ve inhabilitado de continuar el ejercicio de su profesión por cuenta propia.

Además, las funciones que puede desempeñar el notario se ven bastante limitadas, debido a la existencia en el Organismo Ejecutivo de la figura del Escribano de Gobierno, quien por ley es llamado a autorizar los contratos en los cuales intervenga el Estado como parte.

Sin embargo, en la práctica notarial guatemalteca este precepto que prohíbe la autorización de contratos del Estado por parte de notarios particulares ha sido reiteradamente violado, en una práctica que favorece, ante todo, el enriquecimiento de parientes, amigos y colegas de funcionarios que se encuentran de turno, en el ejercicio de la función pública. La función que el notario realiza dentro de la administración pública, o en los antes descentralizados y autónomos, las más de las veces, es de asesoría, emisión de opiniones dictámenes, así como para coadyuvar al control de la legalidad. Resulta verdaderamente rara la institución pública en la cual no exista un asesor legal, que reúna la condición de abogado y notario. En Guatemala, llegó a dictarse la norma que establecía la obligatoriedad de que los registradores civiles en la municipalidades, debían ser abogados y notarios, colegiados activos, pero la realidad financiera de las municipalidades, que las más de las veces es sumamente precaria, llevó a que se modificara el alcance de la norma, dejándolo como establecido como una posibilidad, por lo que el precepto, a pesar de lo conveniente y oportuno que hubiera resultado que hubiera abonado mucho a favor de la profesionalización y tecnificación en dichas dependencias municipales y coadyuvando a la legalidad y certeza jurídica nacional, únicamente planteando lo deseable en la medida que los resultados lo permitan.

- b) En el ejercicio de la profesión liberal: el ejercicio liberal de la profesión consiste en que el profesional trabaja de manera independiente, prestando sus servicios a los particulares y pactando libremente las condiciones sobre la contratación que debe prestarles. Es oportuno mencionar cómo, al momento de emitirse el Código



de Notariado en 1947, existían tan pocos notarios en el país, que mediante reforma oportuna, se autorizó que los jueces de primera instancia bajo ciertas condiciones y al no haber suficientes notarios en su departamento, prestaran los servicios notariales a la población.

Sin embargo, en la actualidad esta situación ya no se presenta, por lo que existe prohibición expresa para que los jueces y magistrados puedan prestar sus servicios a los particulares. No obstante, esa aparente suficiencia de oferta de servicios profesionales para las personas en todos los departamentos de la República, es innegable que, para un significativo sector de la población, el acceso a una adecuada asesoría profesional, legal, y técnica resulta muchas veces prohibitivo por no poder pagar el correspondiente precio.

Es por ello que en Guatemala, así como en muchos países latinoamericanos, los particulares resultan presa fácil de los tramitadores y demás personas que, sin reunir las calidades del caso, asesoran y sorprenden a las personas con improvisados servicios.

En todo caso, el ejercicio del notariado presume también una vocación social de servicio y una proyección hacia la comunidad; ante esta realidad, es valiosa la proyección de las universidades guatemaltecas hacia la población a través de los bufetes populares.



Sin embargo, a pesar de la competencia desleal que podrían considerar algunos honorables notarios, es necesario ampliar los servicios aún más en materia notarial, en particular hacia la población de escasos recursos.

En materia del ejercicio liberal de la profesión, debe tenerse presente el arancel, es decir, las tarifas de cobro establecidas por prestación de servicios contenido en el Código de Notariado, a partir del Artículo 109, ya que el arancel, a pesar de su vigencia y del mandato del Código de Ética Profesional de que sea observado, no siempre se respeta, en particular por el ejercicio de competencia desleal entre colegas, lo que muchas veces lleva el establecimiento de tarifas bajas.

El notario tiene derecho a una remuneración justa y decorosa, que responda a sus necesidades como profesional o servidor social.

- c) En el ejercicio mixto de la profesión: otra alternativa para el ejercicio del notariado, consiste en que el profesional pueda desempeñarse trabajando tanto para una dependencia estatal, mediante medio tiempo o medio parcial, es decir, durante un periodo inferior a la jornada normal de trabajo, y a la vez, se desempeñe por cuenta propia ofreciendo sus servicios en su propio bufete.

Esta situación ocurre cuando el profesional se desempeña prestando servicios de asesoría o de consultoría en alguna dependencia pública, pero sólo durante algunas horas del día. Asimismo, también debe tenerse presente dentro de esta alternativa, la posibilidad de que el notario se desempeñe como docente.



“En el caso de que la docencia se realice en un centro universitario privado, no existe problema alguno de que le pueda inhabilitar para el ejercicio profesional. Sin embargo, la duda existe en cuanto si la docencia se realiza en la universidad nacional”.¹⁶

Afortunadamente, esta situación está prevista en el Código de Notariado, el cual establece que la docencia universitaria no es incompatible ni constituye causa de inhabilitación, o impedimento, para el ejercicio profesional. Esta autorización de servir a través de la docencia, también se acepta en el caso de los notarios que se desempeñan en el Organismo Judicial, y por las otras limitantes que existen para los funcionarios públicos.

Independientemente de cuáles puedan ser las preferencias y oportunidades que se presenten para el ejercicio de la profesión, es necesario tener presente que el desempeño dentro de la administración pública es una materia muy importante en sus diferentes vertientes.

En Guatemala, son pocos los abogados y notarios, que conocen sobre las especificidades de la administración pública, en sus diferentes ramas, así como aspectos tan importantes como el derecho bancario, derecho financiero, derecho tributario, derecho presupuestario, derecho administrativo, etc. Este vacío desafortunadamente, se debe a que no existe dentro de la administración pública

¹⁶ **Ibid.** Pág 25.

un definido estatus para el servidor público que le permita realizar carrera. Por lo mismo, muchas veces se evidencia, especialmente en las transacciones administrativas gubernamentales, el reemplazo por motivaciones políticas y la imposición de nuevos servidores, quienes, en principio, llegan a improvisar y a aprender las especificidades, a base de prueba-error, de la administración pública.

En otros países, por el contrario, los cambios de las máximas autoridades no afectan a la administración pública, pues existe un estatus que asegura la estabilidad y continuidad en la carrera del servidor público, con lo cual, el reemplazo ocurre únicamente en la cúpula y de liderazgo, es decir, entre los políticos.

3.4. Actividades que desarrolla el notario

Debe tenerse presente que las actividades que a continuación se describen, están referidas en la relación del notario con las personas que requieren sus servicios los clientes y en la actividad que realiza para llegar a materializar la voluntad de las partes en congruencia con el ordenamiento legal vigente y en algunos casos, con el ejercicio de la fe pública que el Estado le reconoce expresamente en los instrumentos que autorice.

- a) **Función receptiva:** la función receptiva, se sucede en el momento en el que el notario es requerido a prestar sus servicios a las personas particulares. La

persona o personas particulares que concurren ante el notario, en primer lugar, deben proceder a manifestar cuál es su interés y motivación legal, el asunto, el objeto, de su petición, y sobre el que desean se realice la función notarial para hacerla constar por escrito, mediante la forma legal correspondiente.

De tal suerte que, en esta primera función que realiza el notario en su quehacer profesional frente al cliente, debe escuchar atentamente todas las circunstancias, hechos y antecedentes que las partes transmiten en forma verbal. Adicionalmente, dependiendo de cuál sea el asunto legal de se trate, es posible que además de las manifestaciones verbales, se le puedan presentar también todo tipo de documentos, así como el ofrecimiento de referencias y declaraciones de terceras personas.

Esta función, que se puede denominar la primera fase de la constitución de lo que será finalmente el instrumento público o el documento notarial, constituye la base, el cimiento, la génesis sobre la cual se erigen todas las demás funciones que deberá realizar el notario.

“Desde un punto de vista lógico y metodológico, en esta función el notario observa y percibe todos los elementos aportados por el cliente, sin emitir juicio lógico ni calificación alguna, sin pronunciarse, limitándose a recabar toda la información y los antecedentes necesarios”.¹⁷

¹⁷ Nuñez Lagos, Rafael. **Estudios de derecho notarial**. Pág 44.

No es exagerado decir que la función receptiva, cumple el dicho popular de que frente al profesional del derecho se debe actitud que se tiene frente a un confesor, con el matiz de que está referido a asuntos legales, pero que muchas veces también adquiere una connotación personal e íntima, sobre las declaraciones que se reciben de los clientes. El factor confianza que debe privar la relación notarial con el cliente es esencial, y es un elemento que se ve reforzado, además por el aspecto del secreto profesional que, con base legal, representa una garantía para el cliente sobre cómo sus asuntos serán mantenidos en privacidad y la información se utilizará con la discreción del caso.

- b) Función directiva: una vez superada la función receptiva, el notario deberá proceder a realizar una función directiva o asesora. Luego de haber recibido toda la información sobre el asunto objeto de interés del cliente o clientes, así como la intención y voluntad que les anima, el notario, haciendo uso de su superación jurídica y técnica, procede a orientar a sus clientes.

Esa orientación se realiza, con base en el conocimiento del ordenamiento jurídico y congruencia con la voluntad de los clientes. En esta función, es en la cual se evidencia tanto la formación profesional del notario, así como su experiencia, según todo lo cual puede ofrecer las alternativas para que se haga realidad ese aspecto que ha sido denominado fase normal del derecho.



Las personas, valiéndose del orden jurídico vigente, acuden ante el notario para que les oriente y les presente las mejores posibilidades para hacer realidad los cambios en la actualidad de las cosas, en concordancia con su deseo y voluntad.

Toda la información, documentación de respaldo y antecedentes y demás elementos provistos durante la fase receptiva, sirven en esta otra función como materia prima para operar la transformación y cambio que le busca en la realidad.

Es, por decirlo así, el comienzo del afinamiento y de la transformación final que se busca lograr con todos los elementos aportados y la voluntad expresada ante el notario.

Por tanto, el notario, tras el estudio y análisis respectivo, presentará las diferentes alternativas que, desde el punto de vista legal, tanto sustantivo como adjetivo, se presentan como posibles e idóneas frente al asunto sometido a su consideración.

Sobre cada una de las operaciones, deberá señalar sus ventajas o desventajas, su grado de certeza y seguridad, etc, y con todo ello, el notario ha dejado de ser un simple receptor pasivo de información frente a los clientes, para adaptar una función dinámica y activa, en la cual dirige y señala los caminos o rutas a seguir y asesora dictando sobre las diferentes posibilidades servidas a consideración del cliente, dejando libre albedrío del cliente para la decisión final sobre qué opción



prefiera, con base en todos los elementos legales y de juicio que le han sido aportados por el notario.

En algunos casos, la función directiva y asesora del notario podrá cumplirse rápida e inmediatamente. En tanto que en otros, por la naturaleza del asunto sometido a su consideración, necesitará de algún tiempo para estudiar y analizar la información y proponer lo que considera, según su buen criterio, la mejor alternativa.

No está demás, indicar que en esta fase se evidencia un doble rol en la función que cumple el notario. Por una parte, no solamente debe conocer el ordenamiento jurídico vigente sino que debe respetarlo, por lo que su propuesta debe estar encuadrada dentro de ese marco referencial, so pena de que incurra en responsabilidad. Por la otra parte, en la propuesta, o gama de propuestas que presente a los clientes, deberá observar lealtad a ellos. Ambos aspectos se orientan a la responsabilidad personal de notario en el ejercicio de su profesión y a los valores éticos que debe observar en su quehacer profesional.

- c) Función preventiva: prevenir significa disponer con anticipación, precaver, prever, advertir, informar, avisar. Mediante la función notarial preventiva, el notario cumple con el deber de anticiparse al futuro sobre las posibles consecuencias que se generarán con el documento o instrumento público que autorice, en las diferentes circunstancias que ello generará para los clientes e inclusive frente a

terceros, así como otras obligaciones y deberes por ejemplo avisos a los registros, pagos de impuestos y notificaciones.

Un ejemplo sobre cómo se realiza esta función preventiva consiste en la calificación legal que el notario realiza en la documentación que se le presenta sobre la propiedad de bienes, o bien, la forma como se acredita la representación de un menor de edad o la representación de un mandatario para la disposición de bienes de un mandante, etc.

En todos estos casos, el Estado a confiado esa función preventiva al notario, lo cual representan un deber, con lo cual es posible afirmar que se evitan imprevistos para el futuro y se prevenga también de seguridad para el mañana. Para el efecto, el notario debe actuar con diligencia y responsabilidad.

Adicionalmente, debe tenerse presente que, desde el punto de vista adjetivo, se ha señalado como característica de los documentos autorizados por notario la virtud de constituir prueba para el futuro, o bien que representan la prueba preconstituida reconocida dentro del ordenamiento jurídico por lo que a la vez se tiene que tener presente lo normado en el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil sobre los documentos autorizados por notario.

“El documento autorizado por notario se caracteriza porque los efectos del mismo no se proyectan ni se extinguen por el presente, sino devienen más allá de la

vida misma inclusive del Notario, por lo que todo ello debe ser considerado y cumplido como una de las fundamentales funciones del quehacer notarial”.¹⁸

- d) Función legitimadora: es justificar o probar la verdad de una cosa o la calidad de una persona o cosa conforme a las leyes. Legitimación, es la reunión por una persona de los elementos necesarios para ser parte de una relación jurídica determinada, como ser el ejercicio de un derecho, atribución o facultad. En tal sentido, para conocer el concepto de legitimación, se le puede relacionar con el de legitimación y capacidad civil de las personas.

Todas las personas poseen capacidad, la cual, a su vez, se manifiesta en capacidad de goce y en capacidad de ejercicio. Una persona puede poseer capacidad, plenamente reconocida, desde el punto de vista del derecho civil, y, sin embargo, no encontrarse legitimada para determinada relación jurídica. Así, por ejemplo, una persona puede acudir ante un notario con el propósito de donar un bien inmueble a favor de otra. Este derecho facultativo se encuentra plenamente reconocido dentro del ordenamiento legal; ello no contraviene en general el orden legal vigente.

Sin embargo, para que la donación pueda realizarse, deben concurrir ciertas circunstancias. Una de tales circunstancias, consiste en que la persona que desea realizar la donación donante, como supuesto legal, debe ser legítimo

¹⁸ **Ibid.** Pág 46.

propietario del bien en cuestión, pues nadie puede disponer sino de lo que le pertenece.

De esta manera, la función legitimadora que el notario realiza dentro de su quehacer profesional, consiste en comprobar que la persona solicita sus servicios para un determinado asunto se encuentra justificada legalmente para hacerlo, es decir, que se encuentra en la posición legal necesaria para tal objeto.

- e) Función modeladora: es indiscutible que, uno de los fines supremos del derecho notarial, se encuentra en el logro de la forma idónea desde el punto de vista legal del documento.

Sin embargo, para llegar a ese extremo material, es necesario que, de manera previa, se realice la función creadora, que corresponde al notario, para encuadrar, de manera armónica, la forma, la legalidad y la voluntad de las partes, en una sincronía que aspira a ser perfecta. La síntesis de todas las funciones anteriores, se realiza en el momento en que el notario plasma, materializa y hace realidad el documento notarial. Esta función con todo, se caracteriza porque acusa signos distintivos, personales, propios de cada notario, y trasciende más allá de los elementos de legalidad y técnica.

Es así, que un mismo hecho, acto o negocio jurídico, dará por resultado, si se presenta a diferentes notarios, un documento que reunirá los requisitos esenciales del asunto que se trate, pero que variará significativamente en cuanto

al estilo, el desarrollo, la precisión y el afinamiento conceptual y terminológico que le puede dar.

Es evidente que cada notario de acuerdo a su experiencia y preparación irá desarrollando un estilo propio, una técnica personal una forma particular inclusive de relacionarse con sus clientes y de responder, de la mejor manera posible, a las necesidades e intereses de las personas que solicitan sus servicios. Estos aspectos que pueden parecer subjetivos e intrascendentes, constituyen en realidad, en conjunto, el elemento diferenciador para que los particulares establezcan una relación de confianza, credibilidad y seguridad en la relación que mantienen con un notario, al punto de llegar a constituirse en la nota distintiva que define la preferencia que se pueda tener entre optar por los servicios entre uno u otro profesional.

La función modeladora, por tanto, es de las más importantes y fundamentales que realiza el notario, debido a que a través de la misma se muestra la respuesta específica que el profesional proporciona a sus clientes en sus necesidades y llega a estar sustentada en la confianza de la capacidad del profesional. Es por eso que, necesario es decirlo, el notario no puede delegar esta responsabilidad legal en otra persona, pues si bien es cierto hay quienes creen que es posible trabajar y satisfacer las necesidades del cliente con modelos o borradores preelaborados en forma indiscriminada para atender los asuntos de los clientes, lo cierto es que un desempeño profesional de tal naturaleza desvirtuará la función notarial.



Esta debe estar sustentada, precisamente, en la intermediación, en la atención personalizada y no en la producción en serie o mecanizada de los documentos notariales.

- f) Función autenticadora: autenticar, jurídicamente equivale a legalizar, a acreditar que la cosa de que se trata es auténtica. Por tanto, interesa saber que es una auténtica, a lo cual, se indica que auténtica es la copia de un documento con firma de quien tiene fe pública.

En este punto, se puede tomar conciencia sobre lo importante que es conocer sobre los aspectos doctrinarios, los cuales, muchas veces son tenidos en menos al hacer un estudio pragmático que se orienta simplemente a la práctica de cualquier disciplina.

CAPÍTULO IV

4. Elementos centrales que informan la legitimación de la función del notario y su injerencia en el efectivo ejercicio de la fe pública notarial

Existen dos tipos de finalidades de la función notarial: la inmediata y la mediata. De esta manera, aceptando ambos fines dentro de la función notarial, es posible alcanzar una mejor comprensión y alcances de lo que el que el quehacer del notario aspira y debe cumplir para una debida legitimación.

4.1. Legitimación de la función del notario

Si el instrumento, como finalidad inmediata, constituye el objeto central de la función notarial, la expresión concreta de esa finalidad se traduce en los siguientes aspectos y propósitos dar forma, probar, dar eficacia legal.

Luego, para cumplir con estos propósitos, la función notarial también debe buscar que se cumplan los siguientes objetivos: garantizar la autenticidad con miras al futuro, validar la legalidad o legitimidad del acto de que se trate y crear un medio de fijación formal que garantice los efectos del mismo, tanto en lo que respecta en las partes, como con relación a los causahabientes de ellas o los futuros interesados.

Los fines inmediatos y mediatos de la función notarial, se confunden e integran, y se complementan por lo que solamente es factible establecer una dicotomía con fines

didácticos. Esto resulta particularmente cierto, si se toma en consideración que el notario actúa, y materializa sus actuaciones en un documento, el cual tiene proyecciones presentes y futuras.

En el estudio de este tema, se tiene que tomar en consideración la postura tradicional que se ha seguido en cuanto a la finalidad de la función notarial. La función notarial, persigue tres finalidades: seguridad, valor y permanencia.

- a) Seguridad: el documento notarial busca la utilización e interpretación del derecho sustantivo, en relación a proveer de seguridad o certeza jurídica a las partes, pero también en cuanto a normas de orden adjetivo que son utilizadas de manera directa o indirecta, con miras a proveer de tal característica al instrumento.

“Para proveer de seguridad, el notario deberá tomar en cuenta aspectos tanto de contenido, es decir de fondo, en cuanto al hecho, acto o contrato de que se trate, pero también deberá realizar la selección sobre la forma más adecuada, tanto desde el punto de vista técnico legal, notarial, del lenguaje, etc., para materializar ese medio que provenga la buscada seguridad o certeza jurídica”.¹⁹

- b) Valor: el valor que persigue la fe pública, y que se logra mediante el concurso del notario en los actos de los particulares, no puede ser otro más que el valor jurídico, el cual se evidencia, demuestra y manifiesta, frente a terceros.

¹⁹ Perosi, Carlos. **El documento notarial**. Pág 89.

Al respecto, se debe tener especial cuidado en no confundir el valor como finalidad notarial con la validez del negocio y del documento.

La validez, es la viabilidad en tanto que el valor es la eficacia y la fuerza que otorga la intervención del notario entre partes frente a terceros.

- c) Permanencia: una de las significativas ventajas que ostenta el documento notarial, está representada por la permanencia y durabilidad del instrumento que autoriza.

A través de un sistema, estructurado legal y técnicamente, se logra la conservación del documento público, lo cual le proporciona una significativa ventaja frente a los documentos privados, cuya conservación queda al azar, a la eventualidad y no existe garantía de que puedan preservarse.

El sistema del notariado latino, se caracteriza por la obligatoriedad de la conservación de los instrumentos públicos originales, lo cual se logra a través del protocolo.

La conservación del instrumento, constituye también otro elemento coadyuvante para la realización normal del derecho, es decir, para complementar las leyes sustantivas y auxiliar, en determinado momento, el cumplimiento de las normas adjetivas, al estar garantizada la reproducción para el eventual caso de que se necesite copia fiel del original.

Tanto el protocolo, como los testimonios extendidos a los particulares, los testimonios especiales que se remiten a la Dirección del Archivo General de Protocolos, así como los medios informáticos actuales con los que se cuenta y que se incorporarán como medios idóneos para la conservación y perpetuidad de los instrumentos públicos, son elementos todos los que favorecen esta finalidad de permanencia.

El elemento característico de cualquier forma de fe, está sustentado en la creencia en algo, es decir, en la convicción sobre la existencia de un asunto, si bien tales elementos para creer no responden o se basan en una experiencia personal directa con respecto a lo que se cree.

Desde un punto de vista general, para diferenciar los tipos de fe, se puede señalar la voluntaria y la obligatoria. La fe voluntaria, tiene su expresión máxima en las creencias religiosas, en sus diferentes manifestaciones, según la cual, la persona, de manera libre, en uso de su libre albedrío, decide, opta o elige, creer en algo, y por lo cual siempre cabe la posibilidad de que, en determinado momento, sus convicciones puedan cambiar, o se reafirmen, según su libre elección.

Este tipo de fe, reconoce como un derecho humano, el de la libertad de conciencia, según el cual la persona tiene derecho a decidir en qué creer.

Puede decirse que constituye un deber moral, ético y religioso, con respecto a cierta comunidad de personas, pero, en todo caso, la persona puede, como individuo, decidir

4.3. Definición de fe pública

A efecto de manejar un concepto que verdaderamente sea útil, es necesario revisar algunas definiciones que, a nivel doctrinario, han propuesto connotados autores. Entre ellas se pueden citar las siguientes:

“Fe pública es la presunción legal de verdad y el imperativo jurídico impuesto por el estado, vigente mientras no se pruebe su falsedad”.²¹

La fe pública es la creencia legalmente impuesta y referida a la autoría o a determinados actos públicos, o sobre el hecho de haber ocurrido un acontecimiento”.

Fe pública es el imperativo estatal, por medio del cual se establece la obligación para la comunidad de creer y tener por ciertos y válidos, determinados hechos o acontecimientos.

4.4. Fundamento de la fe pública

La razón última, el fundamento, de la fe pública es la necesidad de proveer certidumbre a los actos de los particulares. Esa certidumbre, certeza o seguridad jurídica que se logra a través de la fedación, cumple además con dotar de prevención respecto al futuro y establecer la prueba preconstituida materializada en el instrumento autorizado por el notario.

²¹Pérez. **Ob.Cit.** Pág 99.

El fundamento de la fe pública radica en el deber del Estado, como resguardador de la paz social, de proteger los derechos subjetivos, evitando que surjan contiendas que requieran la intervención de los tribunales, para llevar a cabo tal protección.

El Estado necesita conocer los derechos sobre los cuales debe ejercerse esa tutela, impidiendo que se niegue su existencia y garantizando su efectividad que viene a llenar la fe pública notarial.

4.5. Clases de fe pública

“La fe pública pertenece al Estado y el mismo se crea con el fin de brindar seguridad jurídica. Esta idea, se tiene presente si se propone pensar en como se divide, en la realidad jurídica, la fe pública, es decir, de qué manera reparte el Estado, entre personas e instituciones, la potestad de fedación”.²²

- a) **Registral:** esta fe se encuentra asignada por el Estado a los registradores, en sus diferentes manifestaciones, a efecto de que puedan extender los documentos en los que se prueba la inscripción de diferentes actos.

Quizá el caso que resulta más conocido es el del Registrador Civil, pues desde que se nace se tiene que comenzar a operar todos los hechos y circunstancias que se relacionan con el estado civil de las personas.

²² **Ibid.** Pág 102.

Se inscribirán todos esos actos que se relacionan con su estado civil en el correspondiente registro. Cuando una persona necesita comprobar ese estado, por una u otra razón, podrá solicitar ante el registro correspondiente la certificación de que el hecho o acto se encuentra inscrito en el mismo, la cual será extendida por el Registrador. Esta certificación legal del Registro en la que consta la inscripción, goza de la presunción legal de veracidad, pues el funcionamiento que la extiende está revestido de fe pública.

La fe pública de que se encuentra investido todo registrador, está limitada a un determinado ámbito de competencia, la cual corresponde a la específica naturaleza del registro de que se trate. Así, el registrador de la propiedad únicamente puede dar fe con respecto a actos y hechos que se encuentran inscritos en el Registro de la Propiedad, los cuales se relacionan, como su nombre lo indica, con el derecho de propiedad, los cuales se relacionan, como su nombre lo indica, con el derecho de propiedad, a la afectación o gravamen del mismo, pero su competencia no se extiende más allá. Podrá cumplir con la función de calificación de la legalidad de las inscripciones que se realicen, podrá extender certificaciones, podrá realizar anotaciones con base en orden judicial, etc., pero su fe pública no puede extenderse a otro campo más que el expresamente reconocido en la ley.

La fe que ostentan determinados funcionarios, se materializa a través de la certificación, con relación a que la fe pública se manifiesta y materializa en forma documental. Esta fe pública se manifiesta y materializa en forma documental.



Esta certificación constituye prueba frente a terceros e inclusive en el ámbito jurisdiccional, para la demostración de ciertos hechos, actos y existencia de documentos.

- b) Administrativa: la fe pública administrativa es la asignada por el Estado a algunos agentes, funcionarios o empleados públicos, para que puedan certificar, dentro del ámbito de su competencia, ciertos hechos o actos que se relacionan directamente con la administración pública. Dichas certificaciones por obra del reconocimiento estatal a esta clase de fe pública, gozan de credibilidad y autenticidad a nivel de la comunidad.
- c) Judicial: esta clase de fe pública la reconoce el Estado, con relación a los secretarios de los juzgados y tribunales, con el propósito de que se deje constancia y prueba de las actuaciones que realiza el juez y de los documentos, pruebas y demás elementos constitutivos del proceso específico de que se trate y que obran en el expediente.

El juez actúa en su función jurisdiccional libremente y con independencia; como sujeto que activo que decide, ordena, resuelve, acepta o rechaza actos procesales que para el desarrollo e impulso del proceso le atañe conocer en su función, nadie puede interferir en su desempeño.



El secretario del juzgado o tribunal, por su parte, únicamente es espectador de todas las actuaciones del juez; sin embargo la ley le atribuye la fe pública judicial, para que se reconozca todo lo que se hubiere actuado en el proceso.

- d) Legislativa: la fe pública legislativa es la que corresponde al Organismo Legislativo, dentro de su ámbito de competencia, es decir, para la emisión de leyes. Esta fe pública a diferencia de las demás, se caracteriza porque su ejercicio debe, necesariamente, realizarse en forma colegiada.

- e) Extrajudicial o notarial: en las anteriores clases de fe pública estudiadas, se evidencia un limitado ámbito de competencia para el ejercicio de las mismas. El Estado, en su función reguladora del reconocimiento de las personas que gozan de la facultad de ejercer la función fedante, ha delegado en el notario los más amplios poderes, desde el punto de vista del campo de aplicación en donde puede actuar.

La fe pública notarial posee la suficiente autonomía y validez jurídica, de manera tal que no necesita comparársele con ninguna otra para que adquiera el rango que le corresponde.

La misma, consiste en la potestad de asegurar la verdad de hechos y de actos jurídicos que constan a quien la ejerce y que, en virtud de su aseveraciones serán tenidos por auténticos mientras no se demuestre judicialmente su falsedad.

El campo de la fe pública y notarial son los hechos sobre los cuales opera, son únicamente aquellos que originan derechos subjetivos y no los que engendran principalmente sanciones u obligaciones.

La fe pública notarial opera sobre muchos hechos y sobre el hecho objetivo, distingue la fe pública notarial de las demás, en cuanto a estas se dirigen a autenticar disposiciones legislativa, acuerdos, y resoluciones judiciales de las respectivas autoridades y el hecho de que no opere la fe pública notarial sobre hechos que engendren sanciones u obligaciones, separa y distingue la prueba judicial y la prueba de las operaciones de documentación y registro de los organismo administrativos, de la prueba notarial, que es una prueba preconstituida.

4.6. Estudio legal de los elementos centrales que informan la legitimación de la función del notario y su injerencia en el efectivo ejercicio de la fe pública notarial guatemalteca

Ni las leyes ni las sentencias judiciales, ni los documentos notariales podrían tener eficacia ante la sociedad organizada, si a cada momento pudiera ponerse en duda la legitimidad o autenticidad de su contenido. La calidad de auténtico, se puede definir como lo acreditado en cuanto a certeza, y autorizado o legalizado merecedor de fe, y referido a documentos.



El Artículo 2 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala: “Para ejercer el notariado se requiere:

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

La fe pública notarial goza de la presunción legal de veracidad, es la verdad legal respaldada por el Estado atendiendo a la persona que ha realizado la autenticación del documento sometido a la intervención profesional del notario. Como resultado de esa presunción de veracidad y de legalidad, el documento produce un efecto erga omnes, es decir, es oponible frente a cualquier persona que tenga a su vista el documento.

El Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil regula: “Los documentos autorizados por el notario por funcionario o empleado publico en ejercicio de su cargo, producen la fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de redarguirlos de nulidad o falsedad”.

En la norma transcrita, se reconoce la autenticidad, es decir el merecimiento de fe que recae en el documento, en virtud de la autorización notarial para realizar la fedación. Adicionalmente, también se reviste de absoluta legalidad el documento autorizado por



el notario, al reconocerle la calidad de plena prueba, es decir, que posee valor procesal, no sujeto a revisión ni demás requisitos, para que sea admitido como un medio probatorio legalmente válido, suficiente para ser presentado directamente ante un órgano jurisdiccional, salvo el derecho de las partes de probar su nulidad o falsedad, lo cual se representa por lo que se denomina una presunción iuris tantum.

La fe pública otorgada al instrumento notarial circunstancial, fortalece dicho instrumento dándole las características de prueba documental pública, indubitable mientras no se compruebe lo contrario.

La base legal, para ese revestimiento de fe pública en las actuaciones profesionales del notario, autorizada y reconocida por el Estado, se encuentra en el Artículo 1 en el Código de Notariado, en el cual se lee lo siguiente: "El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de ley y a requerimiento de parte".

Por tanto, los documentos notariales otorgados conforme a la ley o a requerimiento de parte, de acuerdo al citado precepto, en los que consten y autoricen actos y contratos, gozan de la legalidad necesaria y conforme el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil, producen fe y hacen plena prueba.

El campo o ámbito de aplicación de la fe pública, se extiende a prácticamente todas las materias del derecho. De esta manera, los negocios, actos, hechos y los documentos de los particulares constituyen la materia de interés inmediato sobre los cuales se



ejercita la fe pública. En cuanto a lo que respecta a los intereses gubernamentales, y del Estado, la función notarial está limitada, debido a que el único notario que puede faccionar instrumentos en los que el Estado y sus dependencias sean parte, es el Escribano de Gobierno, quien esta adscrito al Ministerio de Gobernación y es nombrado por el Presidente de la República.

Para que pueda ejercer de manera válida y apegada el derecho de fe pública, deben existir ciertos requisitos o condiciones mínimas. En virtud de la responsabilidad que supone el ejercicio de la fe pública notarial, el profesional debe, tanto por consideraciones legales como éticas, cuidar que exista este mínimo de condiciones y supuestos, pues lo contrario podrían llevarlo a incurrir fácilmente en responsabilidad.

Esos requisitos mínimos que deben darse para el ejercicio de la función fedataria, tanto desde el punto de vista legal como doctrinario, son los siguientes:

El notario, para poder ejercer su función fedataria, debe establecer correspondencia entre el autor del acto jurídico, que es el cliente a quien presta sus servicios, y el instrumento notarial.

El notario, dentro de su función puede narrar hechos que le son propios, como sucede en el caso de las actas notariales o cuando extiende testimonios, debido a que también puede constatar hechos que le son ajenos, y que se suceden en virtud de la voluntad de las partes en forma unilateral o bilateral.



En la realidad, ello se cumple cuando el notario da fe que tuvo a la vista los documentos descritos en la escritura, también en la identificación de las personas por los medios legales o cuando deja constancia de que conocen a las personas que intervinieron en el acto o contrato, cuando se hace constar que se dio lectura y se procedió a explicar el contenido del instrumento y el otorgamiento, lo cual traduce fielmente la voluntad de las partes o requirentes.

Estos requisitos estén previstos en el Código de Notariado, específicamente en los numerales del Artículo 29.

Los instrumentos públicos contendrán los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes.

Con este requisito se cumple con identificar a la persona, individualizándola de acuerdo a elementos constitutivos de su estado civil. Debe evidenciarse, ponerse de manifiesto, dejar plenamente claro e individualizarse, quiénes son las personas que otorgan el instrumento público.

Deben contener la fe de conocimiento de las personas, que intervienen en el instrumento, y de que los comparecientes aseguren hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles.

También, la identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, se debe llevar a cabo por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el notario, o mediante ambos medios, cuando así se estime conveniente.



Se atiende a la necesidad de identificar a las personas, lo cual puede hacerse de cuatro maneras: dejando constancia el notario de que las conoce, lo cual es suficiente legalmente para que se de por cierto que la persona es quien dice ser, debido que conoce el notario, y con ello se ejerce la fe pública; a través de los testigos de conocimiento, quienes deben ser conocidos del notario y, si bien lo dice la ley, deben conocer a la persona; identificándolas a través de la presentación del documento legal (DPI) o cédula de vecindad para nacionales y para extranjeros; y utilizando ambos medios, si lo considera necesario el notario, o sea, mediante la presentación de cédula de vecindad DPI o pasaporte y la declaración de los testigos de conocimiento.

La razón de haber tenido los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro, describiéndolos e indicando lugar, fecha y funcionario o notario que los autoriza, en donde se tiene que hacer constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio, para el acto o contrato.

Debido a que la ley reconoce la posibilidad de que una persona, en lo que respecta a sus disposiciones, puede hacerlo de manera directa, a través de la delegación de otra persona de su representación es decir, mediante el otorgamiento de un mandato, el notario debe solicitar que se acredite dicha representación en forma documental, luego de constatar las formalidades del documento, la ley exige que el notario califique la representación, por lo que deberá dejar constancia de que dicha representación es suficiente conforme a la ley, es más, conforme a su juicio, para el efecto o contrato de que se trate.

La transcripción de las actuaciones ordenadas por la ley o que a juicio del notario, son pertinentes, cuando el acto o contrato haya sido precedido de autorización u orden judicial o proceda de diligencias judiciales o administrativas.

El conocimiento que los interesados adquieren respecto a lo consignado en el instrumento y la correspondencia con su voluntad, debe ser aceptado y ratificado por ellas, y se formaliza con la firma de los otorgantes.

El análisis de lo anotado, pone de manifiesto la fase de evidencia como requisito previo para el ejercicio de la función fedante del notario, y conlleva una responsabilidad del profesional, en cuanto al cuidado que debe tenerse de manera previa y durante el otorgamiento de un instrumento público.

“La objetivación, consiste en que todo aquello percibido por el notario, y que tenga relación directa y trascendencia para el acto, deberá plasmarse y materializarse en un instrumento, por medio de la forma escrita”.²³

En cuanto a esta forma escrita, tiene que tomarse en cuenta que puede darse a través de los diferentes instrumentos que autoriza el notario, pero desde el punto de vista del ejercicio de la fe pública, es la que se refiere a la escritura matriz. En las legislaciones de otros países que pertenecen al sistema del notariado latino, todas las actuaciones notariales se dan en el protocolo. Sin embargo, en el caso guatemalteco, sí se acepta

²³ Perosi. **Ob.Cit.** Pág 122.



el faccionamiento de otros documentos, llamados extraprotocolares, y que no se conservan en el protocolo, tales como las actas notariales, las actas de legalización de firmas y las de documentos.

En la objetivación, debe tomarse en cuenta lo establecido como formalidades para el instrumento de que se trate. La principal regulación, desde el punto de vista de la fe pública, está contenida en el Artículo 13 del Código de Notariado el cual se aplica en forma supletoria para la redacción de otros documentos notariales. En esta objetivación, evidentemente, debe existir correspondencia entre lo que representa la voluntad de las partes, el respeto al ordenamiento jurídico vigente, y el buen criterio del Notario como profesional del derecho, y no de simple fedatario, para el uso de la mejor forma y alternativa para objetivar el acto o negocio jurídico de que se trate.

La simultaneidad, como característica para el ejercicio de la fe pública, consiste en la necesidad de que la narración de lo que el notario percibe, la plasmación que se da en el instrumento notarial y el otorgamiento para que se sucedan o se den en forma inmediata, en un mismo acto.

Esto no significa, que el notario deba atender y concluir todos los asuntos que se le presentan en un solo día, sino más bien que la percepción, materialización y otorgamiento, que ocurra mediante la aceptación, ratificación y firma del instrumento, son eventos que deben concatenarse de manera tal que ocurran uno en pos del otro, dentro del menor tiempo posible.

Los términos de los principios que inspiran el derecho notarial, tratan el principio de unidad del acto y las ventajas que ello comporta, y son evidentes, puesto que de ese modo es posible lograr la tan buscada certeza o seguridad jurídica.

Los aspectos complementarios en cuanto a la escritura de otorgamiento en donde consta el testamento o la donación mortis causa, están regulados en el Código de Notariado.

La tipología de la fe pública, atiende a la circunstancia personal que sirve de base para el ejercicio de la fe pública. Desde este punto de vista, la posibilidad de ejercicio de la misma se presenta en dos formas:

- a) Fe pública notarial originaria: la ejerce el notario con base en su percepción sensorial dictada de los hechos, o bien, con base en su intervención directa en el acto.
- b) Fe pública notarial derivada: la fe pública que se ejerce, deviene de hechos o documentos en los que no ha intervenido directamente el notario, pues no los ha presenciado ni percibido a través de sus sentidos.

La tesis constituye un aporte significativo para la bibliografía guatemalteca, al dar a conocer la importancia jurídica de determinar los elementos centrales que informan la legitimación de la función del notario y su injerencia en el efectivo ejercicio de la fe pública notarial en Guatemala.



CONCLUSIONES

1. No se comprende la función notarial de manera amplia y ecléctica, con base en los elementos enriquecedores aportados por la doctrina y las diferentes tendencias teóricas, ya que no se puede circunscribir la función notarial únicamente a un aspecto en particular, porque como parte del derecho, mantiene dinamismo y se enriquece por el quehacer humano en general y por su legitimación.
2. No existe plena seguridad jurídica, en donde el notario lleve a cabo diferentes procesos que se manifiesten a través de las calificaciones, análisis, interpretaciones, tanto de hechos como de elementos materiales que se presentan, así como la voluntad de las partes, para que se proceda a la realización de la forma del instrumento, para que se cumpla con la legitimación de la función notarial.
3. La función notarial no es posible radicarla, de manera exclusiva en la jurisdicción voluntaria, ni en la prueba, ni en la forma, aspectos durante los cuales se han originado escuelas que defienden de manera exclusiva, uno u otro aspecto, ya que se encuentra ineludiblemente asociada al instrumento público, así como a los demás documentos notariales que facciona y autoriza el notario, en el ejercicio de la fe pública notarial guatemalteca.



4. La inexistencia de legitimación en la actuación jurídica y técnica que el notario realiza en la prestación de sus servicios profesionales y que permita su materialización en un instrumento público como la escritura, por excelencia o en un documento con autorización notarial como las actas notariales, no permite el efectivo ejercicio de la fe pública notarial.



RECOMENDACIONES

1. El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala (CANG), debe dar a conocer que no existe comprensión en relación a la función notarial de forma amplia y ecléctica con fundamento en elementos aportados doctrinalmente, ya que no se tiene que circunscribir la función notarial solamente a un aspecto, debido a que como parte del derecho tiene que mantener dinamismo y enriquecer el quehacer humano y su legitimación.
2. El Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, debe dar a conocer la falta de seguridad jurídica, la cual limita que el notario pueda llevar a cabo diversos procesos que se manifiesten mediante calificaciones, análisis, interpretaciones, tanto de hechos como de elementos materiales que se presentan, así como la voluntad de las partes, para proceder a dar forma al instrumento y así cumplir con la legitimación de la función notarial.
3. La Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala (CANG); debe establecer que no se puede radicar la función notarial de forma exclusiva en la jurisdicción voluntaria, ni en la prueba, ni en la forma, los cuales son aspectos durante los que se han originado escuelas defensoras de uno y otro aspecto, y que tienen que encontrarse asociados al instrumento público y al resto de documentos notariales que facciona y autoriza el notario.



4. El Presidente del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala (CANG), tiene que dar a conocer la falta de legitimación en la actuación jurídica y técnica que el notario lleva a cabo al prestar sus servicios profesionales, para que se pueda permitir su materialización en un instrumento público como la escritura o en un documento con autorización notarial, y así permitir el efectivo ejercicio de la fe pública notarial.



BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario. **La tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria en Guatemala.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1999.

ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y José Antonio Gracias Gonzáles. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca.** Guatemala: Ed. Fénix, 2006.

ARAUJO, Maximiliano. **La función del notario en Guatemala.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1982.

ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro. **Estudios de derecho notarial.** Madrid, España: Ed. Nauta S.A., 1982.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1986.

CARNEIRO, José. **Derecho notarial.** Lima, Perú: Ed. EDINAF, 1988.

GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. **Derecho notarial.** Madrid, España: Ed. Navarra S.A., 1976.

GONZÁLEZ, Carlos Emérito. **Derecho notarial.** Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley S.A., 1971.

GRACIAS GONZÁLEZ, José Antonio. **Derecho notarial guatemalteco.** Guatemala: Ed. Fénix, 2007.

LARRAUD, Rufino. **Curso de derecho notarial.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1987.

MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco. **La función notarial.** Barcelona, España: Ed. Nacional S.A., 1985.



MUÑOZ, Nery Roberto. **Jurisdicción voluntaria notarial**. Guatemala: Ed. Talleres de C.J., 1999.

NUÑEZ LAGOS, Rafael. **Estudios de derecho notarial**. Madrid, España: Ed. Artes Gráficas Soler, S.A., 1986.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho notarial**. México, D.F.: Ed. Porrúa S.A., 1981.

PEROSI, Carlos. **El documento notarial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1989.

SALAS, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. San José, Costa Rica: Ed. Costa Rica, 1973.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto número 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto número 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

Código de Notariado. Decreto número 314 del Congreso de la República de Guatemala, 1947.