

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

**REFORMA AL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 6 DEL CÓDIGO DE NOTARIADO,
POR SER DERECHO VIGENTE PERO NO POSITIVO**

HUGO AMÍLCAR SÁNCHEZ NATARENO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2015

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

**REFORMA AL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 6 DEL CÓDIGO DE NOTARIADO,
POR SER DERECHO VIGENTE PERO NO POSITIVO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

HUGO AMÍLCAR SÁNCHEZ NATARENO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2015

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

DECANO	MSc.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV	Br.	Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V	Br.	Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO	Lic.	Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente	Lic.	Hector René Granados Figueroa
Vocal	Lic.	Ervin Enrique Dionicio Navarro
Secretario	Licda.	Dilia Agustina Estrada García

Segunda fase:

Presidente	Lic.	Marvin Vinicio Hernández Hernández
Vocal	Lic.	Jorge Mario López Chinchilla
Secretario	Lic.	Héctor Rolando Guevara González

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

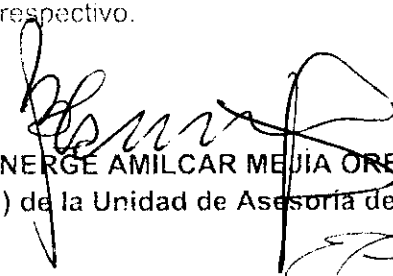
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
05 de marzo de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, CARLOS ENRIQUE ZAMORA
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
HUGO AMÍLCAR SÁNCHEZ NATARENO, con carné 200311637,
intitulado REFORMA AL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 6 DEL CÓDIGO DE NOTARIADO, POR SER DERECHO
VIGENTE PERO NO POSITIVO.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del
bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título
de tesis propuesto.


El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de
concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la
bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará
que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime
pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 05 / 03 / 2015


CARLOS ENRIQUE ZAMORA
Asesor(a)

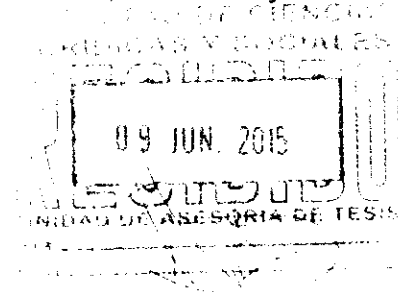




LIC. CARLOS ENRIQUE ZAMORA
14 Calle 6-12, zona 1, segundo nivel, oficina 205
Teléfono 57046932

Guatemala, 29 de mayo de 2015

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana,
Jefe de Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Dr. Mejía:

En forma atenta me dirijo a Usted, y en cumplimiento al nombramiento de fecha 5 de marzo del presente año, he procedido a asesorar la tesis intitulada: **REFORMA AL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 6 DEL CÓDIGO DE NOTARIADO, POR SER DERECHO VIGENTE PERO NO POSITIVO**, del bachiller **HUGO AMÍLCAR SÁNCHEZ NATARENO**, motivo por el cual emito el siguiente

DICTAMEN:

- a. El estudiante ha realizado todas las correcciones que le fueron planteadas en su oportunidad, y dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.
- b. Realizó un análisis documental y jurídico en materia de derecho notarial. En el lapso de la asesoría, así como en el desarrollo del trabajo de tesis, el estudiante manifestó sus capacidades de investigación, utilizando técnicas y métodos adecuados
- c. Con respecto a contenido técnico y científico, considero que está presente en la redacción al utilizar un lenguaje jurídico el cual es acorde a un trabajo de esta índole.
- d. La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia adecuada para un buen entendimiento, y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía

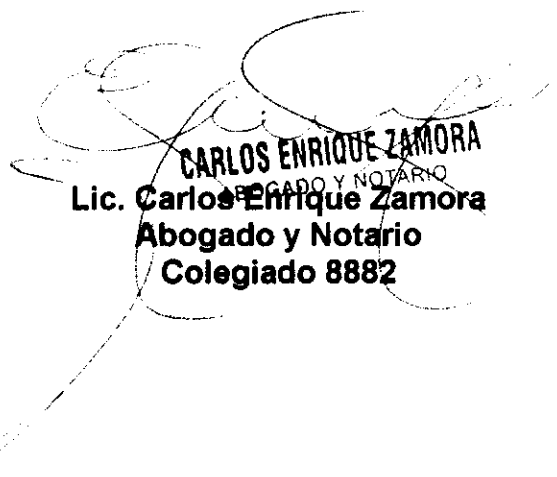


actualizada, resguardando el derecho de autor, elemento que ha servido de base para sustentar el tema tratado y por ende el desarrollo del mismo.

- e. Se han desarrollado adecuadamente cada uno de los capítulos, en el que se abarcó las instituciones jurídicas relacionadas a los temas, y en ellos se fundamenta la comprobación de la hipótesis, lo cual genera una contribución científica al sistema formativo guatemalteco, que será de gran apoyo a todas las personas que decidan consultarla.
- f. La conclusión discursiva fue redactada en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, en tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación, ha estado apegado a las pretensiones del sustentante.
- g. Declaro que no soy pariente del estudiante dentro de los grados de ley.

Cumpliendo con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y por lo anteriormente expuesto, considero pertinente emitir el presente **DICTAMEN FAVORABLE** al bachiller **HUGO AMÍLCAR SÁNCHEZ NATARENO**, para que prosiga con los trámites necesarios correspondientes.

Atentamente



CARLOS ENRIQUE ZAMORA
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Carlos Enrique Zamora
Abogado y Notario
Colegiado 8882



12/31

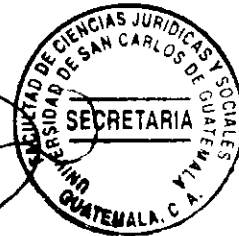
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 20 de julio de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante HUGO AMÍLCAR SÁNCHEZ NATARENO, titulado REFORMA AL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 6 DEL CÓDIGO DE NOTARIADO, POR SER DERECHO VIGENTE PERO NO POSITIVO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

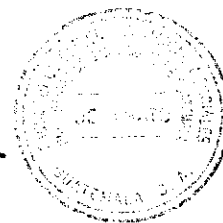
BAMO/srrs

[Handwritten signature]

[Large handwritten signature]



[Handwritten signature]
 Lic. Aída Ortiz Arellano
 DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Fuente de la sabiduría, quien por su infinita misericordia, me ha permitido obtener este gran logro.
- A MI MADRE:** Por haberme dado la vida, que con su arduo trabajo se convirtió en padre y madre; con su amor y paciencia siempre me apoyó incondicionalmente.
- A MIS HIJOS:** Katy e Isaac, quienes son mi inspiración para seguir adelante y nunca darme por vencido.
- A MIS ABUELOS:** Celso Natareno (Q.E.P.D), por su cariño y ejemplo; y mi Mamá Rosy por su amor y apoyo incondicional, a quien amo con todo mi corazón.
- A MIS HERMANOS:** Noemí y Mario René, quienes siempre me han apoyado.
- A MIS TÍOS:** Romeo, Otto, Mario y en especial a Sonia Natareno, quien con su apoyo incondicional, y con sus palabras me motivaba a continuar y nunca darme por vencido, y a quien considero como a otra madre.
- A MIS AMIGOS Y AMIGAS:** Que son tantos, pero que podría mencionar a Oscar Navas, Renato, Maggy, Lucky, Ashley, Karen, Paco, Elder, Helli Zuñiga. Mela de Hidalgo, Licda. Carmen Virginia León Castillo. Edson González, José, y otros amigos, no menos importantes.

A LOS ABOGADOS:

Carlos Zamora, Jacobo Huertas, Silvia Andino, Rafael Paredes, Elder Mendoza que sin su ayuda no estaría hoy logrando este gran triunfo.

A:

La Gloriosa y Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, a la que debo tanto, y es para mí un honor egresar de tan distinguida e inigualable facultad.

PRESENTACIÓN

En el ordenamiento jurídico de Guatemala existe un sinfín de leyes, que contienen normas de carácter vigente pero no se aplican en nuestra sociedad, por no ser positivas, razón de ser de la presente investigación en la que se utilizó el método cualitativo.

Para realizar la investigación se tomó en cuenta la rama cognitiva del derecho notarial, misma que se llevó a cabo dentro del periodo comprendido del mes de enero del año 2011 al mes de julio del año 2014, en el departamento de Guatemala.

Siendo el objeto de la investigación el derecho vigente no positivo, específicamente el numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado; y el sujeto de estudio los jueces de primera instancia.

Como aporte científico del presente trabajo de tesis es el análisis del numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado desde la fecha de su entrada en vigencia, contra el Artículo 70 literal g) de la Ley del Organismo Judicial y su fecha de promulgación.

HIPÓTESIS

En Guatemala la Ley del Organismo Judicial en su Artículo 70 literal g), prohíbe a los Jueces ejercer la profesión de notario, es por ello que se propone reformar el numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado, el cual es derecho vigente pero no positivo, lo que daría como resultado un perfecto desenvolvimiento al notario en el ejercicio liberal de la profesión, haciendo clara la facultad del Juez por imperio de la ley de juzgar, y el notario para faccionar instrumentos públicos.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Para comprobar la hipótesis planteada en el plan de investigación, se recurrió al método de análisis con enfoque deductivo, haciendo uso de la técnica de lectura, revisión de leyes, entrevista no estructurada a jueces y notarios.

Tomando en cuenta los resultados de las entrevistas no estructuradas realizadas a jueces y notarios, se deduce que el numeral uno del Artículo 6 del Código de Notariado es derecho vigente no positivo, de conformidad que no hay ninguna ley que lo haya derogado de forma expresa, por ende la hipótesis que guio el presente estudio fue comprobada en su totalidad



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Derecho notarial	1
1.1. Evolución histórica del derecho notarial en Guatemala	3
1.1.1. Época Colonial	4
1.1.2. Reforma Liberal	8
1.1.3. Época actual	10
1.2. Principios propios del derecho notarial	12
1.3. Características del derecho notarial	16

CAPÍTULO II

2. Sistemas notariales	19
2.1. Sistema del notariado latino	21
2.2. Sistema sajón	27
2.3. Notariado de funcionarios judiciales	31
2.4. Notariado de funcionarios administrativos	32

CAPÍTULO III

3. Función notarial	35
3.1. Teorías que explican la función notarial	37
3.1.1. Doctrina funcionarista	37
3.1.2. Doctrina profesionalista	39
3.1.3. Doctrina ecléctica	39

	Pág.
3.2. Encuadramiento de la función notarial	40
3.3. Funciones que desarrolla el notario	41
3.3.1. Función receptiva	41
3.3.2. Función directiva o asesora	42
3.3.3. Función preventiva	43
3.3.4. Función legitimadora	44
3.3.5. Función modeladora	45
3.3.6. Función autenticadora	46
3.4. Finalidad de la función notarial	47

CAPÍTULO IV

4. Diferencia entre derecho vigente y derecho positivo	49
4.1. Fin de la vigencia de la ley	50
4.2. Análisis del numeral uno, Artículo seis como derecho vigente	53
4.3. Reforma al numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado, por ser derecho vigente pero no positivo	55
4.4. Inaplicabilidad del numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado	58
4.5. Aporte	59
4.5.1. Artículo seis (actualmente)	60
4.5.2. Artículo seis (propuesta de reforma)	60
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	63
BIBLIOGRAFÍA	65

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el número de notarios se ha incrementado considerablemente, el Código de Notariado vigente Decreto 314 del Congreso de la República, contempla la actuación notarial ejercida por los jueces de primera instancia, la que consiste en cartular, es decir en redactar y autorizar instrumentos públicos, siempre y cuando no haya un notario,

En Guatemala, cuando una ley entra en vigencia, la misma es de cumplimiento obligatorio, y se utiliza el sistema de vigencia sincrónico, que consiste en que la ley entra en vigencia el mismo día en todo el territorio nacional. La vigencia de las leyes puede ser de forma determinada, cuando en la misma se indica cuando inicia y cuando termina; y la forma indeterminada, consiste en que se indica cuando inicia, pero no establece cuando termina.

No obstante, el fin de la vigencia de la ley se da cuando pierde su fuerza de obligatoria, que puede ser por abrogación o por derogación, la primera por supresión total, y la segunda cuando una nueva ley anula solamente algunos Artículos o párrafos del contenido anterior, ambas pueden ser de forma tácita. En este caso, el Artículo 110 del Código de Notariado, establece que cualquier reforma debe hacerse de forma expresa, por lo tanto el derecho vigente es el reconocido, y el precepto que no se cumple sigue con vigor mientras otra ley no lo derogue, en virtud de lo cual es imperativo reformar el numeral uno del artículo seis del Código de Notariado el cual es derecho vigente pero no positivo.

El objetivo general planteado para realizar la investigación fue alcanzado en su totalidad, ya que se logró establecer que reformar el numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado es de beneficio al ordenamiento jurídico guatemalteco.

La hipótesis propuesta para realizar la investigación fue comprobada en su totalidad, porque su comprobación dio como resultado un perfecto desenvolvimiento al notario en el ejercicio liberal de la profesión, haciendo clara la facultad del Juez por imperio de la ley de juzgar, y el notario para faccionar instrumentos públicos.

Al concluir con la investigación, se procedió a conformar el informe final de tesis, organizándolo en cuatro capítulos, los cuales quedaron de la siguiente manera: El capítulo I, está conformado por la definición del derecho notarial, su evolución a través de la historia en Guatemala, así como sus principios y características; en el capítulo II, se consignan los sistemas notariales tales como: latino, sajón, funcionarios judiciales y funcionarios administrativos; el capítulo III, está compuesto por la función notarial, teorías que explican la función notarial, encuadramiento de la función notarial, funciones que desarrolla el notario y la finalidad de la función notarial; y el capítulo IV, la diferencia entre derecho vigente y derecho positivo, el fin de la vigencia de la ley, análisis del numeral uno Artículo seis como derecho vigente, la reforma al numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado, por ser derecho vigente no positivo y la inaplicabilidad del numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado, y el aporte de la presente tesis.

En el desarrollo de la investigación se utilizó el método de análisis con enfoque deductivo. Y las técnicas utilizadas de lectura, revisión de leyes, entrevista no estructurada a jueces y notarios.

En síntesis, se han revisado las causas que comprenden el problema de la función notarial ejercida por los jueces. Por un lado, la prohibición expresa contenida en la Ley del Organismo Judicial, para ejercer la profesión de notario. Por otro lado, los jueces sí podrían ejercer el notariado porque no hay una ley por parte del Organismo Legislativo, que en forma expresa haya suprimido dicha función en el Código de Notariado, en efecto se hace necesario la reforma.

CAPÍTULO I

1. Derecho notarial

Para abordar la temática se hace necesario dar a conocer que es definición, tal como lo indica Carlos Velásquez "es una operación lógica por medio de la cual se expresan rasgos que lo diferencian de otros conceptos del mismo género."¹

Por otro lado, el derecho "como ciencia normativa, se encarga de estudiar las formas que la sociedad adopta para imponerle límites a la conducta humana intersubjetiva, sean éstas de carácter legal, consuetudinario o de costumbre, jurisprudenciales o contractuales."²

En cuanto a Notarial es "relativo al notario (v) y también al escribano (v.) donde predomina tal denominación para los fedatarios públicos por excelencia. Lo autorizado por notario u otorgado ante él."³

En el Tercer Congreso Internacional de Notariado, celebrado en París, Francia en 1954, se estableció: Es el conjunto de disposiciones legislativas y reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial.

¹ Velásquez Rodríguez, Carlos Augusto. **20 lecciones de filosofía**. Pág. 64.

² Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág.1.

³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 489.

Por su parte Giménez-Arnau, define Derecho Notarial como el conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público.

“La definición anterior fue modificada por Oscar Salas, que ya es tradicional en Guatemala, y quien indica que: «El Derecho Notarial puede ser definido como el conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público»”.⁴

Es pues la definición de derecho notarial, modificada por el Doctor Salas, la más completa, porque por un lado enmarca las doctrinas y normas jurídicas en conjunto, y por otro aporta elementos como los siguientes: a) La organización del Notariado: cuáles son los requisitos que habilitan a un Notario para ejercer, impedimentos e incompatibilidades, etc. El autor referido expresa que esa primera parte está integrada por normas de carácter administrativo; b) La función notarial que es realizada por el Notario y los efectos que produce; y c) La teoría formal del Instrumento Público, elemento de capital importancia, ya que el objeto del derecho notarial es la creación del Instrumento Público.

José Antonio Gracias González cita a Jorge Ríos Hellig: “Podemos definir al derecho notarial como aquella rama autónoma del derecho público que se encarga de estudiar

⁴ Muñoz, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Pág. 23.

la institución del notariado y la teoría general del instrumento público notarial.”⁵

Esta definición discrepa con las otras en cuanto a que de manera plena reconoce al derecho notarial como una rama del derecho público, ya que en todo momento, el Estado ejerce pleno control sobre la institución del notariado debido a la trascendencia jurídica que la misma supone. El Notario actúa por delegación del Estado, que es quien le autoriza para ejercer la profesión y le delega la fe pública para las actuaciones.

En conclusión el derecho notarial es una rama de la ciencia del derecho, a través de la cual se estudia el conjunto de normas jurídicas, doctrinas, principios e instituciones que regulan la organización legal del notario, la función notarial, y la teoría formal del instrumento público.

1.1. Evolución histórica del derecho notarial en Guatemala

Posiblemente los primeros vestigios de historia escrita, se encuentra en el Popol Vuh, también conocido con los nombres de manuscrito de Chichicastenango, biblia Quiché y el libro sagrado, demostración de que existe un patrimonio cultural valiosísimo, el notariado de Guatemala es el más antiguo de la región de Centroamérica. Así en el año de 1543 ya se encontraba un notario cartulando en la ciudad de Santiago de los Caballeros de Guatemala.

⁵ Gracias González, José Antonio. **Derecho notarial guatemalteco**. Pág. 28.

1.1.1. Época colonial

Es casi seguro que la fundación de la ciudad de Santiago de Guatemala y la reunión del primer cabildo tuvieron lugar el 27 de julio de 1524, en esta primera acta de cabildo aparece actuando el primer escribano: Alonso de la Reguera, tanto él como todos los miembros del cabildo, fueron nombrados por Pedro de Alvarado en su calidad de teniente gobernador y capitán general de don Fernando Cortes.

“Alonso de la Reguera continuó en su cargo hasta enero de 1529, pero mientras tanto se sabe que hubo otros escribanos, llamados públicos de la ciudad”.⁶ Se menciona a Juan Páez y a Rodrigo Díaz; el escribano de cabildo no ejercía como escribano público, solo había un escribano público en la ciudad, en caso de ausencia debían nombrar otro; el nombramiento, recepción y admisión del escribano público lo hacía el cabildo.

El 28 de septiembre de 1528 se nombró otro escribano público, a Antón de Morales por Jorge de Alvarado, esto quiere decir que en 1529, a escasos tres años de su fundación había en Guatemala tres escribanos públicos, es decir, el número máximo que alcanzaría la ciudad, pues si bien momentáneamente disminuirían, luego volvería a llegar a tres a fines del mismo siglo XVI, para mantenerse en ese número hasta que terminó la Colonia.

⁶ Muñoz. **Ob. Cit.** Pág. 13

“El 16 de agosto de 1542 se expide real cédula aprobando el nombramiento del nuevo escribano de cabildo de Santiago de Guatemala, Juan de León. El siguiente escribano de cabildo fue Juan Vázquez Farinas, y luego por su ausencia fue nombrado Juan Méndez de Sorio el 26 de agosto de 1544.”⁷

En resumen, la etapa formativa del notariado en la ciudad de Guatemala repite las características básicas con que se dio el inicio de la profesión en otras regiones indianas. Los nombramientos los hace el cabildo o el gobernador de la provincia, siempre sujetos a la ulterior decisión real.

A pesar de que la ciudad era pequeña “(un máximo de 150 vecinos) los escribanos tenían suficiente trabajo e ingresos.”⁸ El de cabildo, gracias al registro de vecinos y el otorgamiento de solares y terrenos; y los públicos con las probanzas, contratos y actuaciones judiciales, el escribano de cabildo actuaba en algunos casos también como público, con la llegada de los primeros escribanos con merced real, aunque al principio fuese por medio de diputados o tenientes que ejercían un cargo que se había otorgado a algún cortesano, se afirma la facultad del monarca para proveer estos cargos; lo cual poco a poco va a ir ratificando, especialmente luego del establecimiento de la Audiencia de los Confines.

Más tarde se encuentra en la historia de Guatemala, “algunos antecedentes interesantes con respecto al ejercicio del notariado y su regulación legal. Por ejemplo

⁷ Muñoz, Ob. Cit. Pág. 14

⁸ *Ibid.*

en 1608, el rey Don Felipe IV estableció, mediante real cédula fechada en Madrid, el Impuesto de Papel Sellado. Este impuesto, perteneciente al grupo de los estancos, aportó rentas significativas para la corona española”⁹.

En diferentes etapas de Guatemala, se encuentra la presencia del escribano durante la vida colonial. “Así, por ejemplo, la muerte del hermano Pedro de Bethancurt fue narrada por un escribano.”¹⁰ También era fundamental su actuación en el otorgamiento de las escrituras de dote para las mujeres que habían de contraer matrimonio. La dote era fundamental para que una mujer de origen criolla, o español, pudiese contraer matrimonio.

El cargo de escribano, debía ser autorizado por el Rey, era tenido en alta estima durante la época de la colonia, a lo cual es imperativo resaltar que un hecho conocido fue que el conquistador de México, Hernán Cortés, quien aspiró durante mucho tiempo el nombramiento de escribano, y quien prestó sus servicios como auxiliar de un escribano en Extremadura y Sevilla, en España, antes de embarcarse a América, luego de un servicio significativo al Rey, obtuvo el nombramiento de mérito para la escribanía del ayuntamiento de Azúa.

“Después de la independencia de Centro América de España, fueron emitidos distintas disposiciones de importancia para la evolución del derecho notarial. En un recuento de acontecimientos más específicos se pueden mencionar los siguientes: El 28 de agosto

⁹ Gracias, **Ob. Cit.** Pág. 17.

¹⁰ **Ibid.** Pág. 18

de 1832, se ordenaría la vigilancia de la actuación notarial por medio de la visita de protocolos, a lo cual se consolida con las disposiciones emanadas de la Corte Suprema de Justicia, para el efecto de que las visitas se realizaran en los departamentos en donde tuvieran su sede los escribanos en ejercicio, a lo cual debían remitir dentro de los primeros ocho días del mes de enero al Tribunal, el testimonio del índice de protocolos de los instrumentos que autorizaron durante el año inmediato anterior, dicha disposición fue ratificada mediante acuerdo de fecha 18 de junio de 1861.”¹¹

Por medio del “Decreto Legislativo número 81, de fecha 23 de diciembre de 1851, se establece la colegiación de abogados y escribanos, a cargo de la Corte Suprema de Justicia. Y por medio del Decreto número 100, de fecha 30 de marzo de 1854, se le concede las facultades necesarias al Presidente de la República para que determine el número de escribanos nacionales, les otorgue el fiat a quienes reunieran los requisitos de ley, y a la Corte Suprema de Justicia para que expidiera el título a quienes hubieren sustentado y aprobado los exámenes correspondientes.”¹² De igual manera se prevé que en caso de abuso, dicho órgano estaba facultado para recoger el título, dependiendo la gravedad de la falta que se hubiere cometido.

La rigurosidad con que se efectuaban dichos exámenes, se evidencia “en el auto emitido por la Corte Suprema de Justicia, de fecha cuatro de marzo de 1846.”¹³ En virtud del cual se establecía las disposiciones relativas a la integración del Tribunal de examen por tres escribanos o abogados graduados, y en el que se establecía si el

¹¹ Gracias. **Ob. Cit.** Pág. 20.

¹² Ibid. Pág. 21

¹³ Muñoz. **Ob. Cit.-** Pág. 16.

sustentante es reprobado, lo informe con reserva, animando al mismo solicitante para que continuara con sus estudios y práctica por algún tiempo más.

1.1.2. Reforma liberal

“El notariado se convirtió en una carrera universitaria, de conformidad con la ley del siete de abril de 1877 y la reglamentaria de Instrucción Pública de fecha 21 de mayo del mismo año, se dispuso que no podía pedirse al Rector de la Universidad de San Carlos, el señalamiento de día para el examen general previo a la Licenciatura de Notario, sin acompañar el expediente en el que constara que se habían llenado los requisitos legales, en virtud de dichas disposiciones legales se comienza a utilizar, por primera vez, la denominación de notarios, es sustitución de los escribanos.”¹⁴

“El mismo Justo Rufino Barrios, que ejerció el notariado antes de la Revolución, dicto el Decreto No. 271 de fecha 20 de febrero de 1882, el cual contenía una Ley específica de Notariado.”¹⁵ “En dicho cuerpo legal se definió el notariado como la institución en que las leyes depositan la confianza pública, para garantía, seguridad y perpetua constancia.¹⁶ También declaró incompatible el ejercicio del notariado a los que desempeñaren cargos públicos que tuvieran anexa jurisdicción. Para poder ejercer la profesión, se requería ser mayor de 21 años, ser ciudadano guatemalteco, del estado seglar, y la posesión de propiedades por un monto de dos mil pesos, o prestar una fianza por un monto equivalente.

¹⁴ Muñoz. **Ob. Cit.** Pág. 17.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Gracias. **Ob. Cit.** Pág. 22.

Otras importantes reformas fueron “la supresión del signo notarial, por un sello con el nombre y apellido del notario, el cual se registraba en la Secretaría de Gobernación. El signo notarial, era la señal hecha a mano, con una figura determinada e idéntica, que usaban los notarios en la antigüedad.”¹⁷

Se establece que los notarios no son dueños de los protocolos sino depositarios, y la remisión de protocolos al archivo general, y su reposición del mismo, y se permitió la protocolación de documentos, es decir la incorporación física de éstos al registro notarial, con base al requerimiento de particulares o atendiendo a orden judicial, entre otros.

Se reguló el Decreto del 25 de agosto de 1916, en el cual ordenó a los notarios empastar los tomos de sus protocolos; el Decreto del 18 de junio de 1917, reguló lo relativo a la auténtica de firmas. El Decreto Legislativo del 29 de diciembre de 1929, suprimió la fianza para ejercer la profesión de notario.

Durante el gobierno de Jorge Ubico, se emitió una nueva Ley de notariado, la cual estaba contenida en el Decreto Legislativo número 2154, la cual era muy extensa y detallada. En 1940, por Decreto Legislativo número 2437 de fecha 13 de abril, se reglamentó los exámenes de práctica notarial.

¹⁷ Muñoz. **Ob. Cit.** Pág. 17.

1.1.3. Época actual

Por último, cabe mencionar el Decreto 314 del Congreso de la República, Código de Notariado, emitido con fecha 30 de noviembre de 1946, y sancionado con fecha 10 de diciembre de 1946, el cual entró en vigencia el 1 de enero de 1947, y que a la fecha se encuentra vigente, el cual ha sido objeto de varias reformas dentro de las cuales se puede mencionar:

El Decreto Ley 172, relativa al ejercicio del notariado, ya incorporada al Artículo cinco; El Decreto 38-74 del Congreso de la República, con respecto a las sanciones, incorporadas al Artículo 100.; El Decreto Ley 113-83, relativa a la inspección de protocolos, incorporada a los Artículos 84 y 86.; El Decreto Ley 35-84, relativa a testimonios especiales, incorporada a los Artículos cuatro y 37; El Decreto 62-86 que reguló lo relativo al depósito del protocolo del notario que salga temporalmente del país, reforma introducida al Artículo 27; El Decreto 28-87 del Congreso de la República, que se refiere a la legalización de fotocopias, fotostáticas y otros, introducida en los Artículos 54 y 55; El Decreto 62-87 por medio del Artículo 48 que derogó el Artículo 39; El Decreto 131-96 del Congreso de la República, que reformó el Artículo 11, respecto al pago de apertura de protocolo que antes era de dos quetzales y en la actualidad es de cincuenta quetzales.

Actualmente el campo de la actuación del notario no se circunscribe solo al Código de Notariado, porque existen otra leyes importantes que a continuación mencionare, tal es

el caso del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, que regula el trámite sucesorio, intestado y testamentario, cuando se sigue ante notario, además de la subasta voluntaria y la identificación de tercero. La Ley del Registro de Procesos Sucesorios Decreto 73-75 del Congreso de la República.

La ampliación del campo de la actuación del notario, Decreto 54-77 del Congreso de la República que contiene la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial en Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, donde permite que se tramiten determinados procesos, que antes debían de conocer necesariamente los jueces.

Es de mencionar la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República, que regula lo relativo al ejercicio del notariado en el exterior y a los documentos que provienen del extranjero.

Decreto 72-2001 del Congreso de la República, que contiene la Ley de Colegiación Profesional; Decreto 82-96 del Congreso de la República, que contiene la Ley del Timbre Forense y Notarial; Decreto Ley 106, Código Civil; Código de Comercio, Decreto 2-70 entre otras.

El desarrollo del derecho, en general, se encuentra vinculado, de forma indiscutible, al desarrollo social. Esta afirmación es imperativa, en virtud que si algo diferencia al notario como profesional, es su conocimiento técnico, profesional, filosófico e histórico de las funciones que lleva a cabo.

1.2. Principios propios del derecho notarial

Los principios notariales son los que determinan la actuación de los notarios, son estimados como los aspectos doctrinarios y filosóficos, fundamentales y necesarios de observar, que constituyen una guía en los diferentes ámbitos de aplicación y elaboración e interpretación de normas jurídicas, en los cuales deben de ser respetados, y en este sentido hacen posible el desenvolvimiento de los notarios de una manera más adecuada, siendo los siguientes:

- a. **De la forma:** Es la adecuación del acto a la forma jurídica, dicho en otras palabras, el derecho notarial preceptúa la forma en que debemos plasmar en el instrumento público, el acto o negocio jurídico que estamos documentando, es el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley, a efecto de darle plena validez al acto autorizado por un notario, ya que el no cumplimiento de las formalidades, conlleva la posibilidad de nulidad del acto, sea de manera absoluta o relativa. El Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 29 nos enumera los requisitos o formalidades para redactar un instrumento público ya que regula lo que estos deben contener, por lo tanto nos da la forma.

- b. **De intermediación:** Este recita que el notario siempre debe estar en contacto con las partes, y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público, pendiente con los asuntos que está tramitando en su despacho con relación a lo solicitado.

- c. Del consentimiento:** Este se refiere a la aceptación de forma expresa del requirente, por medio de la firma en los documentos en los que aparece, debe de tomarse en cuenta que dicho consentimiento siempre debe de estar libre de vicios, lo que significa que no debe existir hecho ilícito al momento en que el requirente firma en los documentos respectivos.
- d. Autenticación:** El notario con su intervención reviste de autenticidad los documentos que autoriza, a través de la fe pública otorgada por el Estado mediante ley, con el registro de la firma y sello debidamente en la Corte Suprema de Justicia.
- e. Publicidad:** Los actos que autoriza el notario son públicos; por medio de la autorización notarial se hace pública la voluntad de la persona, este principio tiene una excepción, y se refiere a los actos de última voluntad, testamentos y donaciones por causa de muerte, ya que estos se mantienen en reserva mientras viva el otorgante, como lo regula el Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 22 “Las escrituras matrices podrán consultarse por cualquier persona que tenga interés, en presencia del notario, exceptuándose los testamentos y donaciones por causa de muerte, mientras vivan los otorgantes, pues sólo a ellos corresponde ese derecho”.
- f. De rogación:** Este principio es fundamental a mi criterio, ya que la intervención del notario guatemalteco no puede ser de oficio, puesto que la intervención debe

ser a solicitud de parte o sea que debe ser requerido por la persona o personas interesadas.

- g. Seguridad jurídica:** Por la fe pública que el Estado le confiere a los notarios por medio de la ley, es decir que los actos que legaliza se tienen por ciertos, eso implica que tiene seguridad jurídica. Hay que considerar que la excepción en este caso es precepto que indica que se puede iniciar la nulidad o falsedad de dicho documento como lo establece el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece que “Los documentos autorizados por notario o funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad”.
- h. Fe pública:** Se puede afirmar que la fe pública es un principio real de derecho notarial, pues como ya lo indique anteriormente, esto hace que los documentos elaborados por notario creen certeza jurídica lo cual da legalidad a dichos documentos.
- i. Unidad del acto:** Este principio se basa en que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto. Por tal circunstancia lleva una fecha determinada, y no es lógico, ni legal que sea firmado un día por unos otorgantes y otro día por el otro, debe existir unidad de acto. Algunos instrumentos como el testamento y la donación por causa de muerte, llevan incluso hora de inicio y finalización según lo regulan los Artículos 42 y 44 del Código de Notariado,

Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala.

- j. **Función integral:** Este principio, se refiere a la función total que debe llevar a cabo el notario, quien en principio es contratado para un acto o contrato determinado, pero él debe cumplir con todas las obligaciones posteriores que del mismo se deriven o se relacionen. Como por ejemplo, en el momento que el notario es requerido para autorizar un matrimonio, la obligación principal radica en autorizar el matrimonio, lo cual lleva a cabo al faccionar y autorizar un acta notarial, pero su función no finaliza con la autorización, ya que está obligado, como parte de la función integral, protocolizar el acta, expedir los avisos correspondientes al Registro Nacional de las Personas.
- k. **De protocolo:** El protocolo es donde se plasman las escrituras matrices u originales y es necesario para la función notarial, debido a la perdurabilidad y seguridad en que quedan los instrumentos que el mismo contiene, así como la facilidad de obtener copias de ellos.

Lo relativo al protocolo está regulado en el Artículo ocho del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala que estipula "El protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con la ley."

Respecto al principio de protocolo, Muñoz citando a Neri, dice que "es un elemento de forzosa necesidad para el ejercicio de la función pública, por las evidentes ventajas que reporta de garantía y seguridad jurídica, por la fe pública y eficacia probatoria que trasuntan las escrituras matrizadas, por la adopción universal de que ha sido objeto, el protocolo se juzga un excepcional principio del derecho notarial."¹⁸

- I. **Unidad de contexto:** Conocido también como principio de especialidad, muy propio de Guatemala, y el cual está regulado en el Artículo 110 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, que estipula "Toda disposición que se emita para crear, suprimir o modificar los derechos y las obligaciones de los notarios que contiene esta ley, deberá hacerse como reforma expresa a la misma, a efecto que se conserve su unidad de contexto. En este concepto, queda prohibido la creación, supresión o modificación de aquellos derechos y obligaciones por medio de circulares administrativas o acuerdos gubernativos."

1.3. Características del derecho notarial

Pueden señalarse algunas características importantes del derecho notarial, como las siguientes:

¹⁸ Muñoz. **Ob. Cit.** Pág 29.

Es un derecho que actúa dentro de la llamada fase normal del derecho, o sea aquella zona en donde no existen derechos subjetivos en conflicto, en virtud de lo cual no existe conflicto, sino que, bajo condiciones de paz social e inexistencia de Litis, resuelven los asuntos de su interés mediante la convención y el acuerdo de voluntades, indicado en otros términos, el notario actúa dentro de un campo propio del derecho, caracterizado porque en él no existe confrontación o pleito, sino avenimiento de las partes, esto evidencia la diferencia de su función con respecto a la del Abogado, que actúa donde hay conflicto.

Confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos solemnizados en el instrumento público, es decir que garantiza el orden jurídico, ya que la función que ha sido encomendada al notario por el Estado, se justifica socialmente para que éste coadyuve al mantenimiento de certeza jurídica a los instrumentos y actos en que interviene en ejercicio de la fe pública de la cual se encuentra investido, es por ello que socialmente se justifica la búsqueda de los servicios profesionales del notario, para lograr esa seguridad y certeza jurídica.

Que aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad y a la ocurrencia de ciertos hechos de modo que se creen, concreten o robustezcan los derechos subjetivos, la aplicación del derecho objetivo es necesaria, pero debe ir concatenada a una declaración de voluntad y a la ocurrencia del hecho para concretar un derecho subjetivo. Dicho en otras palabras y ejemplificando, se puede decir, el Código Civil, regula lo que es el contrato de arrendamiento en el Artículo 1880 y

dispone que: “El arrendamiento es el contrato por el cual una de las partes se obliga a dar el uso o goce de una cosa por cierto tiempo, a otra que se obliga a pagar por ese uso o goce un precio determinado...” La anterior es una norma, que se encuentra establecida en la legislación guatemalteca, y es derecho objetivo; pasando ahora a la declaración de voluntad, una persona tiene interés en dar en arrendamiento un bien inmueble y otra persona necesita en arrendamiento un inmueble, la ocurrencia del hecho; y para concretarlo necesitan un instrumento en que se haga constar y de un notario que autorice.

Es un derecho cuya naturaleza jurídica no puede encasillarse en la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado es *sui generis*. Se relaciona con el primero en cuanto los notarios son depositarios de la función pública de fedación, y con el derecho privado, porque esa función se ejerce en la esfera de los derechos subjetivos de los particulares y porque el notariado latino típico es un profesional libre, desligado totalmente de la burocracia estatal.

Posee autonomía legislativa, ya que en materia de derecho, muchas son las ramas o sub-ramas que pretenden o han pretendido, a veces con éxito y otras no, obtener autonomía, lo cual finalmente se materializa en la promulgación de un cuerpo legal propio. El derecho notarial goza de autonomía legislativa, debido a que no depende ni se aglutina en otros cuerpos jurídicos.

CAPÍTULO II

2. Sistemas notariales

Para iniciar este tema es necesario dar una definición de sistema, que es el “Conjunto ordenado de principios o reglas acerca de una materia enlazados entre sí.”¹⁹

De conformidad con lo anterior, se puede definir un sistema notarial como el conjunto de principios y reglas que armonizados entre sí, permiten cumplir la función notarial, es decir con el quehacer del notario.

Los sistemas notariales de los diversos países han sido clasificados atendiendo a los distintos criterios, está el sistema de tipo latino y abierto, el cual manifiesta características que lo hacen ser el sistema más eficiente para ejercer el notariado, y que consiste en la autorización de instrumentos públicos por dos o más notarios en el protocolo notarial de uno de ellos, actuación que es susceptible de darse en el sistema mencionado, y por ende la importancia de analizar los sistemas notariales.

El profesor Eduardo B. Pondé, clasifica los sistemas de la siguiente manera: los de tipo latino o plenamente desarrollados, dentro de los cuales distingue los sistemas puros, existentes en la mayor parte de las naciones de Europa Occidental y Latinoamérica, los diferenciados o con notas características propias, y por ultimo “de evolución frustrada”, existentes en Inglaterra, Estados Unidos, Portugal, Venezuela.

¹⁹ Gracias. **Ob. Cit.** Pág. 51.

Una segunda clasificación atiende a la dependencia del notariado con respecto a los poderes públicos, distinguiendo entre notariado profesional o libre y notariado de funcionarios públicos y, en éstos incluye los notariados judiciales y los administrativos.

Una tercera clasificación se basa en el carácter de la función y agrupa a los sistemas en dos categorías: por un lado los notarios consejeros o juristas, y por el otro los que son simples fedatarios o fedantes, a lo que es lo mismo, notariados privado y público o notariado latino o sajón.

Otros criterios, se basan en el número limitado o ilimitado de notarías o en la existencia de una colegiación obligatoria, en que la corporación notarial está investida de funciones de supervisión y control del notariado, y distinguen, respectivamente, los notarios numerarios de los de libre ejercicio y los notariados colegiados de los no colegiados.

A manera de conclusión, indudablemente la clasificación de los sistemas notariales, es aquel que resulta de la combinación entre el criterio que atiende al carácter de la función notarial como al grado de independencia que ejercita el notario, lo cual se aglutina en cuatro grupos: a) El notariado de profesionales independientes o sistema latino o francés; b) Notariado de profesionales libres o sistema sajón; c) Notariado de funcionarios judiciales; d) Notariado de funcionarios administrativos.

Tomando en cuenta que la clasificación de los sistemas notariales que la doctrina tradicionalmente ha venido señalando, a continuación se describen los sistemas y sus principales características, de acuerdo a criterios teóricos, los cuales son los cuatro sistemas notariales enunciados en el párrafo anterior.

2.1. Sistema del notariado latino

Denominado también sistema francés, que es utilizado en la mayoría de países occidentales, debido a la gran influencia de la legislación francesa en los países europeos, ha logrado alcanzar un grado superior de madurez a los otros sistemas, por lo cual puede decirse que: El notario latino es "El profesional del derecho encargado de una función pública consistente en la autenticación de hechos y en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que dan fe de su contenido"²⁰.

La definición anterior es la más completa, que fue aprobada por la Unión Internacional del Notariado en el primer congreso de la Unión, celebrado en Buenos Aires, Argentina en 1948. Entre las características del notario latino se encuentran las siguientes: "Es asesor de las partes, interpreta la voluntad de las partes, redacta, lee y explica el documento, autoriza el instrumento imprimiéndole al acto el reconocimiento del Estado, conserva el instrumento, reproduce el instrumento, su cargo es por tiempo indefinido."²¹

²⁰ Muñoz. **Ob. Cit.** Pág. 41

²¹ Gracias. **Ob. Cit.** Pág. 52.

Dentro del sistema latino, hay que partir que únicamente pueden ejercer la profesión de notario, las personas que han estudiado a nivel universitario, y obtenido el título facultativo correspondiente. Guatemala a diferencia de otros países, el profesional del derecho obtiene de manera simultánea el grado académico de licenciatura, y los títulos de abogado y notario.

Con base en el título universitario que respalda al notario guatemalteco, y como un conocedor del derecho, está capacitado para cumplir la función asesora frente a los clientes que solicitan sus servicios profesionales, a quienes brinda la orientación legal así como técnica del caso del perfeccionamiento legal y formal del contrato o acto que deseen les autorice el notario.

El notario guatemalteco, con base en la información que recibe de las partes, está en la capacidad de adecuar esa voluntad con las correspondientes figuras formales y legales correspondientes que, en respeto del orden jurídico vigente, se adecuen de mejor forma a lo que interesa a esa voluntad negocial que manifiestan frente al notario.

El notario, informado acerca de la naturaleza y fin que persiguen las partes, establece la figura jurídica precisa que mejor responde a los intereses de las partes, para lo cual redacta el documento jurídico correspondiente, que refleja la voluntad de las partes.

Para garantizar la correspondencia entre el instrumento redactado y la voluntad de los clientes, el notario procede a dar lectura y a explicar, de manera exhaustiva, los

alcances legales que tiene el instrumento.

Una vez cumplido con lo anteriormente escrito, y habiendo quedado despejada cualquier duda, el notario puede autorizar el instrumento, con base en el reconocimiento de la fe pública que ostenta y que le ha sido otorgada por el Estado.

De manera adicional, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas notariales, el notario latino conserva el original del instrumento autorizado, al menos de los instrumentos que forman parte del registro notarial a su cargo. Por lo cual, las partes, como prueba documental legal y fehaciente, el notario únicamente puede entregarle copia de los instrumentos originales, a los cuales se le denomina primer testimonio. En ese orden de ideas, no resulta raro, cuando por primera vez se requiere los servicios profesionales de un notario, comprobar la extrañeza por parte del cliente al percatarse que el documento original queda en poder del notario y que a él, después de cubrir los honorarios y gastos correspondientes, únicamente se le hace entrega de una copia.

El notario latino, no es limitado en su ejercicio, a diferencia de lo que sucede en los otros sistemas notariales, ya que una vez se encuentra habilitado para el ejercicio, no está prevista restricción alguna en cuanto al tiempo en que podrá ejercer la profesión, salvo casos extraordinarios, en los cuales por incumplimiento de las obligaciones legales o inhabilitación por causas delictivas, puede ser suspendido del ejercicio profesional.

"Aspecto importante de hacer notar en el sistema latino, el número de notarías, puede ser limitado que se le conoce como notariado de número o numerario números clausus, que se sigue actualmente en muchos países de Europa y Latinoamérica, entre ellos Panamá y México, lo que significa que cada circunscripción territorial tiene preestablecido un número fijo de notarios, evidentemente es bien limitativo y conlleva desventajas de que por ser un número fijo, afecta el ejercicio liberal de la profesión y la libertad de contratar los servicios para los particulares." ²²

Por el contrario la de número ilimitado se le denomina libre, y no existiendo restricción en cuanto al número de notarías que pueden funcionar, y como su nombre lo indica, predomina la libertad de ejercer el notariado. Éste es el que reconoce Guatemala y en el resto de países centroamericanos, por lo que cualquier persona que reúna los requisitos puede ejercer libremente la profesión dentro de todo el ámbito territorial de su país.

En el caso de Guatemala, el notario puede ejercer su profesión inclusive en el exterior, cuando se trata de autorizar actos y contratos que surtirán efectos en Guatemala, tal como lo regula el Artículo 43 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República.

Entre otras, aplicando las características a Guatemala, se pueden mencionar las siguientes:

²² Gracias. **Ob. Cit.** Pág. 54.

- a. Pertenece a un colegio profesional, en el caso de Guatemala, al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, ya que se ejercen conjuntamente ambas profesiones.
- b. La responsabilidad en el ejercicio profesional es personal.
- c. El ejercicio puede ser cerrado o abierto, o limitado e ilimitado. El cerrado tiene limitaciones territoriales, más conocido como notariado de número o numerario. En Guatemala, el sistema es abierto, ya que no se tienen limitaciones dentro del territorio nacional. En algunos casos se puede actuar fuera del territorio nacional.
- d. Es incompatible con el ejercicio de cargos públicos que lleven aneja jurisdicción, así también los funcionarios y empleados de las municipalidades que devenguen sueldo del Estado o del municipio y el Presidente del Organismo Legislativo. Artículo 4 numeral 2º. y 3º. Del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República.
- e. Desempeña una función pública, pero no depende directamente de autoridad administrativa.
- f. Es un profesional del derecho, pero algunas de sus actuaciones son las de un funcionario público.

g. Existencia de un protocolo notarial en el que asienta todas las escrituras que autoriza.

Gracias, escribe que "Adicionalmente, como característica de los países que han estado bajo la influencia del Derecho Romano, es decir, del *Ius Comune*, para el ejercicio de la profesión tanto de Abogado como de Notario, es requisito haber estudiado en la universidad para obtener el correspondiente grado académico".²³

Actualmente en todo el mundo, son más de setenta países que utilizan el sistema notarial latino, ya que además de América, se utiliza en Europa, África, y Asia.

En Europa treinta y tres países, siendo ellos: Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Georgia, Hungría, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República de Macedonia, República San Marino, Rumanía, Rusia, Suiza, Turquía, Vaticano.

En América, veintitrés, siendo ellos, Argentina, Bolivia, Brasil, Québec en Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Luisiana en Estados Unidos, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela.

²³ Gracias. **Ob. Cit.** Págs. 51-52.

En África, son quince países: Argelia, Benín, Burkina Faso, Camerún, República Centroafricana, Shad, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Malí, Marruecos, Níger, Senegal y Togo.

Finalmente en Asia tres países: República Popular de China, Indonesia y Japón.

Los notariados miembros están representados por los respectivos colegios o consejos directivos o en su defecto por organismos análogos de carácter nacional y por las instituciones notariales de carácter regional o provincial, cada país tiene una sola voz.

Dentro del conjunto de sistemas notariales, es de importancia caracterizar al del notariado latino como aquel que, con base en la influencia ejercida por el derecho romano se basa en la aplicación del derecho escrito, en contraposición al derecho consuetudinario.

2.2 Sistema sajón

Conocido también como notariado de profesionales libres, Gracias lo cita de la siguiente manera "El sistema de notariado Sajón es el que se practica en Inglaterra y en los países que históricamente, se encontraron vinculados durante la época colonial al Reino Unido, entre los cuales se puede mencionar a los Estados Unidos de América, Canadá y Australia, entre otros".²⁴

²⁴ Gracias González, **Ob. Cit.** Pág. 55

El notariado sajón es de carácter privado, la función de los notarios, básicamente en algunas ocasiones son las siguientes: redacción de documentos, la identificación de personas, y la certificación de hechos y firmas. Dentro de este sistema los notarios deben ser personas de buenas costumbres, una conducta recta e intachable, a pesar de que su ejercicio es de carácter privado, es el Estado quien le señala los requisitos y límites.

Muñoz describe “La principal función del Notario Sajón es la de autenticar firmas en documentos que le llevan preparados, su actividad se concreta a dar fe de la firma o firmas. Los documentos son elaborados por las mismas partes o por Abogados que no tienen fe pública y requieren del Notario.”²⁵

Entre sus principales características están las siguientes:

- a) No entra a orientar sobre la redacción del documento, por lo tanto no da asesoría a las partes.
- b) Es necesaria una cultura general y algunos conocimientos legales, no es obligatorio tener título universitario.
- c) Se está obligado a prestar una fianza para garantizar la responsabilidad del ejercicio.

²⁵ Muñoz, **Ob. Cit.** Pág. 38

- d) La autorización para su ejercicio es temporal, pudiendo renovarse la autorización.
- e) Consecuencia lógica de que los notarios son profesionales libres, es que no existe colegio profesional, y no llevan protocolo.”²⁶

Oscar Salas señala “entre los requisitos para la obtención del cargo de notario, privan las buenas condiciones morales del solicitante. No se requieren conocimientos jurídicos especiales.”²⁷

Si bien es cierto, el sistema sajón no exige para el ejercicio del notariado ser un profesional del derecho, hay países en que el Estado otorga ese derecho bajo ciertas condicionantes, entre las cuales figuran tener conocimientos jurídicos, aptitudes y haber desarrollado prácticas profesionales. Tal es el caso de Inglaterra, el notario tiene dentro de sus principales características el hecho de ser un testigo profesional, y de no ejercer ninguna función pública, a pesar de que sus funciones están delimitadas por la ley.

Es testigo profesional porque su actuación no radica en dar autenticidad al contenido de la relación jurídica, sino en dar autenticidad a las firmas, en consecuencia dicho notario carece de poder fehaciente, es decir la autenticidad se refiere a las firmas intervinientes, sin que la totalidad del documento tenga valor probatorio.

²⁶ Muñoz. **Ob. Cit.** Pág. 37

²⁷ Salas, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá.** Pág. 234.

El sistema del notariado sajón se diferencia del sistema de notariado latino, en que no se exige asentar las escrituras matrices, y otros documentos en el registro notarial a su cargo, dicha diferencia constituye un elemento básico para el ejercicio profesional, a lo que en el sistema sajón no existen protocolos, por lo que al momento de autorizar un documento, el notario devuelve el original al requirente.

En los bufetes de abogados norteamericanos es usual que todas las secretarías sean notarios, de lo anteriormente expuesto es notable, que en este sistema, el no tener un protocolo, y no tener la obligación a guardar copia de los documentos que autentica, da como consecuencia un problema sobre la seguridad jurídica de los actos y contratos, por lo que al momento de extravío de dichos documentos, restituirlos es imposible, siendo el caso que la única manera de resolver el problema sería la buena fe de las partes, tanto para reponer dicho documento, como para el cumplimiento del negocio jurídico.

Entre los países que utilizan el sistema sajón: Estados Unidos, (excepto Louisiana), Canadá (excepto Québec); Suecia, Noruega, Dinamarca e Inglaterra.

En conclusión, en el sistema sajón el notario es un profesional libre, es decir que no está obligado a una colegiación forzosa, por no existir un colegio profesional, otra diferencia con el sistema latino, y tampoco ejerce una función pública, puesto que su intervención no hace el documento solemne ni auténtico, ya que solo se limita a autenticar la firma de quien lo requiera.

2.3 Notariado de funcionarios judiciales

Es el sistema notarial en el cual la función notarial es ejercida por los tribunales de justicia, por medio de funcionarios judiciales, por lo tanto el notariado se convierte en una magistratura judicial, de jurisdicción obligatoria y cerrada. Gracias, cita a Salas y "refiere que se utiliza en los estados alemanes de Wüttemberg y Baden".²⁸

Los instrumentos públicos autorizados por funcionarios judiciales, se les denominan resoluciones judiciales, por lo que son válidos frente a terceros y producen autoridad de cosa juzgada, por poseer jurisdicción el notario autorizante. La resolución emitida es imprescindible de eficacia de los actos jurídicos, que proviene directamente de la ley. Esta concepción de la función notarial como parte de la judicial, es un resabio del Derecho Romano.

Es importante resaltar, que en Guatemala existe dentro del propio Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República, en su Artículo seis numeral uno, la previsión de que pueden también ejercer el notariado 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 sus servicios.

De lo anteriormente escrito, es importante hacer notar que en dicho Código de Notariado, el legislador, aplicó únicamente casos de excepción, el añejo criterio de los

²⁸ Gracias. **Ob. Cit.** Pág. 56

funcionarios judiciales ejerciendo la función notarial. Cuando el citado Código de Notariado fue promulgado, existían pocos notarios, y por razones de orden práctico entonces, fue necesario extender la autorización de cartular a determinados funcionarios judiciales, pero únicamente en casos de excepción.

En países desarrollados, en donde el notariado ha logrado alcanzar un alto grado de desarrollo y madurez tanto doctrinal como práctica, la función notarial es completamente ejercida por notarios, por las razones expuestas, puedo concluir que la institución notarial ejercida por funcionarios judiciales, es hoy completamente obsoleta.

2.4 Notariado de funcionarios administrativos

Este tipo es conocido como sistema estatal, la función notarial se establece como un servicio que presta el Estado a los particulares, de manera específica por parte del poder ejecutivo a través de funcionarios, que reciben un salario por parte del Gobierno. Los instrumentos autorizados por dichos funcionarios gozan de plena validez y autenticidad, los cuales son oponibles frente a terceros, y los documentos originales forman parte de los archivos públicos, es de mencionar bajo ese sistema a la república de Cuba.

Muñoz cita a Carlos Emérito González, quien afirma que este sistema se caracteriza: *“por su dependencia plena del poder administrador. La función notarial es de directa relación entre el particular y el Estado; las facultades están regladas por las leyes. Los*

notarios son empleados públicos, servidores de la oficina del Estado, y las oficinas son de demarcación cerrada. En cuanto a la eficacia del instrumento público, por ser actos derivados del poder del Estado tienen la máxima eficiencia de efectos, su valor es público y absoluto, los originales pertenecen al Estado que los conserva al igual que los expedientes y demás documentos de la administración”.²⁹

En el caso de Guatemala, la función notarial la ejerce el escribano de Gobierno, funcionario que depende del Ministerio de Gobernación, y que tiene, como parte de sus funciones, la responsabilidad de autorizar como notario, todos los contratos y actos en los que intervenga el Estado como parte de los mismos, el Código de Notariado en su Artículo 6 numeral 3, regula que pueden ejercer el notariado: “Los empleados que están instituidos precisamente para el ejercicio de funciones notariales, las que no podrán ejercer con carácter particular”.

“En Guatemala, el único vestigio que tenemos es un Notario Funcionario Público, lo encontramos en el Escribano de Gobierno, que es un Notario empleado del Estado que ejerce, pero con la diferencia que no sirve a los particulares”.³⁰

Es evidente, que tanto el sistema de funcionarios judiciales como el de funcionarios administrativos, existe una tendencia centralizadora por parte del Estado a no delegar la función notarial, evitando con ello la delegación y recargando a la administración pública con la función notarial.

²⁹ Muñoz., **Ob. Cit.** Pág. 40.

³⁰ Ibid.

Por lo tanto, conlleva la posibilidad de que dicha función notarial pueda tornarse lenta y de difícil prestación a los particulares, lo que dificulta la posibilidad de contratación y prestación de la función notarial a los particulares.

CAPÍTULO III

3. Función notarial

Ossorio define la palabra función de la manera siguiente “Desempeño de empleo, cargo, facultad u oficio. / Tarea, ocupación. / Atribuciones. / Cometido, obligaciones. / Finalidad.”³¹

Para Fernández del Castillo la actividad del notario consiste en “escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar, conservar y reproducir el instrumento.”³²

De lo anterior, se puede decir que cuando se habla de función notarial, se hace referencia a cuáles son las facultades, las atribuciones el cometido y la finalidad del ejercicio de la profesión de notario, es decir, las actividades profesionales del notario para cumplir su objetivo, en otras palabras el quehacer del notario

La función notarial es actividad propia del notario, para llevarla a cabo debe realizarla con ética, moral, y eficazmente, va más allá del desempeño de lo que es su quehacer. En ese sentido, Gracias cita el mensaje sobre el contenido de la función notarial, dirigido por el Papa Pablo VI a la Unión Internacional del Notariado Latino, con motivo de su VIII Congreso, celebrado el 3 de octubre de 1965 en la ciudad de México:

³¹ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 430.

³² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. **Ética notarial.** Pág. 129

“La función notarial, aunque diversa en sus modalidades prácticas, según los diversos ordenamientos civiles de los pueblos, tiene su intrínseca razón de ser en la sociabilidad y solidaridad humanas, las cuales exigen plena seguridad en la formación de las relaciones de derecho, exacta constatación de los hechos y de los actos jurídicos, y fiel conservación y pública disponibilidad de sus pruebas, como condiciones para la actuación y preservación del orden civil y social en la armonía de la justicia”.³³

Por su parte Muñoz cita la definición provista en el Primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, realizado en Buenos Aires, Argentina en el año de 1948, la cual dice: “El notario es el profesional del derecho, encargado de una función pública, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fe de su contenido.”³⁴

Misma que contiene los elementos necesarios para comprender en qué consiste la función notarial, por tanto, los aspectos que comprende la función notarial son los siguientes:

- 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, llamada fase modeladora o formativa

³³ Gracias. **Ob. Cit.** Pág. 132

³⁴ Muñoz. **Ob. Cit.** Pág. 59.

y 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.

3.1 Teorías que explican la función notarial

En Guatemala, la explicación sobre la naturaleza de la función notarial, tradicional, se ha realizado con base en el enfoque del estudio realizado por Salas. Con base en el planteamiento de este autor, tres son las doctrinas que explican la función notarial: "a) Doctrina funcionarista; b) Doctrina profesionalista, y c) Doctrina ecléctica."³⁵

3.1.1 Doctrina funcionarista

La tesis funcionarista tiene ilustres seguidores, como Castán Tobeñas y González Palomino, tiene común a ellos atribuir al notario el carácter de funcionario público aunque difieren en cuanto a la rama de los poderes públicos a que pertenecen.

Acorde esta doctrina, la función que realiza el notario se cumple en nombre Estado como funcionario público. En un análisis histórico, fácilmente se puede comprobar que esta función pública inicialmente estuvo a cargo de funcionarios del Estado, y posteriormente este la delego en notarios.

³⁵ Salas. **Ob. Cit.** Pág. 95.

En este sentido, han sido importantes las aportaciones de Castán, sobre las posiciones doctrinales para el encuadramiento de la función notarial, desde el punto de vista de esta teoría. Al respecto ha señalado las siguientes tendencias:

“a) 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.

b) Para otro sector doctrinario, la función notarial no puede ser encuadrada dentro de la clásica división trimembre de poderes del Estado (ejecutivo, legislativo, judicial). Al respecto señalan que, según estos autores, es Estado, además, posee un poder certificante que en buena medida confía al notario, o bien, una función autorizante instrumental como decía Otero Valentín.

c) Una tercera posición, considera que la función notarial es asimilable a una función jurisdiccional, pero del tipo llamada jurisdicción voluntaria, en donde no hay contienda (o litis), sino convergencia de voluntades, ni tampoco se produce el efecto de cosa juzgada.”³⁶

De lo anteriormente argumentado, 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.

³⁶ Giménez Arnau, Enrique. **Derecho notarial**. Pág. 64.

3.1.2 Doctrina profesionalista

En el polo opuesto de las posiciones funcionaristas, para esta doctrina, su principal argumento, es el aspecto esencial que caracteriza la naturaleza jurídica de la función notarial, y radica en que quien la desempeña es un profesional y técnico del derecho. Por tanto, contradicen 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 técnico y profesional. Dentro de la argumentación que la actividad certificante no es exclusiva del Estado, más bien la potestad certificante es una creación legal.

3.1.3 Doctrina ecléctica

El grupo de autores que integra esta corriente de pensamiento, toma aspectos tanto de la doctrina funcionarista, como de la profesionalista. Se considera el ejercicio del notariado como una función pública a cargo de un profesional privado. El notario realiza, por lo tanto una función pública, sin ser un funcionario público.

Esta teoría es la que más se adapta a Guatemala, en donde el notario es un profesional del derecho, encargado de una función pública, en donde se ejerce como profesión liberal en la que los particulares pagan los honorarios, no se es dependiente,

no se requiere nombramiento, no está enrolado en la administración pública, no se devenga sueldo del estado.

3.2 Encuadramiento de la función notarial

El encuadramiento de la función notarial, es la delimitación del campo en el cual puede el notario ejercer su profesión, y puede darse en varias maneras, tal como lo manifiesta Gracias, las cuales son "a) En la actividad del Estado; b) En el ejercicio de la profesión liberal y, c) En el ejercicio mixto de la profesión"³⁷

- a.** En la actividad del Estado: La función que el notario realiza dentro de la administración pública, o en los entes descentralizados o autónomos, la mayoría de las veces, es de asesoría, emisión de dictámenes u opiniones, así como coadyuvar al control de la legalidad. Por lo que el Estado, se convierte en un demandante de los servicios profesionales del notario, ya que en todas las instituciones hay un asesor legal, que reúne la condición de abogado y notario.

- b.** En el ejercicio de la profesión liberal: El ejercicio liberal de la profesión consiste en que el notario trabaja de manera independiente, prestando sus servicios profesionales a los particulares, y pactando libremente las condiciones sobre la contratación de la asistencia que deba prestarles.

³⁷ Gracias. **Ob. Cit.** Pág. 142.

- c. En el ejercicio mixto de la profesión: Otra alternativa para ejercer el notariado, y consiste en que el notario pueda desempeñarse trabajando para una institución del Estado, durante medio tiempo o tiempo parcial, es decir, durante un periodo inferior a la jornada ordinaria de trabajo (8 horas), y, a la vez, se desempeñe por su propia cuenta ofreciendo sus servicios en su propio bufete u oficina profesional.

3.3 Funciones que desarrolla el notario

Es la actuación jurídica y técnica que el notario realiza con las personas que requieren sus servicios profesionales, es decir, la actividad que realiza para llegar a materializar la voluntad de las partes en un instrumento público, en congruencia con la legislación vigente, y en algunos casos, con el ejercicio de la fe pública que el Estado le reconoce expresamente en los instrumentos que autorice.

3.3.1 Función receptiva

Es la primera función que realiza el notario en su quehacer profesional frente al cliente, y en vista de que la mayoría, no conocen el derecho, el notario debe escuchar atentamente todas las circunstancias, hechos y antecedentes que las partes le transmitan en forma verbal.

La función receptiva se sucede en el momento en que el notario es requerido a prestar

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

El cliente aquí es el emisor y el notario el receptor, a esta función que podemos denominar la primera fase en la constitución de lo que será finalmente el instrumento público o el documento notarial.

3.3.2 Función directiva o asesora

Una vez culminada la función receptiva, el profesional deberá proceder a realizar la función directiva o asesora. Después de haber recibido la información sobre el propósito objeto de interés del cliente, así como la intención y voluntad que les anima, procede a orientar a sus clientes.

Como ya se dijo antes, el notario es una persona versada en derecho, es así como él puede interpretar la voluntad de las partes. Después de recibir la solicitud de sus clientes, él las interpreta, las dirige, las asesora, sobre el negocio que pretenden celebrar, aconsejando sobre el particular. Es, por así decirlo, 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.

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 hacer estudiar y analizar la información y proponer lo que considera, según su buen criterio, la mejor alternativa.

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.

3.3.3 Función preventiva

Esta función la desarrolla el notario, cuando previene problemas, cuando se adelanta a ellos, 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 tales como los avisos a los distintos registros, los pagos de impuestos, notificaciones, publicación de edictos, entre otras.

Uno de los objetivos del derecho notarial consiste en proveer de certeza jurídica a las personas, contribuir a la realización del derecho desde la perspectiva de su norma realización. En ejercicio de estas facultades legales de que disponen las personas, y que les reconoce el derecho positivo, el notario, como profesional del derecho, debe prever todas esas circunstancias que devendrán al realizar su función.

Por lo tanto, debe tenerse presente que, desde el punto de vista adjetivo, se ha señalado como una característica de los documentos autorizados por notario, la virtud de constituir prueba para el futuro, o bien que representen la prueba pre-constituida reconocida dentro del ordenamiento jurídico vigente Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil. El documento autorizado por notario se caracteriza porque los efectos del mismo no se proyectan ni se extinguen en el presente, sino devienen más allá inclusive de la vida misma de las partes, por lo que todo ello debe ser considerado y cumplido como una de las fundamentales funciones del quehacer notarial.

3.3.4 Función legitimadora

La legitimación es la reunión de los elementos necesarios para ser parte de una relación jurídica determinada, como ser el ejercicio de un derecho, atribución o facultad. Legitimar es “justificar o probar la verdad de una cosa o la calidad de una persona o cosa conforme a las leyes.”³⁸

De esta forma la función legitimadora la desarrolla el notario cuando, legitima a las partes que requieren sus servicios, por un lado que sean las personas que efectivamente dicen ser, por medio del documento personal de identificación, y por otro que efectivamente sean los titulares de los derechos sobre los que se pretende hacer el negocio jurídico.

³⁸ Palomar de Miguel, Juan. **Diccionario de juristas**. Pág. 905.

Si actúan en nombre de otro, deben acreditar la representación, la cual a juicio del notario, como experto, como perito, y de conformidad con la ley que él conoce y maneja, debe ser suficiente. Tal como lo establece el Artículo 29, numeral cinco del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República, la fórmula que indica: la representación que se ejercita es suficiente conforme a la ley y a mi juicio para el presente acto, es decir, que encierra la función legitimadora.

3.3.5 Función modeladora

La síntesis de las funciones anteriormente descritas, se realiza en el momento que el notario plasma, da forma, 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. 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, la precisión terminológica y demás elementos que responden al complejo cultural del cual se encuentra revestido el notario.

Es por eso que la función modeladora, es de las más fundamentales e importantes que realiza el notario, debido a que a través de la misma se demuestra 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.

3.3.6 Función autenticadora

Autentica según la profesora Mabel, es “Algo cierto y positivo, por la naturaleza adjudicada y por la comprobación de persona autorizada. //Autorizado// Legalizado. // Lo que hace plena fe.”³⁹ Por tanto interesa saber que es autenticar, a lo cual se puede definir jurídicamente a lo que equivale a legalizar, a acreditar que la cosa de que se trata es auténtica.

Al realizar la función autenticadora, se le da también autenticidad al acto o contrato contenido en el instrumento, es la manifestación material, externa y perceptible de la función que realiza el notario y se manifiesta, las más de las veces, con la expresión **ANTE MÍ** o en determinados casos, **POR MÍ y ANTE MÍ**, seguida de la firma y sello del notario.

Por su parte el maestro Ricardo Alvarado le llama a esta función “La autorización, es una de las funciones que realiza el Notario, como fedatario, para dar validez legal plena al instrumento público faccionado. Está conformada por un solo elemento, mediante el cual el Notario da fe de la veracidad de lo que se expresa en el instrumento público, que se ha cumplido con lo establecido por la ley para el acto en cuestión y que las

³⁹ Goldstein, Mabel. **Diccionario juridico consultor magno**. Pág. 82.

partes suscribieron, en su presencia, la escritura matriz.⁴⁰

Por lo tanto los instrumentos que autorice el notario, se tendrán por ciertos y auténticos, dando legalidad y credibilidad a los mismos, y tendrán este carácter mientras no se pruebe lo contrario. Ya que dichos documentos producen fe y hacen plena prueba en juicio según lo regula el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto 107. En virtud de lo cual, se hace responsable, legalmente, en forma personal, sobre el instrumento que autorizó dentro de su quehacer profesional, con lo cual el documento podrá cumplir con sus fines dentro del ámbito social y legal.

3.4. Finalidad de la función notarial

La función notarial persigue tres finalidades: seguridad, valor y permanencia

“a. 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, entre otros, para materializar ese medio que provea la busca seguridad o certeza jurídica.

b. Valor: Según el mismo autor, es la utilidad, aptitud, fuerza, eficacia para producir efectos. La actuación del notario da valor jurídico, y este valor es amplio, ya que

⁴⁰ Alvarado Sandoval, Ricardo y José Antonio Gracias Gonzáles. **El notario ante la contratación civil y mercantil.** Pág. 44.

es también ante terceros, es la eficacia y fuerza que otorga la intervención del notario entre partes y frente a terceros, por lo que persigue darle utilidad, aptitud y fuerza a la función notarial.

c. Permanencia: Este se relaciona con el factor tiempo, una de las significativas ventajas que ostenta el documento notarial, está representada por la permanencia y durabilidad del instrumento que autoriza. En particular, para el caso del derecho notarial guatemalteco, en lo que se refiere a escrituras matrices.⁴¹

El sistema notarial latino, como se indicó oportunamente, se caracteriza por la obligatoriedad de la conservación de los instrumentos públicos originales, lo cual se logra con el protocolo. La conservación del instrumento, así respaldada, constituye otro elemento coadyuvante para la realización normal del derecho, es decir, para cumplimentar 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 del original.

⁴¹ Carral y de Teresa, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. Pág. 100.

CAPÍTULO IV

4. Diferencia entre derecho vigente y derecho positivo

Puedo afirmar que del constante estudio realizado en la presente investigación, he arribado a la conclusión, que dicho sea de paso, es conocido por todos los estudiosos del derecho; y es que existen diferencias claramente enmarcadas en cuanto a definir el Derecho vigente así como el Derecho positivo y para el efecto de una mejor interpretación aquí unas definiciones del tema que nos ocupa.

- a. **Derecho vigente:** García Máynez, lo define "Llamamos orden jurídico vigente al conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias. El derecho vigente está integrado tanto por las reglas de origen consuetudinario que el poder público reconoce, como los preceptos que formula."⁴²

- b. **Derecho positivo:** "Conjunto de normas jurídicas emanadas de autoridad competente y que esta reconoce y aplica. //Conjunto de leyes vigentes en un país."⁴³

Fue de particular interés el hacer alusión de las definiciones antes descritas, en virtud de que dentro nuestro ordenamiento jurídico, existe un sinfín de leyes que contienen

⁴² García Máynez, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 37.

⁴³ Goldstein. **Ob. Cit.** Pág. 213.

normas de carácter vigente pero que no son aplicables a nuestra sociedad, tal es el caso del Derecho Penal guatemalteco con la regulación de la pena de muerte y su no aplicabilidad, es lo que da como resultado un claro ejemplo de la vigencia de un derecho pero de su no aplicación que a su vez no lo hace positivo.

Es por ello que en la presente investigación hago el aporte o la proposición de reformar el Artículo seis numeral uno, por las razones que dentro del presente capítulo trataré más adelante.

4.1. Fin de la vigencia de la ley

La vigencia de la ley termina cuando pierde su fuerza obligatoria, teóricamente el proceso de reforma de las normas jurídicas se puede dar por dos formas, la derogación y la abrogación, aunque en la práctica legislativa solo se utiliza el término derogación.

El Licenciado Omar Garnica derogación lo define “Esta se da cuando una nueva ley anula solamente algunos artículos o párrafos del contenido de una anterior – Art. 8 LOJ y Art. 22 Disposiciones Transitorias y Finales CPRG.”⁴⁴

Ossorio, lo define como “Literalmente, *derogar* significa dejar sin efecto o suprimir parcialmente una ley; pero, comúnmente, se usa como sinónimo de abrogar o suprimir una ley en su totalidad. *Derogación*, entonces es el acto de proceder, mediante

⁴⁴ Garnica Enríquez, Omar Francisco. **La fase pública del examen técnico profesional**. Pág. 149.

disposición posterior, a dejar sin efecto, en todo o en parte, un precepto jurídico precedente. (V. ABROGACIÓN.)”⁴⁵

En principio toda ley posterior deroga a la anterior por aplicación del axioma jurídico “*Lex posterior derogat priori*”.

Existen dos clases de derogación, a) la expresa cuando el legislador determina concretamente que la nueva norma reemplaza a la anterior o la deja simplemente sin efecto y b) la tácita, resulta de la incompatibilidad entre el precepto nuevo y el antiguo, por disponer ambos sobre la misma materia y en términos contrapuestos, claro ejemplo de esto se encuentra regulado en el Artículo 110 del ya citado Código de Notariado, donde indica que cualquier reforma al referido Código debe ser de forma expresa.

El Código Civil Español, en su Artículo dos numeral dos establece “Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se obtendrá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de la ley no recobran su vigencia las que ésta hubiere derogado”.

De igual forma en el Artículo ocho de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala, Decreto 2-89 del Congreso de la República, establece, en qué momentos una ley, queda derogada “Las leyes se derogan por leyes posteriores.

⁴⁵ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 314.

- a. Por declaración expresa de las nuevas leyes
- b. Parcialmente, por incompatibilidad de disposiciones contenidas en las leyes nuevas con las precedentes.
- c. Totalmente porque la nueva ley regule, por completo, la materia considerada por la anterior.
- d. Total o parcialmente, por declaración de inconstitucionalidad, dictada en sentencia firme por la Corte de Constitucionalidad.

Por el hecho de la derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado”.

Máynez define la palabra abrogada como “El acto por el cual se priva a la ley de su fuerza”, se llama usualmente derogación. En realidad existen dos palabras que pueden expresar la idea, aun cuando su significado no es idéntico; son los términos abrogación y derogación; abrogar significa quitar su fuerza a la ley en todas sus partes; derogar quiere decir abolir la ley sólo en algunos de sus preceptos.”⁴⁶

A mi criterio es importante resaltar, para que una ley pierda su vigencia ya sea de forma total o parcialmente, es indispensable que otra ulterior la abrogue o derogue, ya

⁴⁶ García Máynez. **Ob. Cit.** Pág. 39.

sea de manera expresa, o sea de forma supuesta, por lo tanto al no existir ninguna ley que haya reformado, modificado o suprimido el numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado, este sigue vigente, puesto que la circunstancia de que una ley no sea obedecida, no quita a esta su vigencia, y que el precepto que no se cumple sigue con vigor mientras otra ley no lo derogue.

4.2. Análisis del numeral uno, Artículo seis como derecho vigente

Para entrar en materia, el Artículo seis del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala en su numeral uno regula "Pueden ejercer el notariado: Los jueces de Primera Instancia, en las cabeceras de su jurisdicción en que no hubiere notario hábil, o si habiéndolo estuviere imposibilitado o se negare a prestar sus servicios. En tal caso, harán constar en la propia escritura el motivo de su actuación notarial. La infracción de ese precepto o la inexactitud de motivo de su actuación como notario, no anula el documento, pero sí obliga al Juez al pago de una multa equivalente al doble de los honorarios que le correspondieren conforme al arancel. La multa será impuesta por la Corte Suprema de Justicia e ingresará a la Tesorería de fondos Judiciales".

Como quedó establecido en el Artículo descrito anteriormente, por un lado faculta a los jueces de primera instancia para poder ejercer el notariado, y por otro regula la circunstancia en la cual los limita de forma excepcional para poderlo ejercerlo, siendo aquellos casos donde no hubiere un notario habilitado para el ejercicio de la profesión,

o si por el contrario, habiéndolo, dicho profesional tuviere algún impedimento, incompatibilidad o simplemente no quisiere prestar sus servicios profesionales.

Y al momento de que los jueces ejerzan el notariado, dicha actuación como notario tendrán que hacerlo constar en la escritura que hayan autorizado obligatoriamente, puesto que al no hacerlo no anula el instrumento público, pero se hacen acreedores de una multa.

En primer lugar, y de conformidad con el Artículo 110 del ya referido Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República, en el cual se prescribe el denominado principio de unidad de contexto o de especialidad, estipula que “toda disposición que se emita para crear, suprimir o modificar los derechos y las obligaciones de los notarios que contiene esta ley, deberá hacerse como reforma expresa a la misma, a efecto de que conserve su unidad de contexto. En este concepto, queda prohibido la creación, supresión o modificación de aquellos derechos y obligaciones por medio de circulares administrativas o acuerdos gubernativos.”

Y en segundo lugar, es importante resaltar lo relativo a las prohibiciones de jueces y magistrados se encuentra regulado en la Ley del Organismo Judicial, en su Artículo 70, literal g) “Ejercer las prohibiciones de abogado y notario . . .”.

Por su parte, la citada Ley del Organismo Judicial, en su Artículo 10 regula la interpretación de la ley “Las normas se interpretarán conforme a su texto según el

sentido propio de sus palabras, a su contexto de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu”.

De lo anteriormente manifestado, es indiscutible que en el presente caso, la disposición de un cuerpo legal especial, como lo es la Ley del Organismo Judicial ya citada, de hecho, en su Artículo 70 literal g), suprime una función reconocida a los jueces de primera instancia para ejercer el notariado, así como también la misma viola el principio de unidad de contexto.

4.3. Reforma al numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado, por ser derecho vigente pero no positivo.

Este capítulo constituye el corolario de la presente investigación, por lo que en el mismo se reúnen los criterios por medio de los cuales se sustenta la conclusión, a efecto de fundamentar teóricamente la necesidad de reformar el numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República.

Por lo tanto, no todo derecho vigente es positivo, ni todo derecho positivo es vigente, la vigencia es atributo puramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él. Por lo tanto las disposiciones que el legislador crea tienen vigencia en todo caso, mas no siempre son cumplidas.

El imperio de la ley lo define la maestra Goldstein como "Régimen jurídico en el cual los gobernantes y sus agentes se hallan sometidos, para sus decisiones particulares, a la observancia de las normas de Derecho sentadas por las leyes y los reglamentos. // Reconocimiento del principio de legalidad."⁴⁷

El imperio de la ley se extiende a toda persona, nacional o extranjera, residente o en tránsito, salvo las disposiciones del derecho internacional aceptadas por Guatemala, así como a todo el territorio de la República.

Asimismo, el Artículo tres de la ya referida Ley del Organismo Judicial, establece: "Primacía de la ley. Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario".

En virtud de lo que establece la lectura del precepto que antecede, revela la posibilidad de que una disposición legal conserve su vigencia, aun cuando no sea cumplida ni aplicada, como es el caso del Artículo seis numeral uno del Código de Notariado, y obligue a todos los sujetos a quienes se dirige, incluso en la hipótesis de que exista una práctica opuesta a lo que ordena.

El análisis anterior tiene su asidero en que hoy por hoy en Guatemala, existen un aproximado de 22,000 abogados y notarios colegiados, de los cuales es indiscutible que no todos estén en el ejercicio liberal de la profesión, ya sea por algunos de los

⁴⁷ Goldstein. **Ob. Cit.** Pág.313.

motivos siguientes:

- a. Por fallecimiento
- b. Por ocupar un cargo publico
- c. Por inhabilitación especial o absoluta de los Abogados y Notarios condenados por delitos establecidos en el Artículo tres numeral cuatro del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República.
- d. Por jubilación
- e. O simplemente porque no se ejerce la profesión de Notario.

Aun con las causales anteriores, existe una cantidad razonable de Notarios, siendo un estimado de 21,687 colegiados al 15 de Abril de 2015, según información del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

Razón por la cual se hace necesaria la reforma al numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado, por lo anteriormente expuesto, es indispensable hacer notar que el referido numeral ya no es positivo, porque dicha función en la actualidad ya no es ejercida por los jueces.

4.4. Inaplicabilidad del numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado

De lo anteriormente escrito, es importante hacer notar que dicho Código de Notariado entró en vigencia el uno de enero de 1947, en ese entonces, en Guatemala no habían suficientes notarios para ejercer la profesión, por eso el legislador, solamente aplicó únicamente casos de excepción, el añejo criterio de los funcionarios judiciales ejerciendo la función notarial, cuando el citado Código de Notariado fue promulgado, por razones de orden práctico entonces, fue necesario extender la autorización de cartular a los jueces de primera instancia, pero únicamente en casos de excepción.

En la actualidad, los jueces de primera instancia ya no realizan la actuación notarial, puesto que hay un número suficiente de notarios que ejercen la profesión, por lo tanto los jueces ejercen la función jurisdiccional tal como lo regula la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República, en el Título III Función Jurisdiccional en su Artículo 57 regula que: “La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley, a los cuales corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado”.

Por su parte la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 203 estipula que: “La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado”.

Por lo anteriormente expuesto a los jueces les corresponde la potestad de administrar justicia, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas generales y abstractas a los casos concretos que deben decidir, es decir la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto; específicamente el poder judicial, lo que hace clara la facultad del Juez por imperio de la ley de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.

Por lo anterior, el ponente llega a la conclusión que el numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado por falta de aplicación, es derecho vigente no positivo en virtud que en Guatemala los jueces de primera instancia no ejercen el notariado.

4.5. Aporte

Propuesta de reforma del numeral uno, Artículo seis del Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala.

Con base en lo anterior se determina que es necesario reformar el numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República, debido a que la misma carece de aplicabilidad práctica, por lo que se propone la siguiente reforma:

4.5.1. Artículo seis (actualmente)

Artículo seis.- Pueden ejercer el notariado:

1. Los jueces de Primera Instancia, en las cabeceras de su jurisdicción en que no hubiere notario hábil, o si habiéndolo estuviere imposibilitado o se negare a prestar sus servicios. En tal caso, harán constar en la propia escritura el motivo de su actuación notarial. La infracción de ese precepto o la inexactitud de motivo de su actuación como notario, no anula el documento, pero sí obliga al Juez al pago de una multa equivalente al doble de los honorarios que le correspondieren conforme al 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.

4.5.2. Artículo seis (propuesta de reforma)

Pueden ejercer el notariado:

1. Los cónsules o los agentes diplomáticos de la República, acreditados y residentes en el exterior, que sean notarios hábiles conforme esta ley.
2. Los empleados que están instituidos precisamente para el ejercicio de funciones notariales, las que no podrán ejercer con carácter particular.

Esto con el objeto de encontrarnos ante una norma vigente que en la práctica no es aplicable, por existir en la actualidad una cantidad suficientes de notarios, quienes realizan la función notarial.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El problema detectado es que toda nueva ley creada y que derogue tácitamente cualquier artículo del Código de Notariado, debe hacerse de forma expresa, sin embargo el numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado (1946) solamente fue tácitamente derogado con la promulgación de la ley del Organismo Judicial (1989) según el Artículo 70 literal g).

Por lo anteriormente expuesto, como fundamento legal se tiene el Artículo 110 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala.

En respuesta de cómo resolver el problema planteado, fue imprescindible hacer un análisis y confrontación de los Artículos seis y Artículo 110 del Código de Notariado; y los Artículos ocho y 70 de la Ley del Organismo Judicial, llegando a la conclusión de que la norma es clara, no hay ninguna ley que haya venido a derogar de forma expresa, por lo tanto es un derecho vigente no positivo.

Con base en lo anterior, se recomienda al ente legislador, que se derogue de forma expresa el numeral uno del Artículo seis del Código de Notariado (1946), porque la función notarial preceptuada en dicho numeral fue prohibida a los jueces en la Ley del Organismo Judicial (1989).



BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y José Antonio Gracias González. **El notario ante la contratación civil y mercantil**. 4ªed., Guatemala: Ed. Estudiantil Fenix., 2011.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. 3ªed., México: Ed. Porrúa. S.A., 1976.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. 9ªed., México: Ed. Porrúa S.A., 1960.
- GARNICA ENRÍQUEZ, Omar Francisco. **La fase pública del examen técnico profesional**. 2ªed., Guatemala: Ed. Editorial Estudiantil Fenix, 2014.
- GOLDSTEIN, Mabel. **Diccionario jurídico consultor magno**. Uruguay: Ed. Pressur Corporation S.A., 2013.
- GRACIAS GONZÁLEZ, José Antonio. **Derecho notarial guatemalteco introducción y fundamentos**. 3ªed., Guatemala: Estudiantil Fenix, 2011.
- GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. **Derecho notarial**. Pamplona, España: Ed. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1976.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. 13ªed., Guatemala: Ed. Infoconsult Editores, 2009.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Heliasta, 1987.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan. **Diccionario de juristas**. Tomo II, México: Ed. Porrúa. S.A., 2000.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Ética notarial**. 5ªed., México: Ed. Porrúa S.A., 1996.
- SALAS, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. Costa Rica: Ed. Costa Rica., 1991.
- VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Carlos Augusto. **20 lecciones de filosofía**. 5ªed., Guatemala: Ed. Eco. 2006.
- VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo I, 7ªed., Guatemala: Ed. Universitaria. 2009.

Legislación

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Código de Notariado. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 314, 1946.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, 1989.