

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

**ANTINOMIA ENTRE LA LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL Y EL CÓDIGO DE
NOTARIADO, AL PROHIBIR A LOS JUECES EL EJERCICIO DEL NOTARIADO**

EDGAR JOVAMY SECAY CACATZI

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2015

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

**ANTINOMIA ENTRE LA LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL Y EL CÓDIGO DE
NOTARIADO, AL PROHIBIR A LOS JUECES EL EJERCICIO DEL NOTARIADO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EDGAR JOVAMY SECAY CACATZÌ

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. Estuardo Abel Franco Rodas
Vocal:	Lic. Carlos Miguel Barrera Estrada
Secretario:	Lic. German Augusto Gómez Cachín

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Ronaldo Amílcar Sandoval Amado
Vocal:	Lic. Carlos Humberto de León Velasco
Secretario:	Lic. Juan Carlos Godínez Rodríguez

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



LIC. CARLOS ENRIQUE MORLES MASAYA
Abogado y Notario

Guatemala, 28 de marzo de 2007

Licenciado:

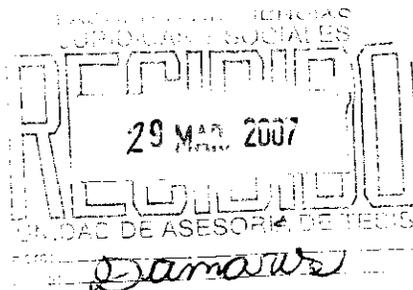
Marco Tulio Castillo Lutín

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad San Carlos de Guatemala.

Su despacho.



De conformidad con el nombramiento de fecha uno de marzo del año dos mil seis, como asesor del trabajo de tesis del bachiller Edgar Jiovamy Secay Cacatzí intitulado "ANTINOMIA ENTRE LA LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL Y EL CÓDIGO DE NOTARIADO, AL PROHIBIR A LOS JUECES EL EJERCICIO DEL NOTARIADO" procedí a asesorar al estudiante en las modificaciones que se estimaron pertinentes y declaro que no me une ningún parentesco dentro de los grados de ley con el estudiante referido, por lo que emito opinión tomando en cuenta lo siguiente:

- a) El trabajo de investigación realizado es un aporte científico y técnico con un amplio contenido jurídico y doctrinario en relación a la tutelaridad del derecho notarial guatemalteco, siendo objeto de desarrollo y análisis del trabajo de investigación de tesis fundamentado en la regulación de los títulos de crédito al portador y su seguridad.
- b) La metodología y técnica utilizadas en la realización del trabajo de investigación, fueron acordes al desarrollo de los capítulos. En las conclusiones y recomendaciones, se utilizaron los métodos analíticos y sintéticos, así como se aplicaron los métodos deductivo e inductivo.
- c) En relación a los objetivos quedó demostrado que la Antinomia si se encuentra fundamentada en la dos normas relacionadas, por lo cual, es importante el análisis presentado en esta tesis, ya con ello se busca garantizar la debida interpretación de una sola norma, para evitar interpretaciones en dos cuerpos normativos.
- d) La hipótesis planteada quedó comprobada, toda vez que el trabajo de campo realizado por el estudiante, dado que la actuación del Notario- Juez ya no es necesaria porque en la totalidad de los departamentos de Guatemala, ya existen notarios habilitados para la profesión liberal, con lo que se deja a los jueces en total libertad de competencia judicial, evitándose con ello que en algún momento pudieran ser Juez y parte dentro de un determinado proceso.



LIC. CARLOS ENRIQUE MORLES MASAYA
Abogado y Notario

- e) Los métodos y técnicas de investigación empleados fueron los indicados, habiendo dado una idea de cómo mejorar la redacción y permitiendo entender los elementos que analiza el estudiante, los criterios técnicos y jurídicos que le dan fundamento a cada argumento.
- f) La contribución científica del tema es de importancia basada en un contenido de actualidad. En cuanto a las conclusiones y recomendaciones, se relaciona con el contenido del trabajo de investigación refleja el adecuado nivel de síntesis jurídico con el verdadero objeto del tema. La bibliografía utilizada para la elaboración de la tesis ha sido la adecuada.

Doy a conocer que el trabajo de tesis del sustentante cumple de manera eficaz con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que **DICTAMINO FAVORABLEMENTE** para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

Lic. Carlos Enrique Morales Masaya

ASESOR DE TESIS

COLEGIADO: 5046

A

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, cuatro de mayo de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) HÉCTOR APOLONIO COXAJ CUYUCH**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **EDGAR JIOVAMY SECAY CACATZI**, Intitulado: **“ANTINOMIA ENTRE LA LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL Y EL CÓDIGO DE NOTARIADO, AL PROHIBIR A LOS JUECES EL EJERCICIO DEL NOTARIADO”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/ech



LIC. HÉCTOR APOLONIO COXAJ CUYUCH
ABOGADO Y NOTARIO

16 CALLE 0-10 ZONA 3, CIUDAD DE GUATEMALA
TELEFONO: 22206875

Guatemala, 11 de mayo de 2007

Licenciado:

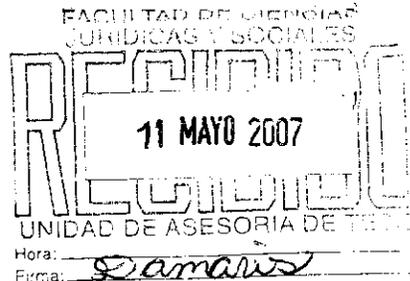
Marco Tulio Castillo Lutín

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad San Carlos de Guatemala.

Su despacho.



De conformidad con el nombramiento de fecha cuatro de mayo del año dos mil siete, en mi calidad de revisor del trabajo de tesis del bachiller Edgar Jiovamy Secay Cacatzí intitulado **“ANTINOMIA ENTRE LA LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL Y EL CÓDIGO DE NOTARIADO, AL PROHIBIR A LOS JUECES EL EJERCICIO DEL NOTARIADO”** procedí a revisar al estudiante en las modificaciones que se estimaron pertinentes y declaro que no me une ningún parentesco dentro de los grados de ley con el estudiante referido, por lo que emito opinión tomando en cuenta lo siguiente:

1. El contenido objeto de desarrollo, análisis, aportaciones y teorías sustentadas resultó importante y valedero al momento de la revisión.
2. Se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la inmediata dirección y sugerencias del asesor de tesis, habiéndose apreciado el cumplimiento de los presupuestos de forma y fondo exigidos por el normativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de nuestra Universidad Rectora de la Educación Superior, en el presente dictamen se determina expresamente que el trabajo de investigación cumple satisfactoriamente con los requisitos establecidos en el Artículo treinta y dos (32) de dicho normativo.
3. Por lo expuesto y argumentado concluyo que el trabajo de tesis del bachiller Edgar Jiovamy Secay Cacatzí, no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación en teorías, análisis y aportes de orden legal y de academia.
4. En consecuencia me permito **DICTAMINAR FAVORABLEMENTE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado del autor, amerita ser discutido en su examen público de graduación, a fin de optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y a los títulos de Abogado y Notario.

LIC. HÉCTOR APOLONIO COXAJ CUYUCH
ABOGADO Y NOTARIO

16 CALLE 0-10 ZONA 3, CIUDAD DE GUATEMALA
TELÉFONO: 22206875

Sin otro particular me suscribo con muestras de respeto;

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a central scribbled area.

Lic. Héctor Apolonio Coxaj Cuyuch.

REVISOR DE TESIS

COLEGIADO: 4492



[Handwritten initials]

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 02 de octubre de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante EDGAR JOVAMY SECAY CACATZÍ, titulado ANTINOMIA ENTRE LA LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL Y EL CÓDIGO DE NOTARIADO, AL PROHIBIR A LOS JUECES EL EJERCICIO DEL NOTARIADO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General de Grado.

[Handwritten signature]



BAMO/srrs
[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

Lic. Ardan Ortiz Orellana
 DECANO



DEDICATORIA

A DIOS:

Jehová Dios todopoderoso, su Hijo amado Jesucristo y su espíritu Santo, por darme la oportunidad de vivir, por su propósito en mí, por librarme de todo peligro y por ayudarme en el transcurso de mi carrera dándome la sabiduría necesaria para alcanzar esta meta.

A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Quien me vio en momentos de penas, de dolor, tristeza y desvelo, pero también en momentos triunfo, alegría, y satisfacción siendo para mí el orgullo de ser un egresado de esta casa de estudios.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:

Que me albergó y me concedió el gran honor de haber estado en sus aulas hasta la culminación de mi carrera, siendo para mí la mejor decisión que pude elegir.

A MIS PADRES:

Martin Secay Gómez, quien con mucha ilusión y cariño se esforzó con mucho esmero para apoyarme en lo necesario para la culminación de mi carrera; a Francisca Secay Cacatzí, quien con sus múltiples oraciones y preocupaciones me ayudó para lo que hoy es una realidad.

A MI ESPOSA:

Marta Eunice Pérez Morales por su apoyo, comprensión y paciencia.

A MI HIJO:

Daniel Estuardo Secay Pérez desde el vientre de mi esposa, por la ilusión que me anima a seguir con todo a lo que la vida me enfrenta.

A MIS HERMANOS:

Marta Alicia, Edy Martín, Manuel, Olga Francisca, Vinicio Arnoldo, todos de apellido Secay Cacatzí.

A MIS SUEGROS:

Daniel Estuardo Pérez Pérez y Delfa Rosa Morales Marroquín.

A MIS CUÑADOS:

Oswaldo Gómez, Fredy Muhum, María Victoria Sajcap y Josefina cacatzí.

A MIS TIOS Y PRIMOS:

en especial a mi tío Juan Cacatzí y familia; y Mynor Secay y familia.

A LAS PERSONAS QUE APRECIO:

Julio Escobar Ramírez, Adriana de Mcdonald, Mishelita, Osmar González y familia, Rolando Pío y familia, Olga Andrino, Hugo Merida, Sintya Merida .



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El notario.....	1
1.1 Definición.....	1
1.2 Sistemas notariales.....	3
1.3 Sistema latino.....	4
1.3.1 Características.....	5
1.4 Variantes del sistema latino.....	6
1.5 Países que utilizan el sistema latino.....	8
1.6 Sistema sajón.....	9
1.7 Organización legal del notariado guatemalteco.....	10
1.7.1 Requisitos habilitantes.....	10
1.8 La incompatibilidad.....	17
1.9 Principios del derecho notarial.....	18
1.9.1 Definición de principio.....	18
1.9.2 Principios del derecho en generales.....	19
1.9.3 Principios propios.....	25
1.10 Principios informadores.....	37
1.10.1 De legalidad.....	37
1.10.2 De sigilo profesional.....	40
1.10.3 De exactitud.....	42



CAPÍTULO II

	Pág
2. El juez.....	43
2.1 Definición.....	43
2.2 El notariado ejercido por jueces.....	44
2.3 Diferencias entre notario y juez.....	45
2.4 Organismo Judicial.....	47
2.4.1 Historia.....	47
2.4.2 Funciones del Organismo Judicial.....	51

CAPÍTULO III

3. La función notarial.	53
3.1 Definición.....	53
3.2 Características.....	58
3.3 Naturaleza jurídica.....	59
3.3.1 Teoría funcionariasta.....	60
3.3.2 Teoría profesionalista.....	60
3.3.3 Teoría ecléctica.....	60
3.3.4 Teoría autonomista.....	60
3.4 La actividad del notario y como se puede encuadrar.....	61
3.5 Actividades que desarrolla el notario.....	61
3.5.1 Función receptiva.....	61
3.5.2 Función directiva o asesora.....	62
3.5.3 Función legitimadora.....	62
3.5.4 Función modeladora.....	62
3.5.5 Función preventiva.....	62
3.5.6 Función autenticadora.....	62



	Pág
3.6 La finalidad de la función notarial.....	63
3.7 Organización legal del notariado.....	63
3.7.1 Requisitos habilitantes del notario.....	63
3.7.2 Causas de inhabilitación para ejercer el notariado.....	64
3.7.3 Incompatibilidades con el ejercicio profesional del notariado.....	64
3.7.4 Régimen disciplinario del notario.....	66
3.7.5 Órganos que pueden decretar la inhabilitación del notario.....	68
3.7.6 Impugnaciones.....	69
3.8 Función jurisdiccional.....	70
3.8.1 Definición.....	70
3.8.2 Características.	70
3.8.3 Diferencias entre función notarial y función jurisdiccional.....	71

CAPÍTULO IV

4. La antinomia entre la Ley del Organismo Judicial y el Código de Notariado, al prohibir a los jueces el ejercicio del notariado.....	73
4.1 Antecedentes.	73
4.2 Análisis.	74
4.3 Convenientes y/o ventajas.....	75
4.4 Inconvenientes y/o desventajas.....	75
4.5 Muestra de la investigación de campo.....	76
4.6 Análisis jurídico de reforma que se debe hacer al Código de Notariado en cuanto a que los jueces cartulen en determinados casos, así como lo regula la Ley del Organismo Judicial.....	79
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87



Pág

BIBLIOGRAFÍA.....

89

INTRODUCCIÓN



El presente trabajo lo he realizado después de un estudio crítico del Código de Notariado y la Ley del Organismo Judicial, investigado y desarrollado en relación al tema propuesto: “Antinomia entre la ley del Organismo Judicial y el Código de Notariado al prohibir a los jueces el ejercicio del notariado”, siendo el objetivo del presente desarrollo determinar si existe antinomia, tomando en cuenta que la facultad conferida al juez de primera instancia para cartular, en la actualidad dicha facultad ya no se puede justificar por razones o motivos de índole legal y social: incompatibilidad entre dos o más leyes que regulan una misma materia, así como los notarios ya cubren todo el territorio nacional, como se apreciará en su desarrollo son incompatibles con la actividad jurisdiccional, puesto que crean mucho conflicto en las funciones que ejerce el juez, siendo indispensable que el mismo se remita única y exclusivamente como manda el Artículo 203 de la Constitución Política de la Republica de Guatemala a la potestad de juzgar e impartir justicia y a realizar actividades de índole personal, ya que el Juez al impartir justicia, resuelve lo que en derecho corresponda a los casos presentados en ese momento; por el contrario, el notario, solo tiene poder de resolución en asuntos de jurisdicción voluntaria, las que no pasan en autoridad de cosa juzgada.

La hipótesis de la investigación consistió en el planteamiento siguiente: en el Artículo sexto numeral uno del Código de Notariado, faculta al juez de primera instancia para que pueda ejercer funciones de notario cuando en su jurisdicción no hubiere notario hábil y en el Artículo setenta inciso g) de la Ley del Organismo Judicial se prohíbe a los jueces y magistrados ejercer las profesiones de abogado y notario, lo cual detenta una clara antinomia entre ambas leyes tomando en consideración: que la aplicación de la Ley del Organismo Judicial presumiblemente dejaría sin efecto lo regulado en el Código de Notariado, ya que ahora no hay cabecera municipal en donde se carezca de un notario, la facultad y la ley favorables al juez para que pueda ejercer funciones notariales carecen de justificación, por lo que es necesario derogar expresamente el Artículo sexto numeral uno del Código de Notariado. Ya que en la actualidad es inútil e inconveniente que el juez ejerza actos notariales. La antinomia de los artículos

relacionados y la no justificación del ejercicio de la profesión de notario para los jueces fue demostrada y con ello verificada la hipótesis. La eficacia del trabajo fue posible gracias a las bondades del uso de los métodos analítico y sintético y a la cuidadosa recolección de información empleando fichas bibliográficas, fichas de resumen, fichas de paráfrasis y fichas de notas personales.

El desarrollo temático está dividido en cuatro capítulos; el primero atañe al notario, sistemas notariales, requisitos habilitantes, etc; el segundo capítulo alude al juez, el notariado ejercido por jueces, diferencias entre notario y juez; el tercer capítulo refleja las diferencias entre la función notarial y la función jurisdiccional; el cuarto capítulo, se refiere al tema central, recoge valiosa información del trabajo de campo, reunida a través de las encuestas que me permití trasladar a profesionales del derecho, Magistrados y Jueces, con el objeto de conocer su juicio crítico en relación a la norma que faculta a los Jueces de Primera Instancia a Cartular, así como lo relativo a Antecedentes Convenientes e Inconvenientes de la Incompatibilidad Judicial.

En fin esta situación me ha dado la convicción de que lo aquí expuesto no sólo es conveniente sino que además necesario, para darle a la función notarial la certeza y seguridad jurídica, tan indispensables como lo postulan los principios del derecho notarial.

CAPÍTULO I

1. El notario

1.1 Definición

“El notario es el profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, en aquellos actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados y de cuya competencia solo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria.”¹

Existe diversidad de razonamientos en relación a lo que debe entenderse por notario; algunas definiciones escritas por notables tratadistas y otras contenidas en las legislaciones de diferentes países. Así tenemos:

El tratadista José María Mengual y Mengual citado por Jiménez, en su obra titulada derecho notarial, expresa que: “Es el funcionario público que, jerárquicamente organizado y obrando por delegación del poder del Estado, y por lo mismo, revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función, autentica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y pertenencia, previo el estudio, explicación y aplicación del derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene.

¹ Jiménez Arnau, Enrique. **Derecho notarial**. Pág. 52

En la Ley de Notariado del Distrito Federal (México), en su Artículo Diez establece: “notario es el funcionario público investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley, a los instrumentos en que se consiguen los actos y hechos jurídicos. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte.”²

Por su parte la Ley de Notariado Peruano, en su artículo uno, se abstiene de definir al notario, únicamente dice: “Los notarios dan fe de los actos o contratos que ante ellos se practican o celebran”.

En términos de la Ley Española de Notariado, “el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.”³

El Código de Notariado guatemalteco, contenido en el Decreto Número 314 del Congreso de la República, tampoco define al notario, en su Artículo número uno únicamente regula: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte”.

Es recomendable tener presente la definición de notario y aprobada en el primer congreso de la unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires, Argentina, en el año 1,948; que dice: “notario Latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir

² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. **Derecho notarial**. Pág. 219

³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 650.

copias que den fe de su contenido. En su función está contenida la autenticación de hechos.”⁴

En opinión del sustentante, notario es: El Profesional del derecho, revestido de fe pública, con la finalidad de reinterpretar y dar contextura legal a la voluntad de las partes en los actos en que participe, ya por requerimiento de ésta o por mandato legal.

1.2 Sistemas notariales

Es imposible ensayar una clasificación que agote todos los sistemas notariales, pues el derecho notarial, es un producto de la costumbre, que sigue en cada lugar especiales tradiciones y características.

Pero en opinión muy generalizada los dos Sistemas más importantes son: “A) Sistema latino; B) Sistema sajón,”⁵ sin perjuicio de que se reconoce la existencia de otros sistemas notariales a los que por la naturaleza del presente trabajo de tesis, no haré referencia. Veamos pues, los dos más importantes sistemas notariales enunciados.

En este apartado, usaré como guía una obra nacional.

⁴ De la Cámara y Álvarez, Manuel. **El Notario latino y su función.** Pág. 4

⁵ Carral y de Teresa, Luis. **derecho notarial y derecho registral.** Pág. 17



1.3 Sistema latino

Este sistema, llamado también de “Evolución Desarrollada”⁶, su característica principal es que el notario es un profesional del derecho, orientador de las partes, creador del documento, pertenece a un colegio profesional y su actividad es una verdadera profesión.

En este sistema el notario, desarrolla las actividades siguientes:

- A. Elabora el documento notarial y le confiere al negocio jurídico, certeza y seguridad jurídica del mismo;
- B. Cumple y ejecuta una actividad e intuitiva de la voluntad de las partes y representando para que éstas expresen su voluntad con sus propias palabras;
- C. Da forma legal a la voluntad de las partes, para que se produzcan los efectos deseados por ellas;
- D. Le da autenticidad a los hechos y actos ocurridos en su presencia, los cuales se tienen como ciertos y hacen plena prueba;
- E. El notario no es un simple interviniente sino que es un verdadero intérprete de la voluntad de las partes.

⁶ Muñoz, Nery Roberto. Introducción al estudio del derecho notarial. Págs. 17-20

En este sistema existe un colegio profesional, con el objeto de controlar la actividad del notario y de su profesión, siendo obligatoria la colegiación para el ejercicio de esta noble profesión.

1.3.1 Características

Pertenece a un colegio profesional, en el caso de Guatemala, éste es el colegio de abogados y notarios de Guatemala, ya que se ejercen conjuntamente ambas profesiones;

La responsabilidad en el ejercicio profesional es personal;

El ejercicio puede ser cerrado o abierto, o limitado e ilimitado. El ejercicio cerrado es aquél que tiene limitaciones territoriales, más conocido como notariado de número o numerario. El Sistema Abierto, es por el contrario, aquél en el cual no existen limitaciones dentro del territorio nacional.

Este sistema notarial abierto, es el utilizado en Guatemala, ya que no existe ninguna limitación para ejercer el notariado en el territorio nacional, inclusive en algunas ocasiones se puede cartular fuera del solar patrio.

La función del notario en Guatemala, posee las características siguientes:

1. Es incompatible con ejercicio de cargos públicos que lleve anexa jurisdicción, así también para los funcionarios y empleados de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las Municipalidades que devenguen sueldos del Estado o del

Municipio y el Presidente del Organismo Legislativo. (Artículo cuatro Código de Notariado.)

2. Debe ser profesional universitario.
3. Desempeña una función pública.
4. Es un profesional del derecho, pero algunas de sus actuaciones son las de un funcionario público; y
5. Existencia de un protocolo notarial, en el que asienta los instrumentos públicos protocolares que autoriza.

1.4 Variantes del sistema latino

Sistema de notariado de número o numerario: En este sistema existe un número determinado de notarios para cierta circunscripción territorial. El origen es tradicional e histórico, ya que en la época de la Colonia, era el rey quien hacía los nombramientos de los notarios, quienes tenían que comprar el cargo.

En el presente predomina este método en la República de México, en donde solo determinado número de notarios ejercen en cada Estado en que está dividida dicha República, por supuesto que en la coyuntura actual, el cargo ya no es comprado, y es por medio del Organismo Ejecutivo, que se realizan los nombramientos respectivos, en aquellos casos en que producen vacante, se saca a concurso el cargo. En este caso es obligatorio prestar el servicio.

Sistema de funcionarios administrativos: En este método los funcionarios son empleados administrativos, cuyo salario o emolumento es pagado por el Estado, por tal situación, las partes no pagan honorarios, por ser éste un servicio prestado por el Gobierno.

Este Sistema es el del notario funcionario administrativo, como se aprecia, el ejercicio de cartular está subordinado al Organismo Ejecutivo.

En síntesis de lo expuesto, el notario, no es más que un funcionario estatal, que devenga un salario. Entre los países que utilizan este método, puedo mencionar a la Unión de Repúblicas socialistas soviéticas (U.R.S.S.), y en América Latina, tenemos a Cuba.

En Guatemala, el único caso de un notario funcionario público, lo encontramos en el Escribano de Gobierno, que es un cartulario al servicio del estado, cuyo ejercicio está vedado al campo de los particulares.

Sistema de funcionarios judiciales: También conocido como el sistema del notario-juez puesto que los notarios son Magistrados y en su ejercicio están subordinados a los tribunales de Justicia. Están supeditados al poder judicial, siendo la administración quien elige a los empleados del notario. Aquí el ejercicio de la función notarial es de Jurisdicción Cerrada y de forzoso cumplimiento, los instrumentos originales son de propiedad del Estado y los conserva como actuaciones judiciales.



Entre los países que siguen esta variante podemos citar a: Rumanía, cierta porción de territorio de Noruega, el Cantón Suizo de Zurich, y las ciudades de Baden, Wottemberg y Hamburgo.

En Guatemala, los jueces de Primera Instancia, están facultados para cartular en especiales y determinadas circunstancias, tal como lo prescribe el Artículo sexto numeral 1o. parte conducente del Código de Notariado. "Pueden 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...."

Del contenido del artículo anterior, se deduce, de que en Guatemala, en muy particulares circunstancias, se utiliza el Sistema del notario-juez, lo cual va en contra de los principios que fundamentan el ejercicio del notariado latino, amén de que riñe con lo dispuesto en el artículo del inciso g de la ley del Organismo Judicial, que literalmente dispone: "g) Ejercer las profesiones de abogado y notario, o ser mandatarios judiciales, salvo que se trate del ejercicio de la profesión de abogado, en asuntos propios, de su cónyuge, conviviente cuya unión de hecho estuviere inscrita en el Registro Civil respectivo o de sus hijos menores de edad.

1.5 Países que utilizan el sistema latino

Además de todos los países de Centro América (Panamá inclusive), también en América del Sur, es usado este sistema, por las siguientes naciones, a saber: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Paraguay, Uruguay, Venezuela, etc.

En América del Norte, los siguientes: El Estado de Luisiana (E.E.U.U.), México, Quebec (Canadá).

En las Antillas se practica este método por: Haití, República Dominicana y Puerto Rico.

Así tenemos que este método no es exclusivo de Latinoamérica, sino por el contrario, en Europa, es el utilizado por Alemania (algunos de sus Estados), Austria, Bélgica, España, Francia, Grecia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajo, Suiza (algunos Cantones).

1.6 Sistema sajón

De este método el notario, es un simple fedante o fedatario, pues su actividad se circunscribe a dar fe de la o las firmas contenida en un pliego, no asesora a las partes sobre la redacción del documento, porque éste ya le es llevado redactado.

Existen ciertos requisitos para ejercer el notariado sajón, entre ellos tenemos: a) Poseer una amplia cultura; b) Ciertos conocimientos legales; c) Los fedantes, son autoridades para ejercer por un período de tiempo determinado; d) Están obligados a prestar fianza, con el objeto de garantizar su responsabilidad; e) No existe colegio Profesional; f) Tampoco usan protocolo.

Los países en los cuales es utilizado este sistema, tenemos a: Canadá (exceptuando a Quebec), Dinamarca, Inglaterra, Estados Unidos (exceptuando a Lousiana), Noruega, Suecia, Portugal, Venezuela, etc.

1.7 Organización legal del notariado guatemalteco

1.7.1 Requisitos habilitantes

En la Organización notarial guatemalteca, se mantiene el principio de profesionalidad y capacitación jurídica, ya que únicamente podrá ejercer la función notarial aquellas personas que han realizado estudios previos de especialización en las diferentes disciplinas jurídicas y hayan obtenido el título facultativo en cualesquiera de las universidades existentes en el País, o bien obtengan su incorporación.

El Código de Notariado guatemalteco, establece que como requisito previo para ejercer la función notarial, se requiere: Haber obtenido el título que lo faculta y que sea en la República de Guatemala, o bien obtener su incorporación.

El título es el documento con el cual se prueba la calidad de notario, expedida por cualquiera de las Facultades de Ciencias jurídicas y Sociales de las distintas universidades que operan en Guatemala, las que otorgan los títulos de abogado y notario y el grado académico de licenciado en ciencias jurídicas y sociales.

Es de notar el interés del Estado de capacitar jurídicamente al notario, por cuanto que los amanuenses que hayan obtenido su título facultativo en el extranjero, y que sean guatemaltecos naturales, para poder ejercer en la república, es requisito esencial realizar estudios adicionales para obtener su incorporación, por ejemplo someterse a los exámenes técnicos profesional y público de tesis, en la Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, sin

menoscabo de cumplir con los demás requisitos que establece el Decreto Número 314 del Congreso de la Republica.

Conforme lo establece el Código de Notariado, "para ejercer la profesión se requiere: 1. Ser Guatemalteco natural (aunque esta denominación ya desapareció según lo establecido en la constitución Política de la República, promulgada en el año de 1,985), mayor de edad, del estado seglar; y domiciliado en la República, salvo lo dispuesto en el inciso segundo del Artículo sexto; 2. Haber obtenido el título facultativo en la República o la incorporación con arreglo a la Ley; 3. Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales; 4. Ser de notoria honradez.

También es obligatorio para ejercer el notariado, colegiarse previamente en el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, de conformidad con el Decreto Número 332 del Congreso de la República, Ley de Colegiación Oficial Obligatoria para ejercicio de las profesiones universitarias. (Artículo 2 del Código de Notariado)

Por la importancia que reviste la disposición legal citada (Artículo 2 del Código de Notariado), me permito referir a cada uno de los requisitos para ejercer el notariado.

Nacionalidad: En lo referente a la nacionalidad del notario, es dable recordar que de conformidad con el Artículo 145 de la constitución Política de la República, también se consideran guatemaltecos de origen, a los nacionales por nacimiento, de las repúblicas que constituyeron la Federación de Centro América, o sea El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica. A su vez el Artículo 146 de la precitada Constitución segundo párrafo, estipula que: los guatemaltecos

naturalizados, tienen los mismos derechos que los de origen salvo las limitaciones que establece esta Constitución:

La edad: En la legislación guatemalteca, la capacidad de obrar se adquiere a los dieciocho años de edad, por lo tanto, para ejercer la profesión, es requisito sine qua non, tener cumplida esa edad, sin embargo creo que no es posible ejercer antes de la mayoría de edad, pues los planes de estudio requieren seis años para la primaria, cinco para la secundaria, y cinco para cerrar pensum universitario, en síntesis serían como unos veintitrés o veinticuatro años como mínimo.

Ser del estado seglar: Esto significa que a los sacerdotes no les es permitido ejercer el notariado, de tal suerte, que aquél notario que se ordenare de sacerdote, queda incapacitado para el ejercicio de la función notarial.

Domicilio: El Código Civil, establece que el domicilio se constituye voluntariamente por la residencia en un lugar con ánimo de permanecer en él, situación que está determinada por un elemento objetivo: La residencia es un lugar determinado, un elemento subjetivo: La intención, o sea el ánimo de permanencia, el cual no debe ser menor a un año.

El concepto de domicilio, es bastante amplio, pues abarca todo el territorio nacional, ya que el notario, no tiene limitaciones en cuanto al territorio se refiere, pues incluso la ley establece que los Cónsules o Agentes Diplomáticos de la República, acreditados y residentes en el extranjero, que sean notarios hábiles pueden cartular.

Así mismo podrán autorizarlos los notarios guatemaltecos y todos lo harán en papel simple y surtirán efectos desde la fecha en que fueren protocolizados en Guatemala. Artículo 43 de la Ley del Organismo Judicial.

Registro del título facultativo o de la incorporación, registro de la firma y sello: Este registro constituye otro requisito de trascendental importancia, estas inscripciones se llevan a cabo en la Corte Suprema de Justicia, siendo de singular valor, porque constituye la representación gráfica de la fe pública.

El registro de la firma del notario, tiene como fin primordial proteger la fe pública notarial y sólo aquella que esté previamente registrada debe de usar el Cartulario, en todos los documentos en que comparezca, pudiendo cambiarla previa autorización y registro de la nueva firma, siempre ante la precitada corte.

Así también debe de registrar el sello que utilizará, el cual debe contener los nombres y apellidos usuales y título profesional.

Ser de notoria honradez: Este requisito exige que el notario sea un hombre probo, honrado y justo “el deber de conformarse con la ley moral dice Sanahuja y Soler, tiene para el notario carácter jurídico, por lo menos en aquellas manifestaciones que afectan a la fe pública. Son tan importantes los intereses que la sociedad deposita en manos del notario y tan breves los asuntos que se ventilan en su estudio, que no puede responder dignamente a esta confianza sino con el grado máximo de moralidad.” Y agrega que “La profesión notarial es quizá entre todas las sociales aquella cuyo ejercicio mayor moralidad demanda, si ha de responder al objeto de su oración.”⁷

⁷ Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de Guatemala. Época XI enero a junio de 1.984, No. 5. Pág. 12



Colegiación obligatoria: El derecho notarial guatemalteco, establece como requisito indispensable para ejercer la profesión, ser colegiado activo del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, así lo establecen los Artículos uno y cinco del Decreto 332 del Congreso de la República, Ley de Colegiación Obligatoria para el ejercicio de las Profesiones Universitarias.

Causas de inhabilitación: Son aquellas situaciones en que se encuentra el notario, impedido para ejercer su profesión, estos impedimentos pueden ser totales o absolutos, atendiendo al tenor literal del Artículo tres del Código de Notariado que dice: "Tienen impedimento para ejercer el notariado que dice: "Tienen impedimento para ejercer el notariado." 1. Los civilmente incapaces. 2. Los toxicómanos y ebrios habituales. 3. Los ciegos, sordos o mudos, y los que adolezcan de cualquier otro defecto físico o mental que les impida el correcto desempeño de su cometido. 4. Los que hubieren sido condenados por algunos de los delitos siguientes:

Falsedad, robo, hurto, estafa, quiebra o insolvencia fraudulenta, cohecho o infidelidad en la custodia de documentos, y en los casos de prevaricato y malversación que señalan los Artículos 447, 462, y 464 del Código Penal.

A diferencia de los impedimentos anteriores, que son totales o absolutos y que si llegaren a producirse automáticamente traen aparejada la suspensión del notario, la legislación notarial guatemalteca, regula lo relativo a prohibiciones de tipo temporal, contenidas en el Artículo cuatro. "No pueden ejercer el notariado:" 1. Los que tengan auto de prisión motivado por alguno de los delitos a que se refiere el inciso 4o. del Artículo anterior. 2. Los que desempeñan cargo público que lleve aneja jurisdicción. 3. Los funcionarios y empleados de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las Municipalidades que devenguen sueldos del Estado o del municipio y el

Presidente del Congreso de la República. 4. Los que no hayan cumplido durante un trimestre del año civil, con las obligaciones que impone el Artículo 37 de éste Código. Los notarios que se encuentre en este caso podrán expedir los testimonios atrasados con los requisitos que establece este Código, a efecto de subsanar dicho impedimento”.

Considero que las prohibiciones anteriores contenidas en el precitado Artículo cuarto, exceptuando los numerales uno y cuarto, obedecen al deseo del legislador de preservar el principio de imparcialidad que debe estar de manifiesto en el que hacer notarial.

En relación a las personas o funcionarios que desempeñen cargo público que lleve aneja jurisdicción, es decir la Incompatibilidad Judicial en el ejercicio de la función notarial, que es el tema que más interesa en la presente tesis, es motivo de preocupación, no sólo por los muchos intereses particulares en juego, sino porque desvirtúa la función notarial, en el sentido de que riñe con los principios fundamentales del notario Latino, que es un profesional del derecho, y haciendo eco de los Magistrados, jueces y notarios en ejercicio, que son conducto de las encuestas realizadas personalmente por el alzan la voz destacando la inconveniencia de que los jueces de primera instancia, estén facultados para cartular, ni aun en circunstancias especiales, con lo cual trato de probar la inoperancia de dicha norma.

La ley, en todo caso, atendidas ciertas circunstancias que ameritan un trato especial, permite el ejercicio del notariado a determinados amanuenses que desarrollan cierta actividad, así lo establece el Artículo quinto del multicitado Código de Notariado: Pueden ejercer el notariado no obstante lo preceptuado en los incisos

segundo y tercero del Artículo anterior. 1. Los miembros del personal docente y directivo de la Universidad de San Carlos y de los Establecimientos de Enseñanza del Estado, 2. Los abogados consultores o asesores, los miembros o secretarios de las comisiones técnica, consultativas o asesores de los organismos del Estado, así como los directores o redactores de las publicaciones oficiales cuando el cargo que sirvan no sea de ejemplo completo; 3. Los miembros del tribunal de Conflictos de Jurisdicción; 4. Los miembros de las corporaciones municipales que desempeñen sus cargos ad honorem, excepto el Alcalde; 6. Los miembros de las Juntas de Conciliación, de los tribunales de Arbitraje y de las Comisiones Paritarias que establecen el Código de trabajo, y los miembros de las Juntas Electorales y de los Jurados de Imprenta.

Según el Artículo sexto., siempre del Código de Notariado 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. En tal caso, harán constar en la propia escritura el motivo de su actuación notarial. La infracción de este precepto o la inexactitud del motivo de su actuación como notario, no anulan el documento, pero si obliga al juez el pago de una multa equivalente al doble de los honorarios que le correspondieren conforme arancel. La multa será impuesta por la Corte Suprema de Justicia e ingresará a la Tesorería de fondos judiciales; 2. Los cónsules o los agentes diplomáticos de la República acreditados y 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.

La norma transcrita, contenida en el numeral 1o. es ambigua y contradictoria a lo estipulado en la Ley del Organismo Judicial, que por el contrario es una ley

reciente, el Decreto 314 del Congreso de adolece de muchos defectos por ser una ley muy antigua, que necesita ser reformada o modificada, no solo en el numeral antes citado sino en muchos pasajes de su articulado, que no haré mención por no ser esa la intención del presente trabajo de investigación de tesis, soy del criterio de que esa norma ya no tiene razón de ser puesto que el juez, solo debe de promover la justicia.

Para concluir este apartado, es menester hacer mención que el numeral precitado del Código de Notariado, adolece de Inconstitucionalidad, por motivo de que ésta, en el Artículo 207, párrafo tercero estipula: ..."La función de magistrado o juez es incompatible con cualquier otro empleo..."

De la transcripción anterior, se colige que hay una clara oposición o contradicción a la norma constitucional, pues esta misma preceptúa en el Artículo 175 que: "Jerarquía Constitucional. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las Leyes que vicien o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas, ipso jure.

1.8 La incompatibilidad

Ensayando una definición de incompatibilidad se puede decir que es: Aquella circunstancia por la cual el notario, no podrá ejercer la función notarial por serle imposible desempeñar dos cargos a la vez.

La incompatibilidad fundamental es la que afecta a los miembros del poder judicial, no sólo como garantía de su independencia, sino como seguridad pública de que su falta de limadura la función jurisdiccional los pone a pretexto de toda

sospecha de parcialidad. Por norma constitucional, la función de juez es incompatible con el ejercicio de cualquier otro empleo, función o cargo.

Las diferencias entre impedimento e incompatibilidad, tienen mucha similitud, por lo cual trataré de aportar las siguientes.

El impedimento es total y absoluto, y la Incompatibilidad es temporal;

El impedimento se da en relación a las personas y la incompatibilidad se da en relación al empleo, función o cargo que se ejerce;

Por impedimento, el notario no puede ejercer su profesión, y en la incompatibilidad el Cartulario si está facultado para ejercer su profesión, en determinadas y especiales circunstancias.

El Impedimento es producto de una norma ordinaria, y la compatibilidad tiene origen Constitucional.

1.9 Principios del derecho notarial

1.9.1 Definición de principio

Es indiscutible que el Derecho es una ciencia, el derecho notarial como rama autónoma se encuentra cimentada en una serie de principios que le sirven de base para desarrollarse y alcanzar los perfiles que le distinguen actualmente de otras ramas afines. En el sermo bulgaris, por principio, se entiende como primera parte de una cosa o de una acción, el comienzo, la causa primera, el origen, empero llevada la expresión al campo del derecho notarial, la misma denota el fundamento

por fin sin los principios no podría concebirse el derecho notarial. En base a lo anterior puede decirse que los principios que informan al derecho notarial son el conjunto de aspectos reverentes que sirven de apoyo y que nutren el desenvolvimiento de la actividad profesional que realiza el notario.

Esta definición propia sobre los principios del derecho notarial, permite colegir que los mismos no solo sirven de fundamento sino que al mismo tiempo de impulsores del que hacer del notario, de su función y deben estar presentes y observarse en el desarrollo de toda actividad que lleve a cabo dentro del desempeño de su profesión.

Principio en general significa: cierta idea de preferencia y procedencia, por lo que se ha dicho que era el origen de alguna cosa o aquella de donde procedía.

En sentido jurídico, son los pensamientos directivos que sirven de base o fundamento a la organización legal de un determinado derecho positivo.

De manera que, jurídicamente, puede entenderse el término principio como las ideas fundamentales que han inspirado y justificado la creación, así como caracterizan a una determinada disciplina jurídica. Como tales disciplinas jurídicas están fundamentadas en principios, estos confirman su existencia y permiten una mejor comprensión de las normas jurídicas.

1.9.2 Principios del derecho en generales

El tema que encabeza este capítulo, es uno de los más discutidos en la ciencia del derecho, en virtud de que no ha existido un criterio uniforme en la doctrina sobre el

verdadero alcance de la expresión; la utilidad de los principios generales del derecho resulta evidente en la integración e ilustración de los preceptos legales toda vez que estos muchas veces no son factibles de comprender en la hipótesis o supuestos de hecho, el cúmulo de situaciones que puede presentarse en la vida cotidiana o bien cuando por su redacción se hace difícil entender su verdadero significado; es común que cuando se trata de explicar la norma o un caso concreto se tropieza con los que en el lenguaje forense se conoce como lagunas legales y como no puede dejarse de resolver alegando silencio de ley o falta de regulación por una omisión del legislador al no prever posibles situaciones, corresponde al juzgador integrar o interpretar las normas legales y para ello debe recurrir a las fuentes supletorias del ordenamiento jurídico entre las cuales se encuentra la de los principios generales del derecho.

En cuanto a los principios generales del derecho el tratadista establece: “Las verdades o criterios fundamentales que informan al origen al desenvolvimiento de una determinada legislación conforme a un orden determinado de cultura, condensado generalmente en reglas o aforismos y que tienen virtualidad y eficacia propia con independencia de las normas formulas.”⁸

El derecho en general esta cimentado en un conjunto de principios que son su sustentación, su cimientto, su apoyo; en una palabra son la estructura misma de la ciencia jurídica.⁹

⁸ Puig Peña, Federico. Compendio de derecho civil español. Pág.88

⁹ Chicas Hernández, Raúl Guillermo. **Los principios del derecho de trabajo**. Pág. 55

Para la clasificación de los principios generales del derecho debemos tomar como base su fuente así guiándonos por Puig Peña se pueden destacar:

- La tesis filosófica

Los que sostienen esta teoría, consideran que tales principios no son más que los postulados del derecho natural, el fundamento de toda legislación, el fondo inmutable que vienen a representar el elemento permanente y constante del derecho.

- La tesis positiva

Los precursores de esta tesis sostienen que los principios generales del derecho son los que han inspirado una determinada legislación de cada país, que pueden inducirse por vía de generalizaciones sucesivas de las disposiciones particulares de la ley.

- Tesis ecléctica

En esta tesis se establece que los principios son los postulados del derecho natural que inspiraron determinada legislación dentro de un ordenamiento jurídico.

Para poder realizar un análisis jurídico legal de los principios generales del derecho, tenemos que aclarar la conjunción de los términos jurídico y legal, porque muchas veces al utilizar la expresiones complejas, quienes las escriben sí tienen una idea clara y concreta de su denotación pero quienes las leen no logran captar lo que se

quiso significar con ellas; prima facie puede estimarse que jurídico y legal son sinónimos pero no es así, que guardan ínfima relación es cierto, marchan indisolublemente unidos empero no se confunden, solo se puede decir como las líneas que forman la vía férrea que se prolongan indefinidamente pero no se unen, no se confunden, siempre se mantienen equidistantes entre sí.

Por jurídico se entiende todo lo que atañe, se refiere o concierne a lo que está ajustado a la ley. Luego un análisis jurídico legal es el examen de los elementos, doctrinaria y legalmente, que se relacionan con los principios generales del derecho así como la importancia que revisten en el ordenamiento guatemalteco.

En el sistema jurídico legal guatemalteco, los principios generales del derecho tienen asignada una categoría de fuente supletoria al servir de informadores al derecho positivo, en especial para aquellos casos en que surgen problemas relativos a la interpretación de la ley.

Cuando se plantea una situación ante un órgano jurisdiccional a efecto de que proceda a dirimir el conflicto de intereses suscitado, puede suceder que la norma que se va aplicar no sea clara, que la norma sea de aplicación dudosa, es decir, que no está claro su contenido, que no exista norma aplicable al caso concreto que se ha planteado.

En los dos primeros casos nos encontramos en presencia de la interpretación de la norma legal, el primero no presenta problema alguno, la norma legal debe interpretarse en sentido gramatical, es decir atendiendo al sentido natural y obvio de las palabras de conformidad con el diccionario de la academia española y aplicarse en tal sentido, así lo regula la ley del organismo judicial; en el segundo



caso cuando la aplicación de la norma es dudosa se debe tener presente que el conjunto de una norma servirá para ilustrar e interpretar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma se podrán aclarar atendiendo el orden siguiente: al espíritu de la misma, a la historia fidedigna de la institución, a las disposiciones de otras leyes sobre casos análogos, al modo que parezca más conforme con la equidad y a los principios generales del derecho, esto según lo normado por la ley del organismo judicial vigente.

Casi en todos los Códigos modernos disponen que en aquellos casos en que no es posible resolver una situación jurídica de acuerdo con la analogía, deba recurrirse a los principios generales del derecho.

Como podemos apreciar en nuestra legislación guatemalteca no es la excepción, es por esto la importancia de determinar cuáles son estos principios, para algunos tratadistas los principios generales son los del Derecho Romano, algunos afirman que se trata de principios universalmente admitidos por las ciencias y otros por último los identifican con los del derecho justo o natural; se admite que el legislador no debe nunca perder de vista esos principios generales, habrá de aceptar, igualmente, que el orden jurídico en mayor o menor medida, es la realización de tales principios y que perder a ellos cuando el legislador guarda silencio, equivale a completar de manera armónica y coherente la obra legislativa.

La controversia se puede resolver según la dirección positivista de los principios generales del derecho que es la que apoya que los principios generales son de esta manera científicos o principios sistemáticos.



Según esta idea especialmente grata a la doctrina italiana, los principios generales del derecho son principios generales de los ordenamientos jurídicos, que resultan por la vía de sucesivas abstracciones del conjunto de las normas particulares y en los cuales las mismas habrían antecedentes del ordenamiento positivo, en los cuales el legislador se ha inspirado y que han enterado a través de una legislación concreta en el ordenamiento jurídico, por ejemplo en Guatemala se recomendaría la lectura del preámbulo constitucional, y de la sentencia 17-09-86 del expediente 12-86 de la Corte de Constitucionalidad.

En dicha sentencia la honorable Corte indica que el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala contiene una declaración de los principios por lo que esperan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto, tienen gran significación, esto lo dispuso la honorable Corte para apoyar la interpretación de los demás textos legales de conformidad con los principios como lo serían:

- Principio de legalidad

- Principio de seguridad jurídica

- Principio de libertad

- Principio de igualdad

1.9.3 Principios propios

Diversos autores han tratado de enumerar y explicar los principios propios del derecho notarial que tipifican el contenido del mismo, aunque al decir de algunos autores, en ese intento "no se ha alcanzado la profundidad acorde con el ideario perseguido", y se aduce que la determinación de los mismos dependerá en grado sumo del concepto que tenga cada autor de su contenido.

Por todo lo descrito, el concepto que se tiene del derecho notarial nace de diversos fundamentos los cuales a su vez justifican su existencia, esto se ejemplifica diciendo que "la autenticación por el notario de hechos o derechos referidos por las partes y la demanda de protección que se supone han de formular para el amparo de sus derechos, justifica la función notarial en aras de la dación de fe pública y fundamente, concreta y categóricamente, la existencia de un oficio publico dominado por el derecho notarial".¹⁰

En síntesis, los principios propios del derecho notarial son las notas directrices que hacen del mismo así como del que hacer notarial único y específicamente particular, distinto de cualquier otra rama del derecho, por lo que es necesario su estudio.

Dentro de los doctos en la materia existen pluralidad de los principios propios del derecho, sin embargo los que están, la mayor parte de ellos, de acuerdo en su existencia y necesidad son los siguientes:

¹⁰ Argentino, Neri. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. Pág. 372

- De forma

El contenido y la forma como categoría dialéctica constituyen un todo único, siempre se encontrarán conjuntamente en cualquier objeto, proceso o fenómeno, son inseparables, no puede existir contenido sin forma o forma sin contenido.

En lo que se refiere al campo del derecho notarial, interesa la forma que surge de la relación jurídica notarial o sea la instrumental, la que culmina con la documentación, la configuración, la apariencia geométrica exterior del instrumento público, por lo que quede fuera la forma del acto jurídico, contrato, hecho jurídico o declaración de voluntad, pero que ello no es materia del derecho notarial.

La forma se puede definir como el signo o conjunto de signos, por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad de las partes de un acto jurídico o contrato, al mismo tiempo que define el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes que señalan como se debe exteriorizar la voluntad.

Es decir, se refiere a la forma del instrumento público cuyo contenido lógico es un acto o hecho jurídico, un contrato, una declaración unilateral de voluntad o una manifestación de consentimiento, puesto que la forma de cada una de estas instituciones en sentido estricto, queda fuera del derecho notarial, ya que este lo que regula es la forma del instrumento público en el que han de cumplirse determinados requisitos o formalismos para la validez del negocio jurídico que contiene.

Su importancia como principio propio del derecho notarial, radica en que la producción notarial es el instrumento público, por lo que la forma tiene ingente importancia dentro del campo del derecho notarial.

La forma instrumental para surgir a la vida jurídica posee su propio procedimiento, el que podría denominarse "proceso de la forma" cuyas etapas principales son: La configuración, la redacción y la autorización, proceso este que se inicia cuando las partes proporcionan un conjunto de esquemas nominados por mencionar algunos la compraventa, permuta, comodato, etc., la aptitud técnica del notario le permite adaptar los elementos de la realidad a uno u otro de los contratos jurídicos.

Habiéndose hecho relación a la importancia que reviste la forma dentro del derecho notarial y como principio propio del mismo, se está en condiciones de elaborar una definición acorde a nuestro sistema jurídico notarial en particular, es decir al derecho notarial guatemalteco, considerando como es la apariencia geométrica exterior, la que envuelve plásticamente al instrumento público.

La regulación legal de este principio lo encontramos en el Artículo 29 del Código de notariado que establece, el contenido de los instrumentos públicos, aun cuando se utiliza la palabra contendrán, no está referida concretamente al fondo del mismo, así como el Artículo 31 en que regula las formalidades esenciales de los instrumentos públicos y por último y no menos importante el Artículo 13 está relacionado con las formalidades que debe llenarse en el protocolo, su simple lectura refleja que el interés del legislador por el aspecto formal del mismo.

- De rogación

En sentido común por rogación, se entiende la acción y efecto de rogar, de pedir, de suplicar, dado el marcado tinte de religiosidad que acompaña al término por su constante utilización en la comunicación de los prosélitos para con sus deidades.

En sentido técnico jurídico y aplicado al campo del derecho notarial, por rogación debe entenderse que es la solicitud que el cliente hace al notario de sus servicios, mediante la cual se individualiza y concreta la obligación genérica de prestar la función que al último compete.

La importancia de este principio propio del derecho notarial radica en que la actuación notarial deviene de dos circunstancias específicas:

- La solicitud que formula el interesado
- El mandamiento contenido en un precepto legal

Es tanta la influencia que ejerce este principio en el derecho notarial, que se ha denominado a la actividad que desarrolla el notario, como jurisdicción rogada llevando hasta su extremo su connotación, sin embargo la realidad que no puede evadirse nos trasunta que no es así el inicio de la actuación notarial si se encuentra supeditada a la gestión de parte o a disposición legal, empero la sucesión de actos procesales que desarrolla el notario al aceptar actuar en el asunto que se le ha planteado, corresponde realizarlo a él sin que medie la petición o la gestión de los ingresados que acudan a su oficina y le solicitan la prestación de sus servicios, el notario luego de calificar la licitud y legalidad del acto o contrato

procede a su autorización redactando el instrumento público apropiado, ahora bien, el cumplimiento de las obligaciones posteriores ya no está al alcance de los interesados de indicárselos al notario porque él sabe dónde, cuándo y cómo se han de cumplir, con ello a efecto de satisfacer el interés de quienes solicitaron sus servicios, de lo anterior se intuye entonces que no puede hablarse de una jurisdicción rogada en strictu sensu, porque en esta cada acto procesal está precedido de la gestión del notario, quien sabe que hacer sin necesidad de que los interesados se lo tengan que ir señalando progresivamente, lo que sucede es que la rogación lleva implícita la prestación de los servicios profesionales hasta dejar satisfechos los propósitos de los sujetos que intervienen ejercitando un derecho en el instrumento público.

En lenguaje popular se dice que toda regla tiene su excepción y esto incluye al principio de rogación en el derecho notarial, rogación como acto de poder que en marcha la actividad notarial para la documentación de una negociación jurídica; no existe rogación cuando el notario autoriza actos o contratos con la antefirma "por mí y ante mí " en los casos descritos por el Artículo 77 del Código de Notariado, que regula las prohibiciones en cuanto a los documentos que redacta el notario, para algunos autores el contenido del Artículo mencionado en lo conducente no es una excepción al principio de rogación sino lo que existe es una auto rogación ya que convergen en una sola persona las calidades de que por la confusión que opera en estos casos, desaparece la rogación toda vez que resulta sin sentido lógico el auto rogarse, sin embargo esto ya fue objeto de discusión entre los que defienden cada teoría.

Es de interés la rogación en el campo notarial, sin ella no puede existir actuación del notario, ya que se quedaría ligada únicamente a las disposiciones legales que

le imponen actuar, que son impulso a la prestación de servicios profesionales que al notario le competen es evidente que constituye un principio, lo relatado en líneas anteriores sirven de apoyo.

La regulación legal de este principio, la encontramos en el Artículo uno del Código de Notariado que regula “el notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.”., si el notario ha de actuar a solicitud de parte, conviene dejar claro a quién de los sujetos que han de intervenir en la relación notarial corresponde efectuar la solicitud para la prestación de los servicios y sobre este particular en nuestra legislación no encontramos una disposición legal que con carácter expreso se refiera a ello, por consiguiente cualquiera de ellos puede hacerla, no obstante en la práctica reserva que comúnmente realiza la rogación la persona que ha de figurar como adquirente de un derecho o sea quien tiene especial interés en asegurar un derecho.

- De consentimiento

El consentimiento a que se hace referencia en este trabajo, difiere mucho del requisito esencial exigido para la validez de los contratos por el Código Civil, porque no está enfocado desde esa perspectiva, aquí el consentimiento considera como principio propio del derecho notarial, se concibe como el acuerdo deliberado, consiente y libre de solicitar la intervención del notario para la documentación de un acto, un contrato, un hecho jurídico, una declaración de voluntad o una manifestación del consentimiento, que constituyen el contenido del instrumento público, entendido en su sentido amplio es de esta forma, se entiende entonces que el consentimiento en forma que ha quedado concebido es de capital

importancia dentro del derecho notarial y se ahí que se le estime como un principio, pero veamos a continuación sus aspectos relevantes que nos conducen a confirmar lo escuetamente referido en este apartado.

La importancia de este principio radica, en que el consentimiento lleva implícito, a contrario sensu, ausencia total de controversia, de discrepancia, de contienda, es pues, una concusión de voluntades afines y es ahí en donde radica su importancia como principio informador del derecho notarial, toda vez que una de las características asignadas a esta rama de la ciencia jurídica, es precisamente la de actuar dentro de la llamada fase normal del derecho en la que no existe litigio o conflicto.

De esta forma queda claro que el consentimiento como principio propio del derecho notarial, no está considerado como requisito esencial del contrato, sino como facultad para asentir el otorgamiento del acto, por consiguiente, sin él la sanción del acto queda en suspenso, claro que esto no lo exime de que no puede darse bajo coacción ni uniformarse a una parte del acto sino que debe concederse a la totalidad, es un derecho de libre determinación y hay que servirse de él invariablemente, tanto en la esfera de los hechos como en la del derecho.

El Código de Notariado contiene normas que regulan en forma tácita el consentimiento, el acuerdo de voluntades en torno a la solicitud de la prestación de servicios por parte del notario, el consentimiento es un requisito esencial y debe estar libre de vicios, si no hay consentimiento no puede haber autorización notarial. La ratificación y aceptación, que queda plasmada mediante la firma de los otorgantes y expresa el consentimiento. Esto se ve claramente reflejado en los Artículos 29 numeral 10 que regula "... la fe de haber leído el instrumento a los



interesados y su ratificación y aceptación...” y 12 “la firma de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedida de las palabras “Ante Mí” y también en los Artículos 453 Y 454 del Código Procesal Civil y Mercantil decreto ley 107.

- De fe pública

Dentro de las múltiples definiciones que se han elaborado en torno al concepto de Fe Pública, la que estimamos más completa es la del autor Enrique Jiménez Arnau, quien la concibe como “la función específica de carácter público, cuya misión es robustecer con presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo.”¹¹

Sin embargo, como lo que interesa es conocer lo que se entiende por fe pública, pero la ejercitada por el notario, entre las características de la fe pública es que es única porque solo el notario la tiene; es personal porque no necesita de ninguna otra persona para ejercitarla; es indivisible porque no puede dividirla o fraccionarla; es imparcial porque no debe de inclinarse a favor de ninguna de la partes; es indelegable porque no la puede compartir con ninguna otra persona. Esto trae como consecuencia mediata que la fe pública sirva como garantía de autenticidad y legalidad. Esta garantía deviene del respaldo de la fe pública, ella hace que el instrumento público sea auténtico y legal, dado que el campo de fe pública son los intereses de los particulares a quienes el notario sirve, abarcando desde el fraccionamiento del acta, autorización del contrato y la tramitación de los asuntos de jurisdicción voluntaria.

¹¹ Ob. Cit. Pág. 38

En si la fe pública es la presunción de veracidad en los actos autorizados por un notario. Artículo uno del Código de Notariado.

- De seguridad jurídica

Por la fe pública de que esta investido el notario, los actos por él autorizados se tienen por ciertos, es decir, existe una presunción de veracidad, aun cuando pueda eventualmente, demandarse su nulidad, y precisamente para evitar ésta, el notario debe desarrollar su función cumpliendo con cada uno de los distintos aspectos que la integran como lo son: el asesoramiento, la dirección, la prevención, etcétera. Todas aquellas inherentes a la función notarial la seguridad se manifiesta por la certeza e indubitabilidad que confiere el notario a los instrumentos públicos que autoriza, para lo cual ha de establecer fehacientemente determinadas situaciones, tales como que quien ejercita un derecho es efectivamente el titular del mismo, la validez y eficacia del negocio jurídico que se pretende otorgar, plena identificación de los otorgantes, descripción precisa del objeto del negocio jurídico, una correcta interpretación de la voluntad de las partes y una acorde traducción jurídica solo así se le dota al documento notarial de plena eficacia jurídica haciéndose apto como medio de prueba y con plena eficacia jurídica.

Si lo anterior se logra gracias a que el notario guatemalteco, es un notario de tipo latino cuya función abarca completamente el "iter negocio", desde el planteamiento del mismo hasta su documentación y perfeccionamiento, es de considerar a la seguridad jurídica como principio informador del derecho notarial, y es que si marginamos la seguridad jurídica de la actividad que realiza el notario, no tendría sentido dicha función, y si por algo se ha preocupado el notariado latino, ha sido precisamente por este aspecto, dada la importancia que la misma conlleva, con



mayor razón si tomamos en cuenta que el instrumento público constituye el medio jurídico idóneo para asegurar la estabilidad de las relaciones jurídicas, otorgando legitimidad, validez y autenticidad. caso contrario, como sucede en los países que siguen un notariado de tipo sajón, en donde impera una total inseguridad jurídica, por virtud de que se desconoce el instrumento público notarial, siendo la instrumentación de los negocios una situación secundaria que puede materializarse en documentos privados, careciendo en consecuencia de un documento auténtico que conlleve plena fuerza probatoria ejecutiva que permita en determinados caos, acreditar en forma indubitable, la titularidad sobre ciertos derechos los negocios jurídicos se realizan sin la intervención de personas versadas en derecho, por lo que muchas veces alumbran plegados de socios que dan motivo a su ulterior nulidad, con el consiguiente problema de la inseguridad jurídica.

Este principio se basa en la fe pública que tiene el notario, por lo tanto, los actos que legaliza son ciertos, existe certidumbre o certeza. El asidero legal de este principio trasciende hasta el ordenamiento constitucional en el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala; al momento que regula que él es fin del Estado investir de seguridad jurídica; en el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil.

- De unidad del acto

Es el desenvolvimiento continuo de las distintas fases y cumplimiento simultáneo o sucesivo, pero sin interrupción de todos los requisitos establecidos para un acto o contrato jurídico, a fin de asegurar la persistencia de la voluntad, facilitar el testimonio y garantizar que el otorgante o las partes no experimenten modificación en su capacidad o voluntad.

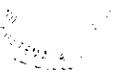
Particularmente estimo que la unidad del acto no es ni más ni menos que la sucesión ininterrumpida de los requisitos que se deben satisfacer para que un acto o contrato adquiera certeza plena, por la permanencia de la voluntad de los otorgantes. Es lógico pensar que todo acto o contrato debe ser otorgado de una sola vez, al decidir otorgando, se esta aludiendo a que todo el proceso que conlleva la documentación del negocio jurídico debe realizar en un solo momento, la intención de los otorgantes esta otorgada sin interrupción.

Este principio se basa en que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto. Su asidero legal lo encontramos en el Artículo 42 numeral ocho del Código de Notariado.

- De publicidad

Los actos que autoriza el notario son públicos; por medio de la autorización notarial se hace pública la voluntad de la personal. Este principio de publicidad, tiene una excepción, y se refiere a los actos de última voluntad, testamentos y donaciones por causa de muerte.

Su regulación legal básicamente se encuentra en el Artículo 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala y en el Artículo 22 y 75 del Código de Notariado.



- De conservación

En el derecho notarial, por conservación se entiende al conjunto de actos que el notario realiza para lograr una segura y eficiente protección, custodia y guarda del registro notarial. Efectivamente el notario desarrolla una serie de actos que tienden a mantener incólume el protocolo, por esto es que algunos tratadistas llaman a este principio de protocolo, en mi particular criterio estimo que no es el más apropiado siendo que el fin de este principio es la conservación del registro notarial.

Su importancia radica en que al considerarlo como principio, se le tiene como un elemento de necesidad por las ventajas que reporta a las garantías de seguridad jurídica, eficacia y fe pública por la conservación y preservación del registro notarial en el tiempo. Su principal fundamento es el Artículo ocho del Código de Notariado.

- De autenticación

Mediante la firma y el sello se establece que un hecho o acto ha sido comprobado y declarado por un notario. Esa precisamente es la razón por la que se considera que existe el principio de autenticación, en virtud que sin la firma y el sello del notario en el hecho o acto, éste carecería de autenticación en virtud a la fe pública que ostenta el profesional del derecho como lo es el notario, el fundamento de este principio lo encontramos en el Artículo dos numera tres y en el artículo setenta y siete numeral quinto, y el artículo ciento ochenta y seis del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto ley 107.

- De intermediación

El notario a la hora de actuar siempre debe estar en contacto con las partes. La función notarial demanda un contacto entre el notario y las partes y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público.

1.10 Principios informadores

Es indudable que el derecho es una ciencia, única y especial con gran peso en cuanto a la prestación de la seguridad jurídica como función del Estado respecta por lo que tiene diversos principios que lo hacen distinto, único que son sus principios informadores aun cuando no son propios, tienen relevancia por cuanto constituyen auxiliares indispensables para el desenvolvimiento del derecho notarial y específicamente para el desarrollo de las funciones siguientes, legalidad escritura, seguridad jurídica, publicidad e intermediación.

Necesario es aclarar que no se agotan aquí los principios que informan en forma subsidiaria al derecho notarial, existen muchos más sin embargo los más importantes son los indicados y de observancia en la legislación guatemalteca, veamos a continuación un estudio periférico sobre los mismos.

1.10.1 Principio de legalidad

Cuando mencionamos legalidad y dada la preparación académica que gozamos quienes estudiamos derecho, de inmediato viene a la mente la idea de algo que está conforme a la ley, al conjunto de normas dictadas por el Órgano Legislativo cuya función constitucional es precisamente la de decretar , reformar y derogar las

normas; sin embargo cabe aclarar que el concepto de legalidad es superlativamente amplio, no está dirigido únicamente a actuar apegado a las leyes dictadas o emanadas del poder legislativo sino que abarca todas aquellas disposiciones que regulan en cualquier otra forma la actividad del notario, contienen disposiciones que se relacionan de manera alguna con la misma.

Por lo anterior es que cuando al notario le son solicitados sus servicios, tiene forzosamente que cumplir con los distintos aspectos que conlleva la función notarial, todos los cuales tienen un solo punto de partida, estar basados en la legalidad, así como cumple con conciliar y coordinar voluntades, lograr el acuerdo entre las partes sobre el acto o contrato que desean celebrar, lo hace precisamente porque es un profesional del derecho, un perito en derecho, un versado en la materia legal y cumple con esa función fundamental en preceptos legales que constituyen los moldes que dirigen su actividad, lo mismo ocurre cuando desempeña la función modeladora en la cual modela el acto jurídico expuesto en términos exotéricos por las partes y que transforma adaptándolo a los preceptos legales vigentes para que surta todos los efectos legales pertinentes que interesen particularmente a los sujetos que han hecho la manifestación de voluntad. En todos los documentos autorizados por el notario existe una presunción de legalidad derivada del juicio de legalidad que el profesional realiza al actuar conforme a las leyes, pues previamente a autorizar un acto o contrato debe calificar la licitud del mismo, es decir, la posibilidad de la realización del negocio jurídico que las partes pretenden celebrar, este principio es básico en la función notarial, toda vez que se pretende no solo la validez formal del instrumento público sino su validez substancial para la eficacia del mismo, pues sería contrario a la función del notario documentar negocios jurídicos nulos.

Las consecuencias que se originan de actuar en desatención a los preceptos legales son precisamente las de hacer nulos los actos jurídicos respectivos así se deduce del contenido del artículo 1301 del Código Civil, que preceptúa: “hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Los negocios que adolezcan de nulidad absoluta no producen efectos ni son revalidables por la confirmación.” Esto lo sabe el notario por lo tanto debe cerciorarse cada vez que le sea planteado un caso y solicitada su intervención establecer fehacientemente si el acto o contrato que se pretende celebrar no es contrario al orden público o a las leyes prohibitivas expresas.

Debe tenerse presente que la prestación de los servicios profesionales que él notario competen ha de prestarlos con todo el empeño, dedicación y diligencia lo que no es optativo si no obligatorio, no solo por cuestión de ética sino porque la propia ley así se lo impone.

La importancia de la legalidad como principio informador del derecho notarial encuentra fundamento en la propia definición del notario de tipo latino, cuya función pública que se le ha encargado es precisamente la de recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, la forma que el notario debe dar a la voluntad de las partes es la señalada en la ley, debe acomodar la intención, el propósito de los interesados que le han solicitado la prestación de sus servicios profesionales, a los preceptos legales vigentes que más se adapten a esa intención.



1.10.2 De sigilo profesional

Resulta razonable que la actuación del notario tiene como punto de partida la solicitud de los interesados, tiene que existir indefectiblemente una manifestación de voluntad la cual no debe trascender, no se debe divulgar, esa manifestación de voluntad, ha de quedar enmarcada dentro de los límites de la notaría y de quienes se encuentran presentes, especialmente del notario, cuyo ejercicio profesional debe responder a la confianza que depositan en él, quienes solicitan sus servicios, estimándose entonces como que el sigilo o secreto profesional no es más que el deber impuesto a quienes desempeñan o ejercen determinadas profesiones tales como: médicos, abogados, notarios, etc., de no descubrir a los terceros los hechos de los que han llegado a su conocimiento o de los que se han enterado a consecuencia del ejercicio de su profesión.

La base de la ética profesional se manifiesta en la forma en que el notario realiza su función y conserva para sí las manifestaciones de la voluntad de quienes han solicitado la prestación de sus servicios, puesto que a la sociedad le conviene que un secreto no se revele, porque si se hace conlleva una lesión a otros principios que mantienen el decoro y dignidad de las profesiones, por ello es indiscutible que la conducta que el notario asuma ante el planteamiento de un problema de carácter técnico jurídico, que él como un perito en derecho debe resolver mediante la documentación positivamente a la intimidad que le han confiado los interesados, que según su carácter efectuará, que sea parte de su patrimonio o un aspecto de su estado civil, que constituyen los dos grandes génesis de donde devienen todas las flámulas en las que el notario materializa su función. Legalmente el secreto profesional o sigilo profesional como doctrinariamente se le conoce tiene su asidero legal en el Código de Ética Profesional que vino a sustituir el del año 1956 que se

aplicaba a Abogados y notarios. El Código de Ética actual emitido y aprobado por la Asamblea de Abogados y notarios del 30 de agosto de 1994 fue publicado en el Diario Oficial el 13 de diciembre del año 1994, dicho Código regula en el Artículo cinco el Secreto Profesional “guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho para el Abogado. Hacia los clientes, es un deber que perdura aun después de que haya dejado de prestar sus servicios. Ante los jueces y demás autoridades, es un derecho irrenunciable. La obligación de guardar el secreto profesional incluye todas las confidencias relacionadas con el asunto.” De esta definición legal desprendemos que es un derecho irrenunciable es decir que el notario no puede negarse a sí mismo.

Es tan grande la influencia de este principio que podría decirse que pasa a ser una garantía, pues incluso este principio cuenta con una protección penal contenida en el Artículo doscientos veintitrés que describe el tipo penal de revelación de secretos profesional de la siguiente forma: “quien, sin justa causa, revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, sin que con ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de quinientos a cinco mil quetzales”.

Como puede percibirse estas normas protegen la información que llega al notario en virtud del ejercicio de su profesión, no solo por ética sino porque penalmente está prohibido.

1.10.3 De exactitud

Jurídicamente por exactitud se entiende, el cumplimiento puntual y la ejecución fiel de una obligación, la exactitud debiera darse únicamente en las obligaciones como uno de los elementos que integran un negocio jurídico pero para el caso es necesario para el derecho notarial, en relación con el vínculo que se establece entre el cliente y el notario, uno solicitando y el otro, interpretándolo para trasladar en forma técnica jurídica el instrumento público, si así se concibe la exactitud puede definirse entonces, como la observancia puntual y fiel de la voluntad de las partes.

Este principio puede encontrar su asidero legal en el numeral siete del Artículo 29 del Código de Notariado el cual regula que debe realizarse una relación fiel, concisa y clara del acto o contrato que elabora el notario como producto de la rogación realizada.

CAPÍTULO II

2. El juez

2.1 Definición

Etimológicamente la palabra juez, proviene de Jux y Dex, Vindexz, de donde resulta que juez es el Juris Vindex, o lo que es igual, el vindicador del derecho.”¹²

“Es el titular del órgano jurisdiccional, sujeto esencial de la relación jurídica procesal.”¹³

“El Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española Tomo II, lo define así: El que tiene autoridad para juzgar y sentenciar:

El ordinario de un distrito o un partido, que conoce en primera instancia de los asuntos civiles no sometidos por la Ley a los jueces municipales y en materia criminal dirige la instrucción de los sumarios.”¹⁴

Con las definiciones referidas, concluyo que juez es: la persona que realiza una función jurisdiccional, cuyo ejercicio se ejecuta en forma individual, que tiene por imperio del Estado la obligación y potestad de promover y ejecutar lo juzgado.

¹² Trejo Duque, Julio Anibal. **Aproximación al derecho procesal penal y análisis breve del actual proceso penal.** Pág. 35

¹³ *Ibíd.* Pág 34

¹⁴ *Ibíd.* Pág 1,903

2.2 El notariado ejercido por jueces

Existe una variante del Sistema latino denominada de funcionarios judiciales, y es en este método en donde encontramos los jueces ejerciendo funciones extrajudiciales.

Son varios los puntos de coincidencia que en forma sucinta he de hacer notar por la concurrencia que puedan tener en el continente normativo del notariado.

La concatenación debe verse desde el punto de vista de la preparación excepcional o en base a la maestría adquirida, que es requisito sin el cual no se puede ingresar a la carrera judicial.

“Más bien debe relacionarse la magistratura con el notariado en cuanto a su grado de preparación.”¹⁵

En lo que al derecho guatemalteco se refiere, para el nombramiento de juez de Primera Instancia, aparte de otros requisitos legales, únicamente se requiere el título de Abogado.

Como acertadamente se expresa: “En Países donde el notariado ha logrado alcanzar un alto grado de desarrollo y madurez, tanto doctrinal como práctico, la función notarial de manera exclusiva en manos de los notarios”.¹⁶

En el momento actual, esta norma no tiene objeto, ni razón de ser pues ha dejado de ser efectiva y porque además a partir de la vigencia de la Constitución Política

¹⁵ Guardilla, Eliseo J. Moneta, Raúl A. Sistematización didáctica de estudios notariales. Págs. 4 y 5.

¹⁶ Salas, Oscar A. Derecho notarial de centro américa y panamá. Pág. 56

de la República de Guatemala, del año de 1,985, se ha convertido en Inconstitucional.

2.3 Diferencias entre notario y juez

El notario actúa dentro de la llamada fase normal del derecho, en donde no existen intereses en conflicto; el juez por lo general, su actuación concluye con la resolución de conflictos;

El notario asesora a las partes; el juez solo resuelve;

Para optar al cargo de juez; no es necesario ser notario; para ejercer el notariado, no es requisito sine que non haber impartido justicia;

La función del notario es auténticamente, no tiene potestad de resolver con autoridad de cosa juzgada; el juez sí tiene ese poder de resolución;

El notario no goza del beneficio de Antejudio; el juez si tiene derecho a ese trámite previo;

La resolución del juez se impone con la autoridad de la cosa juzgada; la autenticación del notario, se impone con la fe pública de que está investido por la Ley;

El juez es un funcionario público que desarrolla y cumple funciones jurisdiccionales Contenciosas y voluntarias; el notario actúa únicamente en la Jurisdicción Voluntaria;

El juez de Primera Instancia es Abogado, el notario un profesional del derecho;

El juez está obligado a conocer de todos aquellos asuntos que le sometan, El notario tiene libertad de elección;

El notario otorga su autorización con el consentimiento de las partes, El juez, resuelve....

El juez debe cumplir con sus atribuciones por imperio de la Ley; el notario no, pues no puede ser obligado a ejercer una profesión;

El notario puede desempeñar su función notarial fuera del territorio nacional; el juez únicamente dentro de los límites de Guatemala;

El notario tiene competencia en todo el territorio de la República; el juez por lo general, sólo dentro de los límites de su Jurisdicción;

La intervención del notario por lo general es rogada; no puede actuar por sí mismo o de oficio; el juez si puede actuar de oficio;

Los jueces están obligados a residir en la población sede del Juzgado, los notarios no tienen obligación de residir en el lugar de su Notaría;

El juez está obligado a desempeñar su función jurisdiccional en horarios establecidos, el notario no está sujeto a ningún régimen de horario;

El notario tiene fe pública; el juez no está revestido de esa cualidad;

El notario puede ser mandatario judicial; el juez tiene prohibición expresa en sentido contrario;

El notario, por lo general, tiene libertad para pactar honorarios; el juez devenga un salario fijo, retribuido por el Estado, y

El notario es un funcionario público temporal, el juez es un funcionario público permanente.

2.4 Organismo Judicial

2.4.1 Historia

Guatemala tiene un sistema de Gobierno Democrático y Republicano, fundamentalmente en la base del derecho escrito. Los poderes que conforman el Estado son Ejecutivo, Legislativo y Judicial. El núcleo del funcionamiento del sistema judicial son las leyes y procedimientos que están incorporados en la Constitución Política, la Ley del Organismo Judicial y los Códigos de Trabajo, Penal y Civil, Procesal Civil, Procesal Penal y Penal, entre otros.

La Primera Constitución de Guatemala corresponde a la República Federal y fue decretada el 22 de noviembre de 1824, por la Asamblea Nacional Constituyente y contempla la integración de la Corte Suprema de Justicia con seis o siete individuos elegidos por el pueblo.

Los jueces eran nombrados por el Presidente de la República de acuerdo a las ternas propuestas por la Corte Suprema de Justicia.



El 15 de agosto de 1848 se formó la Primera Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. El Acta Constitutiva del 19 de octubre de 1851 establecía que por esta única vez la Asamblea elegiría al Presidente de la República y a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

El 29 de enero de 1855 fue reformado el Acta Constitutiva y el Presidente de la República, General Rafael Carrera, adquirió la facultad de nombrar a los Magistrados y Jueces, los cuales permanecían en el ejercicio de sus cargos mientras durara su buen funcionamiento.

El 9 de noviembre de 1878 se integró una Asamblea Nacional Constituyente y proclamó la Constitución de 1879. Se dice en la misma que corresponde al Poder Legislativo nombrar al Presidente del Poder Judicial, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los Magistrados Propietarios y Suplentes de la Corte de Apelaciones. El Congreso tenía la potestad de removerlos de sus cargos en caso de mala conducta, negligencia o ineptitud debidamente comprobada. Se menciona que la Corte Suprema de Justicia será presidida por un Presidente y no por un Regente, como en las Constituciones anteriores.

Los miembros del Poder Judicial pierden el derecho de antejucio que anteriores Constituciones le otorgaron. Correspondía al Ejecutivo hacer la distribución de los Magistrados Propietarios y Suplentes y Fiscales de la Corte de Apelaciones entre las Salas respectivas.

El cinco de noviembre de 1887 fueron reformados algunos Artículos de esta Constitución. Se establecía que por esa vez el Poder Legislativo nombraría a los miembros del Poder Judicial, pero en los períodos subsiguientes tanto el

Presidente, los Magistrados y Fiscales de los Tribunales de Justicia serían designados por medio de una elección directa. Una segunda reforma se realizó por el Decreto del 20 de diciembre de 1927, expresándose que el Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia gozan del Derecho de Antejuiicio.

El 15 de mayo de 1935, el entonces Presidente de la República, General Jorge Ubico, propuso a la Asamblea Legislativa la necesidad de reformar la Constitución para alargar su período y entre las reformas se incluía otorgar al Poder Legislativo la facultad de nombrar el Presidente y a los Magistrados de la Corte de Apelaciones; asimismo el Congreso podía remover a éstos por las causas de mala conducta, negligencia e ineptitud comprobadas y de acuerdo a la ley.

El General Ubico expuso que las reformas eran necesarias porque según él imposibilitaban al Ejecutivo para proceder con la actividad y energía que ciertos casos demandan, a la depuración indispensable del Organismo Judicial.

El 10 de enero de 1945, la Junta de Gobierno convocó a la Asamblea Nacional Constituyente para la elaboración de una nueva Constitución, la que fue decretada el 11 de marzo de 1945. Estipula que los miembros del Organismo Judicial son nombrados por el Organismo Legislativo, el que tiene facultad para removerlos en casos de mala conducta, negligencia e ineptitud debidamente comprobada con apego a la ley, estableciéndose que el Presidente del Organismo Judicial y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia gozan del derecho de antejuiicio.

En el año 1954 se convocó a otra Asamblea Constituyente que promulgó la Constitución que entró en vigor el 1 de marzo de 1956. En ésta se reguló que las autoridades del Organismo Judicial serían nombradas por el Organismo Legislativo.

Es facultad de la Corte Suprema de Justicia nombrar a los Jueces de Primera Instancia y a los de Paz, así como trasladarlos o removerlos del cargo; sin embargo, el Presidente del Organismo Judicial y los magistrados gozan de antejuicio.

El 5 de mayo de 1966 entró en vigencia una nueva Constitución que normaba el nombramiento de los miembros del Organismo Judicial, o sea, el Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la que se estipula que éstos serían nombrados por el Congreso. Su remoción se regulaba en la misma forma, o sea, por delito, mala conducta e incapacidad manifiesta con el voto de las dos terceras partes de los diputados.

En 1985 se decretó una nueva Constitución que entró en vigor el 14 de enero de 1986. En los Artículos comprendidos del 203 al 222 se regula lo concerniente a la elección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados de Apelaciones, Jueces de Primera Instancia y de Paz. En términos generales todo lo referente al Organismo Judicial.

Esta Constitución introdujo la modalidad en relación a los Jueces, Magistrados de la Corte Suprema y de Apelaciones que duran cinco años en sus funciones, pudiendo ser reelectos los segundos y nombrados los primeros. Asegura que los Magistrados no podrán ser removidos ni suspendidos, sino en los casos y con las formalidades que disponga la ley. Los Jueces de Instancia siempre fueron removidos discrecionalmente, no así los Magistrados que tenían prerrogativas especiales.

Actualmente, el sistema de justicia en Guatemala está integrado de la siguiente forma:

El Organismo Judicial, incluye a la Corte Suprema de Justicia, Tribunales de Apelaciones, y otros órganos colegiados de igual categoría, Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de Paz. La Corte Suprema de Justicia es el tribunal de mayor rango y tiene la responsabilidad de la administración del Organismo Judicial, incluyendo la labor de presupuesto y los recursos humanos.

La Corte de Constitucionalidad es el máximo tribunal en materia constitucional.

2.4.2 Funciones del Organismo Judicial

Conforme lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, el Organismo Judicial es el encargado de impartir justicia, con independencia y potestad de juzgar. La Ley del Organismo Judicial cita que en ejercicio de la soberanía delegada por el pueblo, imparte justicia en concordancia con el texto constitucional.

El marco legal del Organismo Judicial y la Corte Suprema de Justicia se encuentra definido en la Constitución Política de la República de Guatemala, Artículos 203 al 222; en la Ley del Organismo Judicial, Decreto No. 2-89 y sus reformas, y en otras leyes ordinarias del Estado.

- Misión

Restaurar y mantener la armonía y paz social a través de prestar a la sociedad una satisfactoria administración de justicia fundamentada en los principios de imparcialidad, celeridad, sencillez, responsabilidad, eficacia y economía, con el propósito de hacer realidad y alcanzar los valores de justicia, verdad y equidad.

- **Visión**

Un Organismo efectivamente independiente, capaz de prestar a la sociedad un buen servicio, eficiente, responsable y libre de corrupción, integrado por jueces igualmente independientes que despiertan la confianza de la sociedad.

- **Marco legal**

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Título IV, Capítulo IV en sus secciones Primera, Segunda y Tercera, establece la normativa jurídica en torno al Organismo Judicial y la Corte Suprema de Justicia. Los Artículos del 203 al 222, son los que recogen la legislación constitucional de este organismo estatal.

Para las disposiciones fundamentales de organización y funcionamiento del Organismo Judicial y dar mayor eficacia y funcionalidad a la administración de justicia se creó la Ley del Organismo Judicial, con el Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala el veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, publicado en el Diario Oficial el 23 de diciembre de 1990 y entró en vigencia ocho días después.

- **Proceso judicial**

La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad por los tribunales, organizados en jerarquías y competencias.

CAPÍTULO III

3. La función notarial

3.1 Definición

En el presente trabajo de tesis, no es su finalidad ni objeto principal desarrollar profusamente, los aspectos más generales de la función notarial, sino únicamente tratar sobre sus características sobresalientes, así como diferencias con la función jurisdiccional, veamos pues, qué es la función notarial.

La función notarial es un sinónimo de la actividad que desarrolla el notario, "Son las diversas actividades que realiza el notario."¹⁷

En su acepción jurídica, se entiende por función notarial, La verdadera y propia denominación que cabe aplicar a las tareas que despliega el notario en el proceso de formación y autorización del Instrumento público.

Podemos elaborar entonces una definición propia de lo que es la función notarial, indicando que es la actividad desplegada por el notario, con la finalidad de crear, formar y darle veracidad jurídica al instrumento notarial.

En nuestro sistema (latino) sin ir a fondo de la materia, pues esto demandaría una digresión de orden histórico, compatible más bien con el proceso de formación del notariado, considero suficiente hacer referencia al evolutivo y natural desenvolvimiento de la función notarial, que nació como una consecuencia de la

¹⁷ Carneiro, José A. Derecho notarial. Pág. 13



necesidad de resguardar los vínculos jurídicos creados por la voluntad humana; y parece suficiente afirmar que aquel concepto primitivo de protección de los negocios jurídicos por mano de un individuo calificado, provisto de atribuciones especiales fue la razón determinante de su nacimiento. Aún puede agregarse, con elementales nociones, que en un comienzo la función tuvo lugar sin más amparo y garantía que la propia buena fe de los contratantes, y que, ya más tarde, organizado el poder público empezó a ejercerse bajo la protección de la autoridad del Estado.

Esto demuestra indudablemente, dicho sea en forma muy sumaria, la evolución operada en el campo del derecho, en cuanto a función notarial; de una fe privada, dependiente de reglas experimentales, hacia una fe pública subordinada a normas jurídicas; aquella, obrando en un ámbito de derecho aún informe; ésta, accionando en un mundo ya estructurado. Como quiera que sea el modo en que la función surgió, y la forma en que posteriormente se desarrolló, en sustancia ella ha sido siempre función pública, pues no ha tenido otro objetivo que el de legitimar los actos jurídicos bajo el signo de la fe pública.

Pero esta premisa, de la cual se deduce por lógica consecuencia que el notario es funcionario público, no es totalmente compartida por la doctrina. Quienes la cuestionan descansan sus puntos de vista sobre bases artificiosas. Quienes la apoyan se amparan en el hecho de que la fe pública, como creencia indubitada, es un atributo del Estado.

Lo que debemos recalcar es que la función de la fe pública reside en el Estado y que siendo el estado potestativo de autoridad y poder, él regula y califica las actividades funcionales.

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

Es tan antiguo y tan arraigado este concepto que su existencia no admite vacilación. Por esta fundamental razón, se estima que en la función notarial el hecho es la fuente de donde trae origen el instrumento. Este punto de vista, a pesar de los sucesivos progresos y reformas experimentados por la notaría, no ha variado; sigue sólido y esencial. De manera que está primero el hecho, después la voz del legislador que regula y ordena.

El verdadero principio de todas las cosas es el hecho. Así se explica que este tradicional testimonio haya venido a servir para esclarecer, en el derecho común y dentro del ámbito de la notaría, que la función ha sido y es siempre antes que el órgano.

Al respecto, el conocimiento del proceso histórico, sobre todo a partir de Roma, autoriza a decidir y afirmar que la necesidad social creó la función notarial y que ésta precedió al órgano haciéndolo evolucionar, y terminó por diferenciarlo, especializarlo y caracterizarlo.

Ahora bien, dar una definición de función notarial, ha sido un tanto difícil, porque el derecho positivo adoptado por cada país, si bien es universalmente uniforme por la igualdad de relación de causa a efecto, no lo es en cuanto a organización jurídica, ya que ésta, en cuanto a régimen es variable en más de una forma.

Teniendo, pues, cada estado, un tipo distinto de creación y ordenamiento jurídico, la función notarial no es en principio ciertamente igual. Las leyes que rigen su disciplina podrán ser más o menos relevantes, ofrecer analogías, relación de semejanzas, pero exactamente iguales no.

En una palabra; las estructuras que hacen el ordenamiento del notariado anglosajón y el notariado latino han adoptado un tipo de organización funcional profundamente distinta; aquel se desarrolla con un ordenamiento consuetudinario, fundado en reglas jurídicas, con una estructura orgánica jerárquica y de función independiente. Es decir, que como función pública, más o menos estimulada, con mayores o menores posibilidades de desenvolvimiento, el notariado, y con él la función pública, se ejerce distintamente, según los caracteres que le ha impreso la norma jurídica que lo regula. En resumen el carácter de la institución notarial depende del sistema de organización y del modo de concebírsela en cada una de las naciones.

Por otra parte, en la organización jurídica de la sociedad, la función notarial debe considerarse anterior al mismo notariado: La función notarial, en el proceso de su propia evolución, ha originado la creación del notariado y por vía de su adaptación, también ha determinado su transformación y su estructura actual.

Esta concepción explica las transformaciones de la organización notarial, siempre adaptándose a las exigencias dinámicas de la función, tanto como justifica la evolución de ésta última ante los renovadores reclamos de las necesidades sociales que la fundamentan.

La función entendida como núcleo homogéneo de actividades orientadas a un fin común y continuamente enriquecido por las transformaciones sociales y técnicas, actúa a manera de fuerza centrífuga que va atrayendo hacia sí elementos de su mismo signo, dispersos en la organización de la sociedad; los atrae y se los incorpora adaptándolos para sus propios fines.

El del notario, del simple autenticador, ha pasado a la función de presidir el desenvolvimiento de las transacciones: Desde el asesoramiento previo, a los otorgantes, hasta la declaración de voluntad, hasta la constitución o comprobación por escrito.

Destaca en la noción un contenido claramente definido: Dirección jurídica de los particulares, en el plano de la realización espontánea del derecho. Queda también de manifiesto el objeto sobre que se ejerce la actividad funcional: Los derechos subjetivos de los particulares, en su etapa de individualización.

La imparcialidad y la asesoría: Debemos de deslindar en todo momento nuestra actuación, siendo parciales en unos casos al actuar como abogados e imparciales al actuar como notarios.

El otro aspecto importante es la asesoría que debemos dar a las partes, la función directiva o asesora la debe prestar el notario, por ser jurista, puede asesorar a sus clientes sobre el negocio que pretenden celebrar, aconsejando sobre el particular.

El control de legalidad: Lo hace el notario al abstenerse de autorizar actas notariales que vayan en contra de la moral o la ley, asuntos que no son objeto de

actas, y de otros que no tendrán ninguna relevancia posterior aunque consten en acta notarial.

Forma Documental: Esta queda a discreción del notario, siempre teniendo como marcos las estipulaciones legales, principalmente en lo relativo a que debe de ser constar en escritura pública o en acta notarial

La técnica notarial: Es el conjunto de procedimientos y recursos, de que se sirve el notario para realizar el Notariado.

Efectos de las actas notariales: El acta notarial puede surtir los efectos: Ejecutivos, de valoración, Materiales y Procesales.

Uso inadecuado del acta notarial: Hay un uso inadecuado del acta notarial por los particulares y notarios, por lo que debemos de evitarlo, de lo contrario, éstas perderán credibilidad y por lo tanto validez.

3.2 Características

Es una función jurídica: Es una función jurídica, porque el notario es un letrado, un jurisconsulto, ya que el procedimiento genérico que ha sido decretado por el legislador inmediatamente lo aplica a un determinado asunto, creando por ésta forma derechos subjetivos para los sujetos que intervienen en la relación jurídica notarial.

Es una función privada: Ya se ha indicado que el notario desarrolla su actividad en el campo de los particulares, es allí donde el escribano siempre va intervenir,

ejercitando su actividad notarial; el documento privado que pudiera tener origen sin la intervención del notario y posteriormente este acto es llevado ante el fedante, con el objeto de convertirse en documento notarial, con calidad de seguridad, valor y permanencia, que va ser oponible erga omnes.

Es una función legal: Se refiere específicamente a su origen, a su fuente, porque su única fuente es la ley.

3.3 Naturaleza jurídica

Una gran mayoría de notarialitas acepta el término función, aunque es lo mismo decir quehacer o actividades notariales en la jerga popular.

Las Teorías que explican esta función son:

- La funcionarista;
- La profesionalista; y
- La ecléctica;
- La teoría autonomista;

3.3.1 Teoría funcionalista

Las finalidades de autenticidad y la legitimación de los actos públicos exigen que el notario sea un funcionario público que intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que el interés particular, al interés general o social de afirmar el imperio del derecho, asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos de que penden las relaciones privadas.

3.3.2 Teoría profesionalista

En contraposición a la teoría antes comentada, ésta asegura que recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las partes, lejos de ser una función pública, es un que hacer eminentemente profesional y técnico.

3.3.3 Teoría ecléctica

De acuerdo a esta teoría, el notario ejerce una función pública sui generis, porque es independiente, no está enrolado en la administración pública, no devenga sueldo del Estado; pero por la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza, tiene un respaldo del Estado, por la fe pública que ostenta. En síntesis, el notario es un profesional del derecho encargado de una función pública.

3.3.4 Teoría autonomista

Para esta teoría, con las características de profesional y documentador, el notariado se ejerce como profesión libre e independiente. Como oficial público



observa todas las leyes y como profesional libre recibe el encargo directamente de los particulares.

3.4 La actividad del notario y como se puede encuadrar

La actividad del notario, la podemos encuadrar, en el ejercicio liberal de la profesión, en la actividad del Estado, y en forma mixta. (Sirviendo a particulares, asesorando un cargo público, medio tiempo en cada esfera.

3.5 Actividades que desarrolla el notario

- Función receptiva;
- Función directiva o asesora;
- Función legitimadora;
- Función modeladora;
- Función preventiva;
- Función autenticadora.

3.5.1 Función receptiva

La desarrolla el notario cuando al ser requerido, recibe de sus clientes en términos sencillos la información.

3.5.2 Función directiva o asesora

El notario puede asesorar o dirigir a sus clientes, sobre el negocio que pretenden celebrar, aconsejando sobre el particular.

3.5.3 Función legitimadora

La realiza el notario al verificar que las partes contratantes, sean efectivamente las titulares del derecho, estando obligado a calificar la representación en los casos que se ejercite, la cual conforme a la ley y a su juicio debe ser suficiente.

3.5.4 Función modeladora

El notario desarrolla esta actividad dando forma legal a la voluntad de las partes, encuadrándola en las normas que regulan el negocio.

3.5.5 Función preventiva

El notario debe prever cualquier circunstancia que pueda sobrevenir en el futuro, debe evitar que resulte conflicto posterior, previniendo tales circunstancias.

3.5.6 Función autenticadora

Al estampar su firma y sello el notario le está dando autenticidad al acto o contrato, por lo tanto éstos se tendrán como ciertos o auténticos, por la fe pública de la cual está investido.

3.6 La finalidad de la función notarial

La función notarial persigue tres finalidades a saber:

- Seguridad: Para darle firmeza al documento notarial;
- Valor: Frente a terceros, que es la eficacia y la fuerza que otorga la intervención del Notario entre partes y frente a terceros; y,
- Permanencia: Que se le da a los actos a través de diversos medios legales y materiales para garantizar la reproducción auténtica del acto.

3.7 Organización legal del notariado

3.7.1 Requisitos habilitantes del notario

- Ser guatemalteco;
- Ser mayor de edad;
- Del estado seglar, no ser ministro de ningún culto;
- Domiciliado en la república, es lo que se conoce como el deber de residencia. Al notario le está permitido ejercer libremente, no obstante, el notariado en cualquier lugar de la república, incluso en el extranjero, cuando los actos y contratos van surtir efectos en Guatemala (Ver numeral dos del Artículo sexto del Código de Notariado);

- Tener título facultativo;
- Registrar en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo, la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales;
- Ser de notoria honradez.

3.7.2 Causas de inhabilitación para ejercer el notariado

- Los civilmente incapaces;
- Los toxicómanos y ebrios habituales;
- Los ciegos, sordos o mudos; y,
- Los que hubieren sido condenados por alguno de los siguientes delitos: falsedad, robo, hurto, estafa, quiebra o insolvencia fraudulenta, cohecho e infidelidad en la custodia de documentos, prevaricato y malversación.
- Los impedimentos anteriores son totales o absolutos y están regulados en el Artículo tercero del Código de Notariado.

3.7.3 Incompatibilidades con el ejercicio profesional del notariado

- Los que tengan autos de prisión motivada por alguno de los delitos que inhabilitan;



- Los que desempeñen un cargo público que lleve aneja jurisdicción;
- Los funcionarios y empleados de los organismos ejecutivo y judicial y de las municipalidades que devenguen sueldos del Estado o del municipio y el Presidente del Congreso de la República;
- Los notarios que hayan incumplido durante un trimestre del año civil o más, con las obligaciones que impone el Artículo 37 del Código de Notariado, relativa a testimonios especiales y avisos;
- Asimismo, los abogados titulares de las instituciones de crédito no podrán autorizar los documentos en que comparezcan o tengan interés dichas instituciones, salvo las actas de sorteo o remate.

No obstante la prohibición a la que se ha hecho referencia, los Artículos quinto y sexto del Código de Notariado, establece que pueden ejercer el notariado, entre otros:

- El personal directivo y docente de la Universidad de San Carlos y otros establecimientos de enseñanza del Estado;
- Los abogados consultores, consejeros o asesores, los miembros o secretarios de las comisiones técnicas consultivas o asesores de los organismos del Estado, así como los directores o redactores de las publicaciones oficiales, siempre y cuando el cargo que sirvan no sea a tiempo completo;

- Los miembros de las corporaciones municipales, cuando desempeñen sus cargos ad honorem (exceptuando al alcalde);
- Los miembros del Tribunal de conflictos de jurisdicción;
- Los miembros de las Juntas de Conciliación, de los Tribunales de Arbitraje y de las Comisiones Paritarias que establece el Código de Trabajo, y los miembros de las Juntas Electorales y de los Jurados de Imprenta;
- 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;
- Los cónsules o agentes diplomáticos de la República, acreditados y residentes en el exterior que sean notarios hábiles conforme a esta ley; y,
- Los empleados que están instituidos precisamente para el ejercicio de funciones notariales, las que no podrán ejercer con carácter particular.

3.7.4 Régimen disciplinario del notario

La Colegiación Profesional Obligatoria: En Guatemala, la colegiación obligatoria deviene por mandato constitucional, según lo establecido en el Artículo 90 de la Carta Magna;

Fines de la Colegiación Profesional, según la Constitución: La superación moral, científica, técnica y material de las profesiones universitarias y el control de su ejercicio;

Fines de la Colegiación Profesional, según la Ley de Colegiación Profesional Obligatoria:

- Promover, vigilar, y defender el ejercicio decoroso de las profesiones universitarias;
- Promover el mejoramiento cultural y científico de los profesionales universitarios;
- Promover y vigilar el ejercicio ético y eficiente de las profesiones universitarias en beneficio de la colectividad ;
- Defender y proteger el ejercicio profesional universitario y combatir el empirismo;
- Promover el bienestar de sus agremiados ; y,
- Auxiliar a la Administración Pública.

Intervención de la Corte Suprema de Justicia: Dicha corte puede intervenir en el régimen disciplinario del notario, ya que para lo relativo a sanciones, cualquier persona o el Ministerio Público tienen derecho a denunciar al notario ante la Corte, los impedimentos de un notario para ejercer la profesión. Así también cuando la

Corte tuviera conocimiento de que un notario ha incurrido en alguna de las causales de impedimento, debe proceder a formalizar denuncia;

3.7.5 Órganos que pueden decretar la inhabilitación del notario

- **Tribunales:** Los tribunales de justicia, cuando conozcan de cualquiera de los delitos que conlleva la prohibición de ejercer, deben decretar la inhabilitación en forma provisional cuando motivan al auto de prisión y en forma definitiva, cuando pronuncian la sentencia, si esta es condenatoria. En ambos casos, comunicándolo al Colegio Profesional y a la Corte Suprema de Justicia;
- **Corte Suprema de Justicia:** La Corte tiene la facultad de efectuar las diligencias que considere necesarias para agotar la investigación y comprobar él o los hechos que le fueron denunciados, y en su caso, proceder a la inhabilitación y a sancionar al notario denunciado; y,
- **Colegio Profesional:** Cuando se ha faltado a la ética o atentado en contra del decoro y prestigio de la profesión, una vez seguido el trámite correspondiente.
- **Rehabilitación y su procedimiento:** La legislación guatemalteca contempla sendos procedimientos de rehabilitación, que se aplican según el órgano que impuso la sanción disciplinaria.

Si el mismo fue de naturaleza jurisdiccional, la rehabilitación corresponde a la Corte Suprema de Justicia y, si fue de índole gremial, aquella compete al Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala. En el primer

caso el procedimiento se regula por lo dispuesto en el Código de Notariado; y en el segundo, por lo establecido en la Ley de Colegiación.

3.7.6 Impugnaciones

Los recursos regulados en el Código de Notariado son:

- **Recurso de Responsabilidad:** el cual puede interponerse en dos casos : 1.- contra la resolución que dicte la Corte Suprema de Justicia, por la inspección y revisión de un protocolo; 2.- Contra la resolución de la Corte Suprema de Justicia, en expediente de rehabilitación;
- **Recurso de Reposición:** Se interpone contra la resolución que se dicte sancionado un notario;
- **Recurso de Reconsideración:** Se interpone ante el Director del Archivo General de Protocolos, por las sanciones que se impongan por incumplimiento de las obligaciones del notario contenidas en los Artículos 37 y 38 del Código de Notariado; y,
- **Recurso de Apelación:** En contra del auto que apruebe una liquidación de honorarios.

3.8 Función jurisdiccional

3.8.1 Definición

Es innegable que la función jurisdiccional que corresponde con exclusividad al Estado, es una de las manifestaciones más valiosas de desarrollo.

“Etimológicamente la palabra jurisdicción se forma de las voces Jus y Dicere, que significan aplicar o declarar el derecho, o lo que es o mismo Jurisdicatio o Juredicendo.”¹⁸

La función jurisdiccional es: “Aquella que constituye la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver, mediante la sentencia, las cuestiones litigiosas que le sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones”.¹⁹

La función jurisdiccional, la puede definir de la manera siguiente: Es aquella función ejercitada por el Estado, en un proceso determinado por medio de los órganos jurisdiccionales, con el objeto de resolver un conflicto de intereses.

3.8.2 Características

Es una función investigadora: Porque el Estado a través del órgano jurisdiccional, desde el momento que tiene conocimiento de la comisión de un hecho delictivo, tiene la obligación legal de esclarecerlo.

¹⁸ Op. Cit, Pág. 31

¹⁹ Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Pág. 418

Es una función pública: Porque es un servicio que presta el Estado por medio de los tribunales de justicia, y como una manifestación de soberanía.

Es una función sancionadora: Es potestad del Estado de aplicar las leyes en los juicios civiles y penales, juzgando y haciendo que se ejecute lo resuelto, y ésta corresponde con exclusividad a los jueces.

3.8.3 Diferencias entre función notarial y función jurisdiccional

En la función notarial, por lo general, existe conformidad entre las partes; la función jurisdiccional se caracteriza primordialmente por la existencia del contradictorio;

La función notarial, su emisión tiene por finalidad dar autenticidad a un acto, la función jurisdiccional termina con un fallo;

En la función notarial, sus procedimientos son esencialmente revocables y rescisorios; por el contrario en la función jurisdiccional, por lo general, se logra principalmente la cosa juzgada;

La función notarial, por lo general tiende a la creación de derechos, la función jurisdiccional otorga reconocimiento a esos derechos.

CAPÍTULO IV

4. La antinomia entre la Ley del Organismo Judicial y el Código de Notariado, al prohibir a los jueces el ejercicio del notariado.

4.1 Antecedentes

Por antecedente, se entiende que son todos aquellos hechos anteriores, en el presente caso, es menester retornar en el tiempo, con el objeto de escudriñar cómo el legislador a través de las distintas épocas ha luchado por aislar las funciones notariales de las funciones jurisdiccionales.

Retrocedamos, pues, y miremos retrospectivamente al pasado.

El Decreto Gubernativo número 1,862 que data de la época de Jorge Ubico, ya contenía la prohibición de ejercer el notariado a los jueces, la Ley Constitutiva del Organismo Judicial, preceptuaba en el Artículo 97: "ES PROHIBIDO A LOS JUECES (mayúsculas mías...) Ejercer la profesión de Abogado y de notario y mandatos judiciales..."

Asimismo la Ley del Organismo Judicial, contenida en el Decreto 1,762 del Congreso de la República, del año de 1,968; estipulaba en el Artículo 92 que: "es prohibido a los jueces ejercer las profesiones de abogado y de notario, o ser mandatarios judiciales..."

La ley vigente del Organismo Judicial, plasmada en el Decreto 2-89 del Congreso de la República, mantiene actualizada la norma prohibitiva, a saber, que

literalmente preceptúa en el Artículo 70: “Es prohibido a los jueces... g) Ejercer las profesiones de abogado y notario, o ser mandatarios judiciales...”

Para finalizar, lo relativo a la cita de normas que prohíben el ejercicio de funciones notariales a las personas que desempeñan cargo público que lleven aneja jurisdicción, es imperioso aludir al respecto la norma constitucional del Artículo 207 párrafo 3o.; cuya vigencia data del año de 1,985, que literalmente dice: “...La función de magistrado o juez es incompatible con cualquier otro empleo...”

4.2 Análisis

Partiendo de una síntesis general, a través de los distintos capítulos en que está dividida la presente tesis, es menester hacer hincapié, en que el notario, y como ha sido demostrado no sólo en este sino también en anteriores trabajos de investigación, es un profesional del derecho y por naturaleza desligado de funciones jurisdiccionales.

Por lo anteriormente expuesto, es de trascendental importancia referirme a la Incompatibilidad Judicial, en lo relativo a ejercer otro empleo, cargo o profesión, tal ha sido la preocupación del legislador, en prohibir la dualidad de funciones del juzgador, que, en las precitadas leyes del Organismo judicial la norma se ha repetido con insistencia sistemática, y como una imperiosa necesidad de ese deslinde, la Constitución Política de la República, prohíbe expresamente que los Magistrados y Jueces desempeñen otro empleo.

En resumen, el ejercicio por parte de los jueces de cualquier otra función que no sea la de impartir justicia, es inconstitucional, por lo tanto, el Artículo sexto numeral primero del Código de Notariado es nulo ipso jure.



4.3 Es Conveniente por las siguientes razones:

Es conveniente, siempre que ambas funciones no se conviertan en un medio o forma de incurrir en actos anti técnicos o arbitrarios.

Es conveniente, siempre que el instrumento público notarial, que se autorice no esté ligado a ningún juicio que esté a cargo del juez o que pudiera llegar a tener conocimiento.

Es conveniente, como carácter de excepción o en casos de extrema urgencia o necesidad.

Juicios como estos, quizás justificaron en aquel tiempo la norma en cuestión.

4.4 Es inconveniente por las siguientes razones.

Por el hecho de existir muchos notarios en ejercicio en la época actual;

Porque es prohibido y además por las relaciones que genera al notariado, es inconveniente para una imparcial administración de Justicia;

Pues la función de los jueces, según lo preceptúa la Ley, es la de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado;

Porque se estaría parcializando la opinión del juez;

Es inconveniente la norma que faculta a los jueces a cartular en virtud de que se puede convertir en juez y parte a la vez;

Por el hecho de que el juez, no es la persona idónea para asuntos de especialidad;

Porque la función notarial debe de estar exclusivamente en manos de notarios; y

Sería idóneo que el Código de Notariado sea reformado, especialmente el Artículo sexto numeral uno, con el objeto de estar en congruencia lo estipulado en la Constitución Política de la Republica, en el sentido de prohibir a jueces y magistrados, las funciones notariales, sin excepción alguna.

4.5 Muestra de la investigación de campo

A continuación me permito transcribir las preguntas contenidas en las encuestas, trasladadas a Magistrados, Jueces y Profesionales del Derecho, con los resultados obtenidos.

- ¿Cómo aprecia jurídicamente la situación del juez de Primera Instancia, en relación a la facultad que le concede la Ley (Código de Notariado), a cartular en determinadas y especiales circunstancias?

➤ Positiva: 12

➤ Negativa: 15

➤ N. d. A: 04

- Positiva: En el sentido de que si la Ley lo faculta no existe ningún problema.
- Negativa: Porque es un arcaísmo contenido en la legislación guatemalteca, incongruente con el avance técnico y científico del derecho notarial.
- N. d. A: Significa que la respuesta no tiene relación con la pregunta.
- ¿Cree usted que es conveniente que el juez de Primera Instancia esté facultado para autorizar un instrumento público notarial y a la vez administre justicia?

➤ Conveniente: 13

➤ Inconveniente: 18

➤ N. d. A: 00

- Conveniente: Significa que el juez de Primera Instancia, si es conveniente....
- Inconveniente: Porque el juez de Primera Instancia, no es la persona idónea en autorizar instrumentos públicos notariales, y se podría convertir en.....
- ¿Cuál es su opinión respecto a la dualidad de normas contenidas en la legislación guatemalteca, con relación al título que identifica la presente tesis?

➤ Conveniente: 11

➤ Inconveniente: 20

- **Conveniente:** En el sentido de que la norma tiene carácter de excepción.
- **Inconveniente:** La dualidad contenida en la legislación guatemalteca, debe desaparecer.
- ¿En países como Guatemala, en donde el Notariado ha logrado alcanzar un alto grado de desarrollo y madurez, tanto como práctico, será que es necesaria la actuación del notario-juez?
 - **Necesaria:** 12
 - **Innecesaria:** 19
- **Es conveniente modificar o derogar el Artículo sexto inciso uno del Código de Notariado. ¿Por qué?**
 - **Conveniente:** 19
 - **Inconveniente:** 12
- **Conveniente:** En el sentido de que se prohíba el ejercicio del notariado a los jueces.
- **Inconveniente:** No es conveniente modificar o derogar el Artículo sexto numeral uno, atendiendo a las necesidades jurídico-sociales, que tienen las personas que residen en el área rural.

4.6 Análisis jurídico de la reforma que se debe hacer al Código de Notariado en cuanto a que los jueces cartulen en determinados casos, así como lo regula la Ley del Organismo Judicial

En virtud a que la norma específica que en el presente caso es el Código de Notariado, deviene que sea aplicada esta, pero la Ley del Organismo Judicial que es norma específica de aplicación al ámbito jurisdiccional se debe aplicar esta, por tal motivo al existir dos normas que regulan la prohibición o no de cartular por parte de los jueces, es de suma importancia establecer que norma debe aplicarse, por lo que, es de mayor utilidad que sea reformado el Código de Notariado, y así terminar con esta incertidumbre jurídica de qué norma debe ser aplicada.

No obstante la prohibición a la que se ha hecho referencia, los Artículos quinto y sexto del Código de Notariado, establece que pueden ejercer el notariado, entre otros:

- 1.-el personal directivo y docente de la Universidad de San Carlos y otros establecimientos de enseñanza del Estado;
- 2.- Los abogados consultores, consejeros o asesores, los miembros o secretarios de las comisiones técnicas consultivas o asesores de los organismos del Estado, así como los directores o redactores de las publicaciones oficiales, siempre y cuando el cargo que sirvan no sea a tiempo completo;
- 3.- los miembros de las corporaciones municipales, cuando desempeñen sus cargos ad honorem (exceptuando al Alcalde);
- 4.- Los miembros del Tribunal de conflictos de jurisdicción;

5.- Los miembros de las Juntas de Conciliación, de los Tribunales de Arbitraje y de las Comisiones Paritarias que establece el Código de Trabajo, y los miembros de las Juntas Electorales y de los Jurados de Imprenta;

6.- 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;

7.- Los cónsules o agentes diplomáticos de la República, acreditados y residentes en el exterior que sean notarios hábiles conforme a esta ley; y,

8.- Los empleados que están instituidos precisamente para el ejercicio de funciones notariales, las que no podrán ejercer con carácter particular.

Si bien es cierto la Ley del Organismo Judicial tiene razón la prohibición de los jueces en asuntos notariales, ya que en la actualidad y con el incremento de profesionales que egresan de las diferente universidades del país, y que emigran a sus departamentos y municipios de origen, por lo que es casi seguro que no existe ninguna parte del país sin que un notario ejerza la profesión en el lugar, por lo cual queda sin justificación la norma específica que regula el Código de Notariado.

Estas dos normas se contradicen ya que dentro de las actividades de los notarios, estos se convierten en consultores jurídicos, ya que consultor es la persona quien, preguntando sobre algún asunto, da su parecer.

El asesoramiento jurídico-cautelar es típica función de los notarios; son consejeros desinteresados de las partes, y les hacen conocer toda la extensión de las obligaciones que contraen.

Un autor germano contemporáneo señala como las complejidades de la vida jurídica y el aumento notable de ellas han hecho que la actividad consultiva del notario alcance un nivel inusitado.

Existe acuerdo generalizado acerca de que así como al abogado le corresponde defender, privilegio del notario es precaver o cautelar. No obstante, suele afirmarse, sin profundizar el análisis, que el asesoramiento jurídico y en especial modo la consulta, es campo común a una y otra profesión.

En realidad, es poco frecuente que se requiera la opinión escrita de un notario, respecto de cuestiones de su especialidad; pero no es inusitado. Por lo general, esta clase de consultas se origina en una actividad paralela a la de carácter gremial; es habitual que los afiliados de los Colegios o asociaciones de notarios, en algunos países, planteen a dichas instituciones sus dudas y problemas jurídicos y que ella, antes de emitir opinión propia, solicite la de colegas especializados en la materia respectiva.

Por lo que la anterior exposición contraviene lo regulado para los jueces ya que dentro de los principios que los rigen no puede pactar en ningún momento honorarios con las partes y mucho menos asesorar a alguna de las partes.

En tales casos la obligación de imparcialidad, característica de la función, se mantiene en total vigencia; podríamos decir, si fuese admisible, que en esos casos

esa nota de la función exagera. Lo indudable es que el notario debe emitir sus opiniones escritas con la más absoluta probidad y con tal objetividad.

Con respecto al ejercicio del notariado por los jueces se establece que en países en donde el notariado ha logrado alcanzar un alto grado de desarrollo y madurez, tanto doctrinal como práctico, la función notarial de esta manera exclusiva en manos de los notarios.

Por su dependencia plena del poder administrador, la función notarial es 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 demarcación cerrada. En cuanto a la eficacia del instrumento público, por ser actos derivados del poder del Estado tiene 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.

Como se puede apreciar, el notariado se ejerce en una dependencia del Ejecutivo y resulta siendo el notario un funcionario de gobierno y como empleado de este, recibe un salario.

Asimismo el único vestigio que tenemos de 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 sino que al Estado.

Por otra parte para desarrollar la fuente de aplicación de qué norma proceda en relación a definir el Conflicto de Leyes en el Tiempo, el problema suscita cuando dos normas jurídicas con identidad de ámbito de validez, material, personal y

territorial, pero con diverso ámbito temporal (una anterior y otra posterior), regulan de diversa manera una situación jurídica determinada, produciendo de esta manera un conflicto en cuanto a la norma aplicable al caso dado.

Siendo que para la presente investigación lo importante es determinar en caso de duda qué ley es aplicable al caso concreto, tomando en consideración el tiempo en que se haya realizado la hipótesis planteada en la norma o el tiempo en que se produzcan sus efectos, y por último aporta el concepto del conflicto de leyes en el espacio, está determinado por la duda que pueda presentarse en relación a la ley aplicable, partiendo del lugar en que se realicen las hipótesis planteadas en las normas jurídicas.

Por otra parte hay que tomar en cuenta el encuadramiento de la función notarial cuando hace mención de las tres corrientes siendo una de ella la tesis jurisdiccional en este sistema la función notarial es ejercida por un empleado jurisdiccional y lo hace en la calidad de funcionario del Estado y por eso solo hecho los documentos por el autorizados adquieren fe pública, y además, como cualquiera otra resolución judicial, adquiere autoridades de cosa juzgada.

En este caso, la función notarial es cerrada y obligatoria para el funcionario. Que en nuestro medio todavía queda algo de este sistema, pues hay situaciones de excepción notariales y a causa de la similitud entre la función notarial de estos empleados públicos y la función notarial ejercida por el notario del sistema notarial Latino, algunos tratadistas han pensado que también este es un funcionario público por el carácter y los efectos que producen los instrumentos que estos autorizan.

CONCLUSIONES

1. El notario y el juez, son dos funcionarios que desempeñan actividades totalmente incompatibles, en virtud que no pueden ser juez y parte dentro un proceso; o bien haber sido requeridos por una de ellas, con lo cual se pierde la imparcialidad de dichos jueces.
2. En su momento, el Artículo sexto numeral uno del Decreto 314 del Congreso de la República, al facultar a los jueces a cartular en particulares circunstancias fue de mucha utilidad; pero en la actualidad ya no se justifica, por lo cual tendría que ser reformado dicho Artículo, ya que en la actualidad existen más de doce mil profesionales del derecho, que cubren cualquier necesidad notarial en todo el país.
3. Ya no es indispensable la actuación del notario-juez porque en la totalidad de departamentos en que se divide la República, se cuenta con suficientes notarios, que suplen las necesidades de la población, en el contexto notarial, en virtud de que las funciones jurisdiccionales son totalmente incompatibles y jurídicamente inconvenientes, porque el juzgador, se podría convertir en juez y Parte a la vez.
4. Todo juez tendría claro que esa función notarial ya se encuentra desactualizada a pesar de que la norma indique lo contrario, por lo que debe concientizarse para que desista de realizar esta función notarial y cumpla únicamente con la de impartir justicia y la función notarial la delegue a quien actúa en forma liberal como notario.

RECOMENDACIONES

1. Es imperiosa la necesidad de que el Código de Notariado sea reformado con el objeto de actualizarlo, y así ponerlo al día en relación al avance científico que ha logrado alcanzar la noble profesión de notario, con lo cual se evitará que este derecho se atrase con relación a la actualidad.
2. Que las dos actividades del notario y del juez sean debidamente separadas por las normas que las regulan para que así se evite confusión en cuanto a quien tiene competencia para ejercer, debido a que muchas personas no versadas en la materia y en lugares lejanos del país, y que no se encuentran actualizados en esta clase de tema, tengan dudas cuando y como debe aplicarse la norma relacionada, para no crear confusión alguna.
3. Debido al incremento de abogados y notarios, se debe derogar la norma que regula la función notarial mixta, exclusivamente en que los jueces de primera instancia cumplan con tal cometido, esto será de gran ayuda para que en caso de duda ante la norma, esta ya no exista y así ningún juez pueda ejercer la función de notario en el ejercicio de su judicatura.
4. La reforma a la norma contenida en el artículo seis numeral uno del Código de Notariado, Decreto Ley 314, servirá para que los jueces, abogados y personas particulares sepan a quién deben acudir y en qué caso, con lo cual se evitarán problemas futuros por la mala aplicación de la norma o en todo caso la mala asesoría hacia las personas que requieran servicios notariales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial**. 2t.; 2ª. ed.; Ed. Eiar, Sociedad Anónima; Buenos Aires, Argentina, 1956.
- ARGENTINO, Neri. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. (s.e.); Ed. Porrúa, (s.p.); 2000.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Ed. HELIASTA SRL. Buenos Aires, Argentina. 1994.
- CARNEIRO, José A. **Derecho notarial**. 2ª. ed.; Ed. Eiar, Sociedad Anónima; Perú, 1988.
- CARRAL y de TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. 10ª. ed.; Ed. Porrás, Sociedad Anónima; México, 1988.
- DE LA CAMARA y ALVAREZ, Manuel. **El notario latino y su función**. Publicación del Colegio de abogados y notarios de Guatemala. Serviprensa Centro Americana. Guatemala 1973.
- GONZÁLEZ, Carlos Emerito. **Derecho notarial**. Ed. La Ley, S. A.; Buenos Aires, Argentina, 1971.
- GUARDIOLA, Eliseo J. y MONETA, Raul A. **Sistematización didáctica de estudios**. Ed. Consejo Federal del Notariado Argentino; Buenos Aires, Argentina, 1961.
- JIMÉNEZ ARNAU, Enrique. **Derecho notarial**. Ed. Universidad de Navarra, Sociedad Anónima; Pamplona, España, 1976.
- LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho**. 5ª. ed.; Ed. Estudiantil Fenix; Buenos Aires, Argentina, 1956.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. 6ª. ed.; Ed. Mayté; Guatemala, 1998.

NERI, Argentino I. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. 2ª. ed.; Ed. De Palma; Buenos Aires, Argentina, 1980.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. HELIASTA SRL; Buenos Aires, Argentina. 1980.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho notarial**. Ed. Porrúa, S. A. Madrid, España 1976.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de Derecho civil español**. 3ª. ed.; Ed. Porrúa, S. A. España 1976.

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala. **Época XI enero a junio de 1984, No. 5**.

SANAHUJA y SOLER, José María. **Tratado de derecho notarial**. 2t.; Ed. Casa; Barcelona, España, 1945.

SALAS, Oscar A. **Derecho notarial de Centro América y Panamá**. Ed. Costa Rica; Costa Rica, 1973.

TREJO DUQUE, Julio Anibal. **Aproximación al derecho procesal penal y análisis breve del actual proceso penal**. 2ª. ed.; Ed. Fenix; Guatemala, 1988.

Legislación:

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

Código de Notariado. Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, Guatemala 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República, Decreto Ley 106, 1964.

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

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