

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

**LA TRANSPARENCIA DEL PROFESIONAL DEL DERECHO EN EL EJERCICIO DE
LA PROFESIÓN.**

MARSY FABIOLA DÍAZ MARTÍNEZ

GUATEMALA, MAYO DE 2024

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

**LA TRANSPARENCIA DEL PROFESIONAL DEL DERECHO EN EL EJERCICIO DE
LA PROFESIÓN.**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARSY FABIOLA DÍAZ MARTÍNEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo de 2024

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

DECANO:	M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Lcda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic. Rodolfo Barahona Jacomé
VOCAL III:	Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Lic. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Heber Dodanin Aguilera Toledo
Vocal:	Lic. Jaime Rolando Montealegre
Secretario:	Lic. Jorge Eduardo Aviles Salazar

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Cristóbal Gregorio Sandoval García
Vocal:	Lic. Milton Estuardo Riveiro González
Secretaria:	Lcda. Yina Elizabeth Ardon Villavicencio

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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 06 de septiembre del 2022

Atentamente pase al (a) Profesional

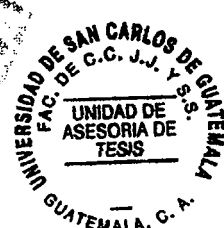
HUGO ANTONIO GONZALEZ GODINEZ,

Para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **MARSY FABIOLA DÍAZ MARTÍNEZ**, con carné: **201014545** titulado **LA TRANSPARENCIA DEL PROFESIONAL DEL DERECHO EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN.**

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

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.



CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
Jefe (a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

JPTR

Fecha de recepción 14 / 09 / 2022

Lic. Hugo Antonio González Godínez
ABOGADO Y NOTARIO

Asesor (a)
(Firma y sello)

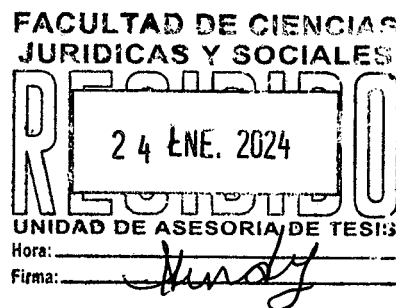




Lic. HUGO ANTONIO GONZÁLEZ GODÍNEZ
ABOGADO Y NOTARIO
Dirección: Eje 3 casa 19, sector las Bougambilias,
Zona 3 de Villa Nueva, Guatemala.
TELÉFONO: 66721297

Guatemala 20 de septiembre de 2022

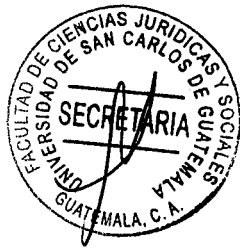
Dr.
Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Distinguido Jefe de la Unidad de Tesis

En cumplimiento a la resolución emitida por esta unidad de asesoría de tesis de fecha 6 de septiembre del 2022. Se me nombró asesor de tesis del bachiller **MARSY FABIOLA DÍAZ MARTÍNEZ**, quien desarrolló el tema intitulado **“LA TRANSPARENCIA DEL PROFESIONAL DEL DERECHO EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN.”** Me es grato hacer de su conocimiento.

- a) La tesis abarca un amplio contenido técnico y científico relacionado con la fe pública y el actuar transparente del profesional del derecho dentro de su quehacer en observando de la seguridad jurídica.
- b) Los métodos utilizados fueron los siguientes: método analítico el cual permitió explicar la protección de la fe pública como bien jurídico tutelada relacionado con la ética, moral y decoro de la profesional sobre el que descansa la figura del notario; el sintético el cual sirvió para exponer medidas a tomar para que la sociedad no desconfíe de los profesionales del derecho y el deductivo que permitió explicar las sanciones impuestas por el Colegio Profesional a los notarios que quebrantan la fe pública.
- c) Para desarrollar la tesis fueron utilizadas las técnicas de fichas bibliográficas y la documental, con las cuales se logró obtener la información doctrinaria y legal actualizada.
- d) La redacción utilizada es la adecuada y el tema es abordado de una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina.



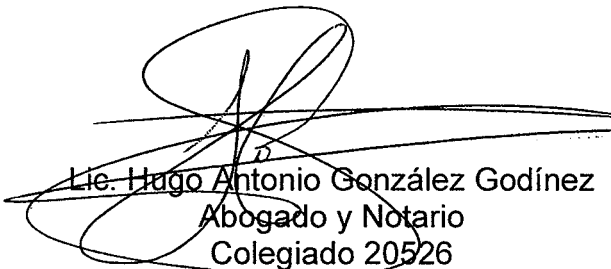
Lic. HUGO ANTONIO GONZÁLEZ GODÍNEZ
ABOGADO Y NOTARIO

Dirección: Eje 3 casa 19, sector las Bougambillas,
Zona 3 de Villa Nueva, Guatemala.
TELÉFONO: 66721297

- e) La tesis contribuye científicamente a la sociedad guatemalteca y señala que actuar del profesional del derecho debe ser transparente para robustecer la fe pública y la seguridad jurídica, así como, la no transgresión del decoro de la profesión del derecho lo cual genera desconfianza en la sociedad.
- f) La conclusión discursiva se relaciona entre sí y con los capítulos de la tesis. Al trabajo de tesis se le hicieron algunas enmiendas las cuales fueron atendidas por el sustentante; el bachiller aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios.
- g) Los objetivos establecieron lo esencial y definieron a la fe pública, los delitos que atentan contra la fe pública, como proteger la fe pública y sanciones gremiales aplicables al profesional del derecho que atenta contra la seguridad jurídica.
- h) En lo referente a la bibliografía consultada, se observó que se consultaron los libros y documentos adecuados para el desarrollo de la tesis, por lo que puede continuar con el trámite correspondiente.

Como **ASESOR** declaro que no soy pariente del estudiante dentro de los grados de ley y emito **DICTAMEN FAVORABLE** pues considero que, de conformidad con lo establecido en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público, cumple con todos los requisitos establecidos, para sustentar el examen público de tesis, por lo que con el debido respeto a su alta investidura, me suscribo de usted.

Atentamente.


Lic. Hugo Antonio González Godínez
Abogado y Notario
Colegiado 20526

Lic. Hugo Antonio González Godínez
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

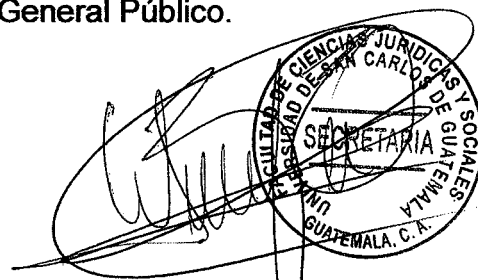
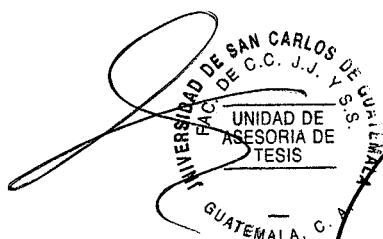


D. ORD. 52-2024

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, veintidós de enero de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **MARSY FABIOLA DÍAZ MARTÍNEZ**, titulado **LA TRANSPARENCIA DEL PROFESIONAL DEL DERECHO EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

HMAC/JIMR





DEDICATORIA

A DIOS:

Padre, mi hacedor, por sus incesantes y abundantes bendiciones sobre mi vida, por su misericordia, la sabiduría concedida, por amarme infinitamente desde el principio sabiendo que será así hasta mi final.

Hijo, mi esperanza y mi sol, por el regalo de la salvación, por alumbrar mi vida con su divina luz eterna aún en la más profunda oscuridad, porque conocerle ha sido el mayor honor.

Espíritu Santo, mi consuelo, mi libertador, por guiar y direccionar mi caminar, por la capacidad de amar y el don de servir que me ha concedido.

A MI PADRE:

Ezequiel Merari Díaz González (Q.P.D.) con amor.

A MI MADRE:

Dora Leticia Martínez. Ejemplo de lucha incesante, por los valores y principios inculcados y porque tengo la certeza de que sus oraciones jamás faltaron.

A MI ESPOSO:

Henry Alfredo Calí Abad, por su amor, su paciencia y su apoyo, pero sobre todo por la bendición que representa en mi vida. Te Amo.

A MIS TÍOS:

Ever Gudiel Díaz González y Vilma Janeth Vásquez Luna, por su apoyo y sus sabios consejos, especialmente por su cariño y sus oraciones.



A MIS HERMANOS:

Delmi Griselda Díaz Martínez, Zaida Claribel Díaz Martínez, Randy Merari Díaz Martínez, Lidsmey Betzabé Díaz Martínez, Jhanssen Esequiel Díaz Martínez, Asdrubal Gudiel Díaz Martínez, y Allizon Arleth Díaz Martínez, por su amor, su apoyo, por ser impulso y pilares en la senda adversa que recorrimos juntos, los amo.

A MIS SOBRINOS:

Yaretzy Monserrat Fernández Díaz; Estefany Gisell Fernández Díaz, Eduardo Alexander Fernández Díaz, Kaitlyn Larissa Díaz Chávez y Meredith Dorissa Díaz Chávez. Con amor.

A MIS PRIMOS:

Joseffin Ana Gabriela Díaz Vásquez, Paula Jeaneth Díaz Vásquez, y Ever Emmanuel Díaz Vásquez, y Carlos Javier Martínez, por su amor y su cariño.

A MIS AMIGOS:

Lic. Antonio Castillo Pérez (Q.E.D.). Lic. Manfredo René Velásquez Gallo, Lic. Jorge Alberto Cifuentes García, Lcda Zucelly Yolyzeth Manzanero Corzo y Lcda Karen Celina Castillo Cifuentes, por su invaluable amistad y su incondicional apoyo.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

A:

El Pueblo de Guatemala



PRESENTACIÓN

Para llevar a cabo la investigación de tipo cualitativa, tratando de explicar la carencia de valores éticos y morales lo cual genera inseguridad jurídica en el actuar notarial, asimismo, vulnerándose la fe pública notarial ya que esta puede carecer de veracidad, legalidad y certeza jurídica a través de la recopilación de información doctrinaria y legal del área del derecho notarial, se estudia a los profesionales del derecho (notarios) durante el periodo del año 2009 al 2014. La investigación por ser eminentemente teórica no requiere una delimitación geográfica.

El objeto fue dar a conocer las penas y sanciones más severas a los profesionales que quebrantan la fe pública, así como la posibilidad de que se pueda recuperar la confianza de la población hacia los notarios, garantizando la fe pública y los efectos de su delegación estatal.

De conformidad con el Código de Notariado, la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de rehabilitar al profesional del derecho que ha transgredido la fe pública a través de la comisión de ilícitos penales que vulneran este bien jurídico tutelado, lo cual atenta contra la seguridad jurídica en general.



HIPÓTESIS

La hipótesis surge en torno a cómo se puede garantizar la protección de la fe pública como bien jurídico tutelado a través de mecanismos que permitan a las entidades gubernamentales destinadas para ello, el control y fiscalización del actuar del notario en ejercicio, para evitar arbitrariedades y sobre todo el quebrantamiento de la fe pública de la cual están investidos los profesionales del derecho y así evitar cualquier inseguridad jurídica.

La hipótesis específica gira en torno a que los profesionales del derecho dentro de su actuar profesional deben respetar la legalidad, las leyes notariales, civiles, penales y administrativas, pero siempre con apego a la transparencia debido a que el notario es considerado como funcionario público con fe pública notarial la cual debe ser utilizada para proteger y garantizar la seguridad jurídica.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis se comprobó a través del método analítico el cual permitió explicar la protección de la fe pública como bien jurídico tutelado relacionado con la ética, moral y decoro del profesional sobre quien descansa la figura del notario; el método sintético el cual sirvió para exponer medidas a tomar para que la sociedad no desconfíe de los profesionales del derecho y el método deductivo que permitió explicar las sanciones impuestas por el Colegio Profesional a los notarios que quebrantan la fe pública.

Se validó la hipótesis, en torno a que la protección de la fe pública ciertamente está garantizada como un bien jurídico tutelado, pero este bien jurídico puede ser inobservado cuando el notario es rehabilitado por la Corte Suprema de Justicia y éste violentó la fe pública peligrando la seguridad jurídica.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

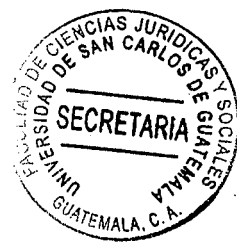
1. Derecho notarial	1
1.1. Derecho notarial, una breve definición	2
1.2. El derecho notarial: sus antecedentes históricos y sus orígenes	4
1.3. El derecho notarial y sus características	12
1.4. Fuentes del derecho notarial	15
1.5. Principios del derecho notarial	18

CAPÍTULO II

2. El notario	23
2.1. El notario, distintas definiciones	25
2.2. Requisitos habilitantes para ser notario	28
2.3. Funciones del notario	31
2.4. El notario y la ética profesional	36

CAPÍTULO III

3. La fe pública, generalidades	43
3.1. Fundamentos	45
3.2. Clases de fe pública	46
3.3. Documentos notariales	50
3.4. La fe pública en contratos y el valor de los instrumentos notariales	54

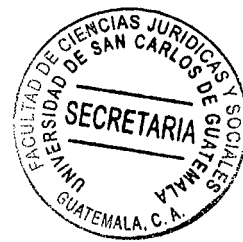


CAPÍTULO IV

4. Delitos contra la fe publica	59
4.1. Tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva.....	63
4.2. Consumación	68
4.3. La fe pública como bien jurídico tutelado	69
4.4. Tipos penales que contiene el Código Penal guatemalteco en contra de la fe pública.....	73

CAPÍTULO V

5. La transparencia del profesional del derecho en el ejercicio de la profesión	77
5.1. ¿Cómo proteger la fe pública?	82
5.2. Medidas a tomar para que la sociedad no desconfíe de los profesionales del derecho	85
5.3. Sanciones impuestas por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala a los notarios que quebrantan la fe pública.....	87
5.4. El Artículo 104 del Código de Notariado y su relación con la transparencia del notario	90
5.5. Justificación de la reforma legislativa al Artículo 104 del Código de Notariado.....	94
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	99



INTRODUCCIÓN

La investigación sustenta su justificación en torno a la transparencia en el ejercicio de la profesión vinculada a los profesionales del derecho que tienden a falsificar documentos quebrantando la fe pública que los inviste, esto genera desconfianza por parte de la sociedad hacia el actuar de los notarios como profesionales del derecho así como el quebrantamiento y vulneración de la seguridad jurídica que va en contra del bien jurídico tutelado de la fe pública garantizado por la legislación penal, mientras que por otra parte el decoro de la profesión sufre un desgaste a nivel gremial.

La especificación del problema se centra a la falta de transparencia notarial, porque conlleva a la comisión de los delitos en contra de la fe pública por los profesionales del derecho investidos de fe pública, así como la degradación del gremio y ofensa a la seguridad jurídica ya que algunos documentos adquieren relevancia y fuerza probatoria al ser autorizados, llevando implícita la garantía de la seguridad jurídica y la exigencia de veracidad legal por parte de la sociedad derivado de la fe pública.

Se estableció como objetivo general, determinar cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales que conlleva el abuso y vulneración de la fe pública notarial, dando como consecuencia la imposición de sanciones penales, civiles y de índole profesional, siendo estas últimas leves en el entendido de que el actuar notarial va de la mano con la ética y este debe proteger la fe pública para garantizar la seguridad jurídica.

Dentro de la investigación se utilizaron necesariamente el método analítico, sintético, deductivo e inductivo y, técnicas bibliográficas y documentales. La investigación está

sustentada en cinco capítulos con aportes legales, doctrinarios y analíticos. El primero abarca El derecho notarial. Derecho notarial, una breve definición. El derecho notarial: sus antecedentes históricos y sus orígenes. El derecho notarial y sus características. Fuentes del derecho notarial y Principios del derecho notarial; el segundo aborda El notario. El notario, distintas definiciones. Requisitos habilitantes para ser notario. Funciones del notario y, El notario y la ética profesional.

El tercero, comprende La fe pública, generalidades. Fundamentos. Clases de fe pública. Documentos notariales y La fe pública en contratos y el valor de los instrumentos notariales; el cuarto, aborda Los delitos contra la fe pública. Tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva. Consumación. La fe pública como bien jurídico tutelado y Tipos penales que contiene el Código Penal guatemalteco en contra de la fe pública; el quinto comprende La transparencia del profesional del derecho en el ejercicio de la profesión. Cómo proteger la fe pública. Medidas a tomar para que la sociedad no desconfíe de los profesionales del derecho. Sanciones impuesta por el Colegio Profesional a los notarios que quebrantan la fe pública. El Artículo 104 del Código de Notariado y su relación con la transparencia del notario y, La justificación de la reforma legislativa al Artículo 104 del Código de Notariado.

La fe pública va aunada a la seguridad jurídica y debe respetar la legalidad en la esfera jurídica; y el notario como profesional del derecho en su quehacer profesional debe garantizar la protección jurídica que ostenta la fe pública desde el punto de vista penal. Por su parte, la transparencia notarial es parte de la ética profesional pues protege la fe pública a través de sanciones severas combinadas con el derecho penal.



CAPÍTULO I

1. Derecho notarial

Es una de las áreas del derecho más antiguas en la sociedad egipcia y nace de la necesidad de las personas de darle una validez jurídica a sus actos y forma a sus voluntades. Desde tiempos antiguos, aun cuando no existía la escritura los seres humanos ya creaban obligaciones que otras personas necesitaban ejercitar, formando parte del derecho. Para dar fe de estos contratos, lo único que constaba como prueba eran las declaraciones testimoniales de quienes presenciaban el acto, ya que, estos se hacían frente a determinadas personas por lo que a veces derivado de la voluntad de las masas o efectos psicológicos colectivos lo pactado en estos contratos se veía tergiversado.

Con los avances en la comunicación de las personas estos testigos y audiencias públicas que generaban obligaciones se formalizaron en actas que eran redactadas por los precursores (personas antecedieron a los notarios) de los notarios, obviamente esto se dio al momento en que la escritura empezó a tomar papeles importantes en la forma de la comunicación de los seres humanos. Estas personas que redactaban documentos y que conferían certeza jurídica se le llamó escribano (desde el punto de vista hebreo) y que, frente a las dificultades del acceso a la educación en etapas tempranas del desarrollo humano esta persona era la que más estaba preparada para dar forma a las voluntades, que podía leer y escribir y con el avance de las leyes en materia de notariado y administrativo, aparece entonces la figura de la fe pública lo cual le permitió



al escribano solidificar esas obligaciones en títulos que una de las partes podía ejecutar en contra de la otra y desde esta etapa, es decir, hace ya varios siglos atrás que las personas han tenido la necesidad de poseer un documento que conste una obligación que derive en el amparo de sus derechos.

Es entonces que la figura de la fe pública determina otros factores de importancia pues con control estatal aparecen las formalidades que un notario debe observar para darle validez jurídica al documento que pretende nacer a la vida jurídica, esto actualmente sigue siendo aplicado ya que la observación de estas solemnidades otorga autenticidad y certidumbre a los actos entre particulares.

Esta figura, es decir, todo lo que engloba el derecho notarial, existe para procurar que la forma de los actos y voluntades jurídicas sean válidas, que no adolezca de anulabilidad o que no sea nulo, puesto que dentro de las funciones del dador de fe pública se encuentran todos estos mecanismos que nos ayudan a evitar esta problemática.

1.1. Derecho notarial, una breve definición

No se puede empezar el estudio analítico de un concepto en específico sin antes poder definirlo desde sus elementos más básicos. La historia del derecho notarial es amplia en el sentido de que este se halla entre las áreas más antiguas del derecho, siendo (su origen de forma probable con el escriba egipcio, quien era el encargado de redactarle al Estado sus documentos y también a los particulares), pero en esencia se ha mantenido



bajo las mismas reglas, acatando un cumulo de solemnidades para poder hacer que los documentos que se faccionan bajo su amparo nazcan a la vida jurídica.

El derecho notarial en Guatemala se ocupa técnicamente de la teoría formal del instrumento público. Esto quiere decir que su ámbito de aplicación va dirigido específicamente al estudio de todas las formalidades requeridas dentro de un instrumento público. Se puede definir entonces al derecho notarial como un área de las ciencias jurídicas que se ocupa de estudiar al notario y a la teoría formal del instrumento público.

La enciclopedia jurídica aporta la siguiente definición: "Conjunto normativo y doctrinal que regula la actividad de los funcionarios públicos denominados notarios. En buena medida se compone de reglas de derecho privado que complementan, en su dimensión formal, las normas sustantivas del derecho civil y del mercantil. Más que de una disciplina jurídica claramente diferenciada se trata de una agrupación normativa aplicable a la función notarial, en cuanto ésta consiste en recibir la voluntad de las partes, asesorándola en su caso, en redactar el escrito notarial correspondiente y autorizarlo con la fe pública, conservar aquél y expedir las copias interesadas. En todo caso, la función notarial se efectúa a instancia de parte y, pese a ejercerse al servicio de intereses privados, respetará siempre el interés público."¹

¹ <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/derecho-notarial/derecho-notarial.htm> (Consultado: 4 de julio de 2021)

Otra definición a tomar en cuenta consiste en que el: “Derecho notarial es el conjunto de doctrinas y de normas jurídicas que se encargan de la regulación de la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público.”²

Mientras que por otra parte, “El derecho notarial es la rama autónoma del derecho público que se encarga de estudiar la institución del notariado, así como también la teoría general del instrumento público notarial.”³

El derecho notarial en términos generales resulta ser aquella área del derecho que se encarga de regular y establecer los requisitos que debe cumplir el notario dentro de su quehacer en el ejercicio puramente notarial, asimismo, también se incluyen todos aquellos requisitos habilitantes que debe cumplir el notario para poder ejercer su profesión, también impedimentos dentro de los cuales se encuentra el profesional del derecho experto en la creación del instrumento público.

1.2. El derecho notarial: sus antecedentes históricos y sus orígenes

Desde hace tiempo atrás (tomando como base a la sociedad egipcia y romana) la humanidad ha presentado la necesidad de conferir certeza jurídica a los actos que contengan voluntades o la creación, modificación o extinción de una obligación; esto se plasma en la legislación moderna en preceptos de cómo el Estado se organiza para proteger a la persona, esta protección de la cual habla la ley no es únicamente física o

² Salas, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. Pág. 20

³ Ríos Hellig, Jorge. **La práctica del derecho notarial**. Pág. 40

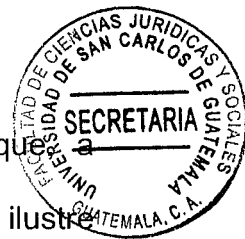


que se entienda como una seguridad de la misma índole, sino que se debe entender en su sentido amplio lo cual se transfiere a la seguridad jurídica.

El derecho notarial no ha aparecido de la nada en la legislación de los países ya que ha necesitado de siglos de desarrollo y avances en materia de comunicación humana. Objetivamente ha caminado de la mano con el derecho civil y aunque comparte un sin número de preceptos es importante destacar que este cuenta con sus propias plataformas.

Su nacimiento se deriva de la necesidad de las personas de dotar de certeza jurídica a los actos, declaraciones de voluntad o a la creación, modificación o extinción de una obligación. Las sociedades desarrolladas de la actualidad estipulan como uno de sus pilares fundamentales la defensa de la persona y su seguridad; esta seguridad se traduce también en una seguridad jurídica, no solamente una seguridad física, es por ello que esta seguridad jurídica se configura a través de la llamada fe pública.

Sin embargo, se debe tener presente que según estudiosos del derecho notarial: "Hoy en día el derecho notarial es tan amplio que su nacimiento no se le puede atribuir a una nación o pueblo en específico, porque nace de las necesidades de las sociedades y además cada una de esta posee legislación propia, legislación interna que establece las solemnidades propias con las que se debe cumplir para la validez de todo lo que se redacte al amparo del derecho notarial.



Tal aseveración se puede observar en esta cita tampoco puede decirse que a semejanza de otras ciencias, tenga su nacimiento en la vida de algún personaje ilustre o notable por cualquier concepto en la historia científica, social o política de alguno de los pueblos de remota existencia, porque los datos históricos adquiridos a este respecto son hasta hoy insuficientes para aceptar una opinión en ese sentido.”⁴

Ante tal situación es importante tener presente que del derecho notarial: “Hay antecedentes en diversas civilizaciones no puede atribuírsele a una en especial el origen del derecho notarial, y que el origen surge al momento en que se sintió la necesidad de contratar entre los hombres, o que es tan antiguo como la primera ley escrita o como la primera aplicación de la ley positiva, no siendo posible determinar la época de su creación, ni el pueblo o sociedad en que primero fue conocido.”⁵

A lo largo de la historia los pueblos han requerido satisfacer necesidades no de manera inmediata, sino que, a lo largo del tiempo, a lo que hoy se conoce como obligaciones de tracto sucesivo; esta sujeción de obligaciones se debía cumplir, pero sobre todo se necesitaba dejar constancia al respecto. Estas necesidades de las que se hablan son realizables únicamente mediante la contratación y esta no se podía dar sin intervención de un funcionario o una serie de solemnidades que cumplir para hacer oponible estos derechos a otras personas.

⁴ Girón, José Eduardo. **El notario práctico**. Pág. 1

⁵ Amaya Santos, Edna Karina. **La necesidad de regular un procedimiento para sanear errores cometidos en los instrumentos públicos, al fallecimiento del notario**. Pág. 2



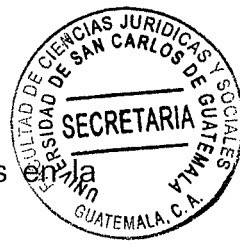
Es por ello, que: “No puede concebirse que, en un pueblo organizado medianamente, hayan dejado de existir necesidades que llenar, realizables solo en virtud de la contratación voluntaria; y la existencia de personas encargadas de dar forma, mediante ciertos requisitos preestablecidos, a los convenios originados por aquellas.”⁶

También, es necesario tomar en cuenta que el notario aparece como una figura de escribano y no como un funcionario público, ya que este simplemente no tenía la potestad de hacer constar lo que las partes solicitaban sino que le daba cierta legalidad a las sentencias de los jueces y magistrados. En esta temprana etapa esta figura no se regía expresamente por un Código de Notariado sino que por leyes de carácter procesal; por ello, el notariado se vio forzado a evolucionar para poder definir la esfera en la que este actuaría porque se podría dar lugar a confundir sus funciones con las de un rey o de un magistrado.

En épocas anteriores al descubrimiento de América, imperios como el español o el griego (años 1580) dominaban gran parte de lo que hoy se conoce como Europa, sin embargo, se ignora que estos hayan tenido una institución similar a lo que se conoce hoy en día como notariado.

Es de importancia mencionar que a pesar de que lo anterior es cierto, también lo es que el imperio romano ya contaba con estos preceptos dentro de su derecho, es decir que debido a esto el sistema notarial aplicado es de corte latino porque la mayoría de los usos y costumbres que se localizan en el derecho notarial romano fueron trasladados a

⁶ Op. Cit. Pág. 2



Latinoamérica y esto se tradujo en formalidades que hoy día están arraigadas en la legislación de la mayoría de los países del nuevo continente.

En Latinoamérica surge el notariado en el Siglo XI y esencialmente sigue sin tantos cambios a la fecha; llega el momento de la edad media en donde todo el ejercicio del derecho notarial se vuelca a la iglesia católica que ostentó por mucho tiempo la certeza jurídica de los actos que se sometían por mandato propio a ellos mismos bajo la bandera de autoridades puestas por Dios.

Es por lo anterior que la asesoría, faccionamiento y autorización de los documentos estaba a cargo de un sacerdote con nombramiento papal con la presencia de algunos testigos por mera cuestión procedimental, estos, ya actuaban de la forma en que lo hacen hoy en día.

La iglesia católica ha sido desde su fundación, una institución con muchos cambios y es por ello que en el año 1213 el Papa Inocencio III prohíbe de forma taxativa el ejercicio del notariado a todo aquel que este ordenado en el sacerdocio argumentando que este es incompatible con toda aquella profesión lucrativa.

“Desde esa época hasta la promulgación del Fuero Juzgo y Fuero Real, los contratos y actos notariales se celebraban en presencia de la justicia ordinaria.”⁷

⁷ *Ibíd.* Pág. 14

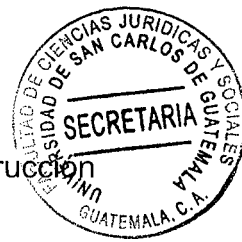
“La palabra fuero tiene acepciones distintas, se puede entender como la compilación de leyes o la formación de Códigos generales de distintas leyes, tales como fueron el fuero juzgo, el fuero real y el fuero viejo; representando también los usos y costumbres que llegaban a adquirir fuerza de ley, no como ley escrita sino como un derivado de esta persistencia en el uso y en su aplicación.”⁸ Es decir, que el derecho notarial empezó a aplicarse por vía del derecho consuetudinario.

Pero este derecho deviene inaplicable sino existe una figura que sepa manejarlo y que sepa cómo darles forma legal a las voluntades de los contratantes, es por ello que, con la conquista Goda a España, aparece la figura del Escribano, con la conquista a América esta figura a la vez fue trasladada a la legislación sentando un precedente al notario que se conoce hoy en día.

En Guatemala los primeros vestigios del avance en la comunicación escrita datan del *Popol Vuh*, pero en la Época Colonial al fundarse la ciudad de Santiago de Guatemala y en la reunión del primer cabildo que tuvo lugar el 27 de julio de 1524 se faccionó la primer acta, actuando como primer escribano Alonso de Reguera. El nombramiento, recepción y admisión del Escribano Público lo hacía el cabildo.

El trabajo del Escribano Público era en función de los contratos y las actuaciones judiciales, la colegiación de abogados y escribanos se dispuso en el Decreto Legislativo No. 81 del 23 de diciembre de 1851 que encargó su organización a la Corte Suprema de Justicia. Se creó la Ley de Notariado en la época de la Reforma Liberal en el año de

⁸ Cuauhtémoc García, Julio Antonio. **Historia del derecho notarial**. Pág. 35



1877 junto al Código Civil, al de Procedimientos Civiles y la Ley General de Instrucción Públicas.

Entonces el derecho notarial en sus orígenes fue una actividad que se podía denominar como empírica (basado en experiencia y en lo que se puede percibir por la observación de hechos) y práctica, puesto que en realidad no estaba sistematizada y hasta en tiempos modernos fue formalizada en leyes que ahora hay que observar para cumplir con los fines propios del mismo.

Dentro de la evolución que demarca la existencia del notariado se pueden determinar ciertas épocas, que según el profesor Julio Bardallo son tres:

- a) Época Pre-notarial: Como exponente de esta época, están los egipcios, los hebreos, los griegos y los romanos, como dato interesante es importante indicar, que en esta época: "Los notarios intervinieran personalmente en los contratos, con prohibición expresa de encomendarlos a sus escribanos; que conservasen cuidadosamente en el protocolo las notas primeras de los actos o contratos y que se establecieran en lugares determinados *Stationes* o *Notarías* con un *Tabelión* responsable frente a su oficina."⁹
- b) Época evolutiva: Se da principalmente en la edad media.
- c) Época moderna: Desde el Siglo XIII hasta nuestros días.

⁹ Op. Cit. Pág. 6



Ya para el Siglo XIV, se puede determinar bien qué funciones cumple cada uno de los funcionarios que tienen a su cargo el emitir o faccionar documentos públicos, pero más importantemente dar fe de los actos que se someten a su amparo.

Surgiendo la figura de notario, como secretarios del rey, los escribanos reales que actuaban como depositarios de la fe pública del rey. Asimismo, esta época comprende a los escribanos de otros oficios que eran los de los juzgados primordialmente. Los escribanos públicos tenían a su cargo los negocios jurídicos entre particulares y los escribanos de oficio que desempeñaban una función en una institución pública.

Actualmente en Guatemala el derecho notarial se encuentra regulado en el Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República, inspirado en principios que sirven de base para su aplicación y desarrollo del instrumento público; fundamentándose constitucionalmente en la seguridad que debe brindar el Estado a sus habitantes, seguridad que abarca la seguridad jurídica de la que esta investida el notario a través de la fe pública delegada por conducto del Estado cumpliéndose los requisitos previamente establecidos.

Al respecto el Código de Notariado en su Artículo 2 establece que: “Para ejercer el Notariado se requiere:

- 1) Ser guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar, y domiciliado en la República, salvo lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 6°;
- 2) Haber obtenido el título facultativo en la República o la incorporación con arreglo a la ley;

- 3) Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales; y
- 4) Ser de notoria honradez.”

1.3. El derecho notarial y sus características

Se debe entender que, las características esenciales de algo son las partes que le dan forma a una definición o mejor dicho, son los elementos esenciales sin los cuales una cosa dejaría de serlo por no cumplir con los requisitos establecidos necesarios.

Las características del derecho notarial lo diferencian de las demás áreas del derecho a pesar de estar tan íntimamente relacionado con el derecho civil, por dar un ejemplo. Se estima pertinente dar autonomía a esta área de las ciencias jurídicas ya que ostenta facultades propias e inclusive sus funcionarios y sus formalidades son igualmente únicos.

Algunas cuestiones como no ser contencioso o actuar en la fase normal del derecho son indicativos de que no se puede encasillar en la típica división de derecho público y derecho privado ya que tiene su propio campo de acción, resulta necesario tomar en cuenta de que, si bien el derecho notarial confiere certeza jurídica a actos celebrados entre particulares el escritor de esos documentos, el dador de fe, es pues en definición un funcionario público.

Entre las características propias del derecho notarial, se pueden mencionar:



- a) No existen derechos subjetivos en conflicto: Por ello se dice que actúa en la fase normal del derecho; es decir que no existe *Litis* o conflicto de intereses de las partes. De hecho, uno de los principios fundamentales de la jurisdicción voluntaria, que pertenece a la esfera del derecho notarial es que el notario deberá imperativamente separarse del proceso en el momento en que surja conflicto de intereses, al ser el notario dador de fe y responsable de dar forma legal a instrumentos públicos, no es pertinente ni lógico que forme parte del conflicto que implica una *Litis*, siendo ya esto, parte de la jurisdicción contenciosa.

Al respecto el Artículo 1251 del Código Civil establece que: “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.”

- b) Confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público: esto se debe a que el notario, que es el autorizante de los instrumentos públicos, confiere fe pública notarial a estos, la cual es delegada de la ley al mismo, dándose por ciertos cada uno de los puntos examinados dentro de un instrumento público, un ejemplo claro de ello serían las actas notariales de declaración jurada.

Al respecto los Artículos 1576, 1577 y 1578 del Código Civil establecen que: “Los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública. Sin embargo, los contratos serán válidos y

las partes pueden compelerse recíprocamente al otorgamiento de escritura pública si se establecieren sus requisitos esenciales por confesión judicial del obligado o por otro medio de prueba escrita.” “Deberán constar en escritura pública los contratos calificados expresamente como solemnes, sin cuyo requisito esencial no tendrán validez.” “La ampliación, ratificación o modificación de un contrato debe hacerse constar en la misma forma que la ley señala para el otorgamiento del propio contrato.”

- c) Se aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad a fin de resolver los derechos subjetivos: Ello se consigue aplicando normas de carácter sustantivo, que solventan algunas normas de carácter procesal.
- d) Es un derecho cuya naturaleza jurídica no puede ser encasillado en la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado: ya que actúa en las dos esferas, porque su razón de ser es la certeza jurídica y las declaraciones de voluntad. Se entiende entonces que está para proteger los negocios entre particulares y es por ello que comúnmente se puede encasillar dentro de la esfera del derecho privado, sin embargo, el funcionario que redacta estos documentos es el notario quien es un funcionario público, por el simple hecho de estar dotado de fe pública notarial, la cual únicamente es delegada por el Estado en protección a la seguridad jurídica.
- e) Actúa dentro de la jurisdicción voluntaria: derivado que el campo de actuación del notario es la jurisdicción voluntaria y que la certeza y la seguridad jurídica que el

notario confiere a los hechos y actos que la autoriza a derivado de la fe pública que ostenta.

Al respecto el Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala en su Artículo 5 establece que: “Esta ley es aplicable a todos los asuntos cuya tramitación notarial se permite en los siguientes artículos, sin perjuicio de que también puedan tramitarse ante notario los casos contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil. Los interesados tienen opción a acogerse al trámite notarial o al judicial, según lo estimen conveniente y, para la recepción de los medios de publicación, deben de observarse los requisitos que preceptúa el Código Procesal Civil y Mercantil. En cualquier momento la tramitación notarial puede convertirse en judicial o viceversa. En el primer caso, el notario debe enviar el expediente al tribunal que sea competente. En todo caso, puede requerir el pago de sus honorarios profesionales.”

1.4. Fuentes del derecho notarial

Se entiende como fuente el lugar principal de donde algo emana, de forma más específica y aplicada a las ciencias jurídicas se entiende que fuente es aquello de donde proviene una norma jurídica, es decir, lo que le da vida, esto puede ser diverso, desde fenómenos sociales que necesitan ser legislados hasta el mismo proceso legislativo que deriva en la creación de un cuerpo normativo.



Primeramente, se deben comprender las fuentes de donde emana el derecho, porque estas contribuyen a crear el andamiaje necesario para la creación de las leyes. Estas se clasifican en fuentes formales, reales e históricas.

Dentro de las fuentes que dan su razón de ser y existencia al derecho notarial se pueden mencionar, entre otras:

- a) Las fuentes reales: que hacen referencia a los poderes estatales o entidades gubernamentales que tienen potestad legal para la propuesta de iniciativas de ley y su creación respectiva; estas fuentes están basadas en culturales, políticas, religiosas o morales y el derecho notarial surge en Guatemala por aspectos de conquista.
- b) Las fuentes formales: dentro de las fuentes formales del derecho está la legislación, doctrina, jurisprudencia y costumbre y son atemporales ya que se pueden tomar en cuenta las que han tenido vigencia; sin embargo, en Guatemala la única fuente del derecho es la ley, por ende, la fuente formal del derecho notarial es la norma jurídica.

Desglosando los términos del párrafo anterior la legislación se entiende como el conjunto de leyes por medio de las cuales se regula un Estado o una actividad determinada que afecte a la sociedad en general; dentro del derecho notarial es importante hacer mención de manera específica sobre las siguientes fuentes del derecho notarial:

1. La doctrina: como fuente del derecho notarial es el pensamiento analítico de los juristas, los cuales dedican años de estudio a la filosofía del derecho para comprenderlo de una forma más indirecta y no tan positivista y esto se compila en un conjunto de opiniones que sirven para el estudio del derecho, pero carecen de toda fuerza obligatoria, sin embargo, si es cierto que sirve de plataforma para la creación de leyes y más aún para el desarrollo progresivo del derecho.
2. La jurisprudencia: es en pocas palabras, un conjunto de sentencias, estas sentencias, a diferencia de la doctrina si son de observancia obligatoria pues la misma ley les otorga ese carácter de imperatividad cuando la ley en sí, compilada en un código o estatuto no regula una situación en específico. Técnicamente se puede decir que la jurisprudencia son fallos contestes en un mismo sentido sobre casos que si bien no son iguales se puede determinar que existen elementos en común que demarcan una similitud.
3. La costumbre: también es derecho y se le conoce a nivel internacional como derecho consuetudinario, en algunas legislaciones la costumbre forma parte directa de la legislación, ya que, estos estados se rigen por un derecho no escrito que permite que las relaciones entre particulares y de los particulares con el Estado se encuentren supeditadas a los usos de la comunidad; en algunas otras legislaciones, si bien se le concede importancia a esta fuente, se le tiene como indirecta, ya que solo rige en defecto de la ley aplicable o inclusive por delegación de la misma.

c) Las fuentes históricas: son hechos que colaboran con el saber del desarrollo del derecho a lo largo de la historia, tal como documentos, testimonios, inscripciones o leyes que daten de tiempos muy antiguos que dan indicios de cómo se manejaban determinadas situaciones en distintas épocas de los estadios de la humanidad.

Sin embargo, dentro de la legislación, la única fuente del derecho notarial es la ley; al respecto el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial en su Artículo 2 establece que: “La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará. La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.”

1.5. Principios del derecho notarial

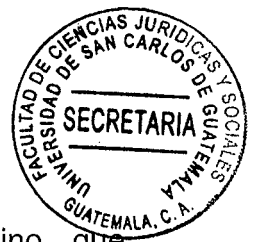
El derecho notarial, no se encuentra dentro del derecho público, ni dentro del derecho privado, por tal razón algunos autores, le han dado autonomía y dicen que es un derecho autónomo. En Guatemala, se considera que es más derecho público, la base es que, el derecho por definición tiene una función colectiva, ya que en el derecho público hay normas de organización de la sociedad; además que en el derecho público las facultades deben estar establecidas expresamente. “Por lo tanto, la actuación del notario se enmarca dentro del derecho público, aunque la actuación de los particulares entre sí es de derecho privado.”¹⁰

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 25



Estos principios se encargan de orientar el actuar del notario, es decir que son los determinantes de su ejercicio profesional, los principios bajo los que se sustenta el derecho notarial son: de fe pública notarial, de forma, de intermediación, de rogación, del consentimiento, de seguridad jurídica, de autenticación y de publicidad; pudiéndose mencionar entre otros:

- a) Fe pública notarial: conjuntamente con la legalidad la fe pública notarial resulta ser uno de los pilares fundamentales del derecho notarial; desde un punto de vista general esta debe ser comprendida como la presunción de veracidad en todos los actos sometidos a los oficios del notario. Es por ello que el Estado delega a través de la ley esta potestad al notario el cual actúa bajo el margen de las leyes para darle forma a las voluntades de las partes.
- b) De forma: es la adecuación que el notario faccionante hace a las voluntades de los que requieren sus servicios.
- c) Autenticación: de esta forma se establece que el faccionante ha sido un notario, aunque en realidad este principio abarca la autorización de un notario mediante firma y sello.
- d) Intermediación: el derecho notarial teniendo como fin supremo la realización del instrumento público necesita que el notario este siempre en contacto con las partes ya que de esta forma se asegura que ambas partes plasmen con exactitud la forma que necesitan en sus contratos y voluntades.



- e) Rogación: el notario no está facultado para actuar de oficio, sino que imperativamente necesita que las partes que desean acordar una voluntad y plasmar la declaración de la misma le soliciten sus servicios.
- f) Consentimiento: es esencial que dentro de la escritura matriz que contiene el acto, contrato o voluntad se plasme el consentimiento de las partes puesto que esto impedirá que el negocio jurídico sea nulo o anulable porque podría adolecer de vicio que imposibilite su nacimiento a la vida jurídica.
- g) Unidad del acto: este se basa en que el instrumento público, sea cual sea su contenido debe perfeccionarse en un solo acto.
- h) Protocolo: se establece que el derecho notarial tiene como fin el dotar de seguridad jurídica a las partes que convengan en crear, modificar o extinguir una obligación, así que esta seguridad es extensiva hasta en la forma en que los documentos se deben redactar y en dónde, es decir, en papel especial dentro de una colección ordenada de escrituras, mismas que pueden ser fiscalizadas en dado caso se presente la necesidad de hacerlo.
- i) Seguridad jurídica: este principio se basa en la fe pública que ostenta el notario, puesto que todos los documentos redactados bajo sus oficios se toman como ciertos, tanto dentro como fuera de juicio, a menos que se inicien los trámites legales pertinentes para redargüirlos de nulidad o impugnarlos por falsedad.



- j) Publicidad: todos los actos en los que el notario interviene por razón de su cargo son públicos mediante el aviso respectivo a la entidad fiscalizadora, además de que el contenido de los instrumentos públicos puede ser consultado por aquellos que tienen interés, esto, a excepción de los actos de última voluntad en donde existe una serie de solemnidades adicionales que imposibilitan se cumpla con este principio.



CAPÍTULO II

2. El notario

A lo largo de la historia la humanidad ha necesitado de personas que hayan adquirido conocimientos específicos en ámbitos puntuales del saber humano, así como se necesitó de médicos para examinar a las personas a las que les aqueja un padecimiento y psicólogos para ayudar en los procesos cognitivos de las personas, también se necesitan profesionales que puedan dar forma a las voluntades de las partes y crear obligaciones derivadas de estas voluntades.

El notario funciona como un fedatario (como un dador de fe obviamente fe pública notarial) y como un depositario en la actualidad, pero, aunque se debe entender que el notariado es un área de conocimiento del derecho ya antigua, la figura del notario propiamente dicho no aparece hasta hace relativamente poco en la historia humana.

En todas las civilizaciones antiguas (egipcia, griega o romana), inclusive en las páginas de historia del país existe una figura que ha dado fe de los hechos, actos y voluntades con el fin exclusivo de brindar seguridad jurídica a las personas frente entre ellos mismos o frente a terceros.

Desde civilizaciones como la del Imperio Romano, por ejemplo, se ha exigido que el escribano tenga conocimientos avanzados o estudios en derecho, es decir, un conocedor del derecho para que pueda darle forma jurídica a la voluntad de las partes.



Se cree que el antecedente más antiguo del notario fue un sacerdote sumerio y que estos eran los encargados de presidir las contrataciones entre los particulares, así que de alguna forma en una etapa temprana de la evolución humana se pudo dar fe de las voluntades de los contratantes sin siquiera haber desarrollado bien aun lo que más tarde sería la escritura así que la escritura era cuneiforme (forma de escritura que realizaban en la antigua sumeria, la cual se realizaba en grandes bloques de piedra con arcilla).

Para la edad media desaparece casi por completo la figura del notario puesto que los señores feudales por su gran poder económico tenían la facultad de intervenir en cualquier contratación entre particulares y cuando sí intervenía una persona versada en materia de derecho lo que sucedía es que no velaba por los intereses de las partes, sino que por los de su señor feudal.

Con la aparición en esta época de la figura del Papa Inocencio III, en el año de 1213 el ejercicio de la función notarial fue prohibido y con el aval de los reyes esta profesión fue trasladada con exclusividad a la clase sacerdotal, lo cual provocó que durante algún tiempo la evolución del notario quedara estancada.

En América se puede determinar con casi exactitud que el primer notario o escribano fue Rodrigo de Escobedo, quien provenía de España y llegó con Cristóbal Colón. Al venir los españoles se crearon las leyes de indias que tenían un articulado especial que abría la brecha para la carrera de escribano que exigía que esta persona contara con el grado académico correspondiente y nombramiento del rey y aquí se dan los primeros



vestigios conocidos del protocolo, pues los escribanos guardaban una serie ordenada de sus escrituras las cuales eran heredadas a sus sucesores.

2.1. El notario, distintas definiciones

Hoy en día se encuentran un sin número de definiciones al respecto, pero hay ciertas que encuadran todos los elementos necesarios para poder definir este concepto; se puede establecer al notario como elemento principal pues es quien ostenta la fe pública y que por medio de esta les otorga seguridad jurídica a los actos formalizados bajo sus oficios.

Por su parte, la norma jurídica interna, Código de Notariado en su Artículo 1 referente a la definición legal de notario establece que: “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.”

El notario es considerado como un funcionario público y como un actuante imparcial dentro de la esfera del derecho, puesto que su fin es el cumplimiento de las solemnidades necesarias para que un instrumento público tenga validez y no actuar en favor de una u otra parte contractual; se dice que es funcionario público por el simple hecho de que está dotado de fe pública notarial, la cual esta enlazada con la seguridad jurídica que el Estado debe proporcionar a sus habitantes.



Así también la ley guatemalteca se encarga de definir que es el notario es fedatario de la seguridad del Estado; al respecto el Artículo 1 del Código de Notariado, al establecer que: “El notario posee fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de ley o a requerimiento de parte.”

La definición más completa de qué es el notario, es la aprobada por la Unión Internacional del Notariado Latino en el primer congreso de la Unión, celebrado en Buenos Aires, Argentina en 1948, que en su texto dice: notario es el profesional del derecho, encargado de una función pública, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fe de su contenido.

En su función está contenida la autenticación de hechos, “Cabe agregar a esta definición, un aspecto más, está facultado para tramitar y resolver algunos asuntos no contenciosos, llamados en nuestros medios asuntos de jurisdicción voluntaria.”¹¹

“El notario es un profesional del derecho especialmente habilitado para dar fe de los actos y contratos que otorguen o celebren las personas, de redactar los documentos que los formalicen y de asesorar a quienes requieran la prestación de su ministerio.”¹²

¹¹ Muñoz, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Pág. 61.

¹² <https://definicion&titulo=notario> (Consultado: 27 de julio de 2021)

“Con origen en el latín *notarius*, la palabra notario describe al funcionario público que tiene la autorización para controlar y servir de testigo frente a la celebración de contratos, testamentos y otros actos extrajudiciales; el notario por lo tanto, concede carácter público a documentos privados por medio de su firma.”¹³

“Además, es su firma la que le otorgará un carácter público a los escritos mencionados. La firma del notario hace las veces de garantía y le aporta legalidad al documento en cuestión, porque precisamente está facultado por ley para dar las mencionadas garantías en actos que corresponden al derecho privado.”¹⁴

Por tanto, resulta procedente definir al notario con precisión al establecer que es un fedatario y un depositario de las voluntades que se consignan en los documentos que se faccionan bajo sus oficios y es prueba fehaciente de las voluntades expresadas por las personas que intervienen en los documentos que este funcionario redacta.

Además de ello es importante resaltar que únicamente está facultado para intervenir, bajo el presupuesto de que la misma ley así lo disponga, tal es el caso de protocolaciones que la ley ordena realizar, o el caso de las tomas de razón de legalización de firmas, y el otro presupuesto, es aquel en el cual es requerido por los interesados, lo cual consiste en la observancia del principio de rogación.

¹³ <https://definicion.de/notario/> (Consultado: 28 de julio de 2021)

¹⁴ **Ibíd.**



2.2. Requisitos habilitantes para ser notario

Para comprender tal acepción resulta necesario indicar que, la mayoría de los países que tienen un sistema de notariado latino existen una serie de leyes que permiten establecer los lineamientos de todo lo concerniente al derecho notarial.

Desde las solemnidades a cubrir para el correcto funcionamiento de un instrumento público como también cuales son los requisitos con los que los notarios deben cumplir para mantener su calidad o inclusive que requisitos se deben cumplir para ostentar esta calidad, así es que a esa serie de requisitos se le reconocen como requisitos habilitantes.

Al respecto el Código de Notariado establece los siguientes requisitos habilitantes, en su Artículo 2, el cual regula que: “Para ejercer el Notariado se requiere:

- 1) Ser guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar, y domiciliado en la República, salvo lo dispuesto en el inciso 2o. del Artículo 6º;
- 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; y
- 4) Ser de notoria honradez.”

El Artículo citado, en páginas anteriores indica cuales son los requisitos que debe cumplir un notario para poder llevar a cabo la creación del instrumento público, pero

desde el punto de vista puramente administrativo; ahora bien, esta norma jurídica relaciona con el Artículo 6 del mismo cuerpo legal, ya que este establece: “Pueden también ejercer el Notariado:

- 1) Los jueces de Primera Instancia, en las cabeceras de su jurisdicción en que no hubiere Notario hábil, o que habiéndolo estuviere imposibilitado o se negare a prestar 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 anula el documento, pero sí obliga al Juez al 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 residentes en el exterior, que sean notarios hábiles conforme esta ley; y
- 3) Los empleados que están instituidos precisamente para el ejercicio de funciones notariales, las que no podrán ejercer con carácter particular.”

Sin embargo, también existen requisitos de inhabilitación, o causales para decretar la misma, los cuales están comprendidos dentro de la legislación notarial vigente:

Artículo 4, del Código Notariado indica que existen personas que no pueden ejercer la profesión de la creación del instrumento público, estableciendo que: “No pueden ejercer el Notariado:

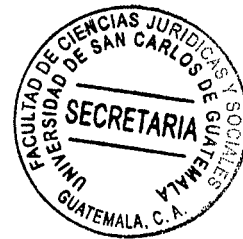
- 1) Los que tengan auto de prisión motivado por alguno de los delitos a que se refiere el inciso 4o. del artículo anterior;

- 2) Los que desempeñen 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) (Adicionado por el Artículo 1 del Decreto Ley 35-84 del jefe de Estado). Los que no hayan cumplido durante un trimestre del año civil, o más, con las obligaciones que impone el artículo 37 de este Código. Los notarios que se encuentren en este caso podrán expedir los testimonios especiales atrasados con los requisitos que establece este Código, a efecto de subsanar dicho impedimento.”

Asimismo, es importante mencionar que existen causas que imposibilitan el ejercicio del notariado. La inhabilitación implica que una persona tenga las aptitudes técnicas para ejercer una profesión y las pierde, y en cuanto a impedimentos se entiende que una persona carece de las aptitudes momentáneas por causas de incompatibilidad, como en el caso de omitir testimonios especiales y entregarlos en forma extemporánea a efecto de subsanar dicho impedimento, según establece el Código de Notariado.

Uno de los requisitos que debe cumplir el notario para ejercer la profesión es el pertenecer a un colegio profesional, en este caso corresponde cumplir los requisitos que solicita el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, asimismo, la juramentación que realiza la Corte Suprema de Justicia.

Relacionado con los requisitos que debe cumplir la persona para ser notario, el Código de Notariado en su Artículo 77 le prohíbe:



- a) Autorizar negocios jurídicos a sus parientes.
- b) Emitir testimonios de instrumentos públicos no firmados.
- c) Usar firma y sello no registrado.
- d) Autorizar instrumentos públicos no firmados por las partes.

Sin embargo, se puede autorizar “Por mí y Ante mí”, su testamento, donación por causa de muerte y mandato y sus modificaciones, escrituras de aclaración y ampliación por errores de forma y actos en que resulten obligaciones y no derechos.

2.3. Funciones del notario

Para entender cómo funciona el funcionamiento de un instrumento legal, es necesario saber también cuáles son las funciones de la persona que los solemniza, estas funciones son necesarias porque les dan forma a los documentos legales, le permiten al notario asesorar y dar forma a las voluntades expresadas por las partes y así tanto el funcionario como el instrumento cumplen en específico con todos sus fines y el derecho notarial con su fin supremo que es: la creación del instrumento público.

Al respecto la Ley del Notario en España se basa en que la idea fundamental que está detrás del sistema es que el Estado delega en el profesional que los particulares libremente escogen para que les asesore y medie en sus negocios privados, la facultad de autenticar con una eficacia especial, probatoria y sustantiva, los documentos en que interviene.



“El notario en Guatemala se encuentra dentro del sistema latino por lo que este realiza

las siguientes actividades:

- a) Desempeña una función pública,
- b) Le da autenticidad a los hechos y actos ocurridos en su presencia; los cuales según el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil, producen fe y hacen plena prueba; y
- c) Recibe e interpreta la voluntad de las partes, dándole forma legal, al faccionar el instrumento público.”¹⁵

Cabe destacar también que existen distintas funciones desde diversos puntos de vista o desde diversos cortes de estilo de notariado, en la actualidad rigen los sistemas latino, anglosajón, judicial y administrativo y sin duda alguna el público, es decir, el sistema notarial latino es el que más certeza y acercamiento tiene con las voluntades de las partes. Es dentro de los sistemas que cada legislación adopta que se desarrollan las funciones propias de un notario ya que es aquí en donde se expresa de alguna forma el antes mencionado fin supremo del derecho notarial: la creación del instrumento público.

Las funciones o actividades que desarrolla deben ir encaminadas con base en la legalidad y las normas morales que rigen el actuar del profesional del derecho en la creación del instrumento público, constituyendo como funciones del notario:

¹⁵ Op. Cit. Pág. 37

- a) Función receptiva: es la función primitiva del notario en la que tiene el primer acercamiento con las partes y de esta manera recibe en cierta forma las voluntades que los clientes necesitan que se plasmen en un documento legal. Es decir que en este momento el notario comienza a tener una idea de cómo estructurar el documento que nacerá con posterioridad a la vida jurídica.
- b) Función directiva o asesora: los que manejan las leyes, son los profesionales que han dedicado mucho tiempo de su vida a entenderlas, analizarlas e interpretarlas, y por tanto pueden sugerir la adecuación de esa voluntad en un contrato en específico.

Es por eso que algunos clientes se hacen asesorar de notarios para que ellos se encarguen de interpretar las voluntades y de este modo se les dé una salida jurídica y una forma también legal, que se apegue a lo que ellos solicitan. A este momento en que el notario ajusta las voluntades de las personas a los lineamientos legales que según en ley corresponden se le conoce como función asesora.

- c) Función legitimadora: en este apartado del proceso de creación del instrumento público el notario se encarga de verificar que las partes sean las que efectivamente ostentan el derecho que pretenden ejercitar para evitar un cumulo de ilegalidades que se desprendan de ese acto jurídico. Aquí el notario debe ser cuidadoso puesto que es en este momento en el que debe ser suficiente la representación y titularidad que se ejerce de conformidad a su juicio, es decir, a su conocimiento y experiencia.



Al respecto el Artículo 29 del Código de Notariado establece que: “Los instrumentos públicos contendrán: ...

- a) La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento, y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles;
 - b) La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el Notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el Notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente;
 - c) Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro, describiéndolos e indicando lugar, fecha y funcionario o Notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio, para el acto o contrato; y,
 - d) La fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que corresponda, según la naturaleza del acto o contrato...”
- d) Función modeladora: es muy importante puesto que es en este momento en que el notario le da forma a las voluntades que las partes necesitan que sean plasmadas en el documento público, es decir que el notario se encarga de materializar documentalmente las voluntades expresadas de acuerdo a los lineamientos legales correspondientes.

Al respecto el Artículo 29 del Código de Notariado establece que: “Los instrumentos públicos contendrán... La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato...”

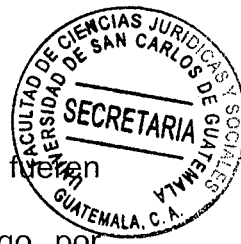
e) Función preventiva: el notario debe prever cualquier situación futura que represente un riesgo para el negocio jurídico, que exista causa que dé lugar a que en determinado momento el instrumento público del faccionante sea redargüido de nulidad, o que el mismo sea impugnado por falsedad.

Al respecto el Artículo 29 del Código de Notariado establece que: “Los instrumentos públicos contendrán... La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos...”

f) Función autenticadora: el notario es el encargado de “autenticar” los documentos públicos y esto lo hace estampando la firma y el sello en el documento que desde ese momento ya posee la fe pública de la cual se ha venido hablando, es decir que desde este momento el documento está listo para nacer a la vida jurídica y generar obligaciones y exigir su cumplimiento.

Al respecto de la función autenticadora el Artículo 29 del Código de Notariado establece que: “Los instrumentos públicos contendrán:

... 10° La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación;... 12° Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del Notario, precedida de las palabras: “Ante mí”. Si el otorgante no supiere o no pudiera firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y



en su defecto, otro que especificará el Notario firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo haré un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio Notario fuere el otorgante, pondrá antes de firmar, la expresión: “Por mí y ante mí”.”

2.4. El notario y la ética profesional

En el desempeño de absolutamente todas las profesiones en el mundo es necesario contar con ética. Es imperativo que un médico actúe con ética en el desempeño de su función puesto que el no hacerlo pondría en grave peligro la salud o la vida de su paciente.

De la misma forma afectaría la falta de ética en un notario, el no hacerlo, el retorcer los hechos o la ley en sí con el fin de acoplar los hechos con lo que se consigne en un instrumento público pondría en riesgo a los participantes en el mismo de incurrir en algún delito.

Es importante mencionar que en la mayoría de sociedades es muy difícil que las personas solamente sigan un código de leyes o ya de plano costumbres no escritas, inclusive en países como Guatemala el dejar esto sin una ley significaría una total catástrofe en cuanto a ilegalidades se habla, así es que el Estado tuvo que crear un sistema que le permitiera normar la moral aunque el derecho no fue hecho precisamente para eso, es un caso de legislación preventiva en donde se necesitaba regular ciertas acciones de escasa ética en los notarios.



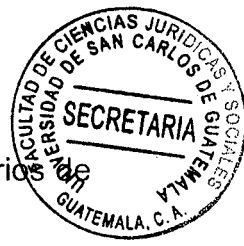
Es muy importante mencionar que existe una marcada diferencia entre cometer un delito y faltar a la ética. Al referirse a la ética, por ejemplo, de insertar información falsa dentro de un documento notarial, a sabiendas que en efecto esa información lo es, no constituiría una falta a la ética profesional, sino más bien un delito denominado falsedad ideológica.

Por otro lado, si un profesional del derecho que funja como notario al utilizar una serie de comentarios que tienden a pormenorizar la capacidad de otro colega para así agenciarse de clientela, en ese sentido entonces no se estuviese frente a un caso de falta a la ética moral como se mencionó, sino que a la falta de ética profesional.

A manera informativa se debe definir bien qué es la ética y de qué forma se puede ver tergiversada dependiendo de los valores de cada individuo. La ética se deriva del griego *éthikos*, que significa: ciencia de la moral que en general quiere decir de qué forma actuar dentro de los parámetros del bien y evitar el mal.

En la actualidad los profesionales que se dedican al estudio del notariado actúan conforme al Código de Ética Profesional, pero lamentablemente se han inventado, en su mayoría, un tipo de moral cuestionable (por decirlo de esa manera) que permite que sus actos no sean cuestionables, se tengan aceptados y como éticos, cuando no lo son.

Es por ello que el notario se debe guiar por los postulados de la ética profesional que un profesional del derecho debe tener en observancia al momento de ejercer, mismos que



según el Código de Ética Profesional emitido por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, son los siguientes:

- a) “Probidad: El abogado debe evidenciar siempre rectitud, honradez e integridad de pensamiento y acción, lo que debe manifestarse especialmente en la lucha contra los abusos y la corrupción en el ejercicio profesional.
- b) Decoro: El abogado debe vivir con dignidad y decencia. Se abstendrá de llevar una vida licenciosa y evitará vicios y escándalos. A las audiencias y actos de su ministerio, asistirá decorosamente, y, en toda oportunidad dará a su profesión el brillo y honor que merece, observando una conducta honesta y discreta.
- c) Prudencia: El abogado debe actuar sin precipitaciones y con juicio sereno en el ejercicio de su profesión.
- d) Lealtad: El abogado debe guardar fidelidad a la justicia y a su cliente, lo cual conlleva, además la observancia rigurosa del secreto profesional, honorabilidad en el litigio, respeto y consideración al juez, a la autoridad y al adversario.
- e) Independencia: Debe ser una cualidad esencial del abogado la independencia, la cual debe entenderse en el sentido de que dispone de una completa libertad en el ejercicio de su Ministerio. Debe estar libre ante el juez o cualquier autoridad del Estado, así como ante su cliente y el adversario. Nada, salvo el respeto a las leyes y el orden público, limitarán su libertad de pensamiento y de acción.

- f) Veracidad: En el ejercicio de la profesión el abogado debe evitar escrupulosamente toda alteración de la verdad.
- g) Juridicidad: El abogado debe velar por la más rigurosa legitimidad y justicia en el ejercicio profesional.
- h) Eficiencia: El ejercicio de la abogacía impone los deberes de preparación y eficiencia. En mérito de ello, corresponde al abogado la obligación de investigación y estudio permanente del Derecho, así como de toda disciplina que contribuya a su mejor formación humanística y técnica.
- i) Solidaridad: En las relaciones con sus colegas, el abogado debe guardar la mayor consideración y respeto. La fraternidad entre colegas, fundada en la noble misión que los une y los hace partícipes de las mismas preocupaciones e inquietudes, es una virtud que debe practicarse.”

La práctica notarial también hace a los notarios intervenir con otros colegas y muchas veces esta situación deriva en conflictos que en realidad son muy perjudiciales para los fines primordiales del derecho notarial y más aún para el caso en concreto que se pretende diligenciar.

Al respecto el Artículo 24 del Código de Ética del Colegio de Abogados y Notarios establece que: “La fraternidad debe prevalecer entre los abogados, por ejercer la misma

profesión, y se caracteriza por el mutuo respeto y solidaridad profesional. Debe prestarse mutuo apoyo moral y material en todas las circunstancias de la vida y están en el deber de negar solidaridad y apoyo al colega de conducta moralmente censurable.

Al respecto se observarán las reglas siguientes:

- a) No debe dejarse influenciar por la animadversión de las partes;
- b) En las controversias que sostenga con sus colegas se abstendrá de expresiones malévolas o injuriosas, o de hacer alusión a antecedentes personales, ideológicos o de otra naturaleza;
- c) Debe ser cortés con sus colegas y facilitarles la solución de inconvenientes momentáneos, cuando, por causas que no les sean imputables, como ausencia, duelo, enfermedad o fuerza mayor, estén imposibilitados para servir a su cliente. No debe apartarse por apremio a su cliente de los dictados de la decencia y del honor;
- d) No debe intervenir en favor de la persona patrocinada en el mismo asunto por otro colega, sin dar previamente aviso a éste, salvo el caso de renuncia expresa del mismo. Cuando se conociere la intervención del colega después de haberse aceptado el patrocinio, se le debe hacer saber de inmediato. En cualquier caso, tiene la obligación de asegurarse previamente que los honorarios del colega hayan sido cancelados o garantizados.
- e) Los convenios celebrados entre abogados deben ser estrictamente cumplidos, aunque no se hayan ajustado a las formalidades legales, pues el honor profesional exige que, aun no habiendo sido así, se cumplan con toda fidelidad. Cuidará, sin embargo, que los convenios entre los clientes sean debidamente escritos,

ecuánimes y con las formalidades legales. Si existiere conflicto de intereses entre las partes, cada una de ellas debe ser asistida por diferente abogado.

- f) Sólo será permitida la participación de honorarios entre abogados cuando esté basada en la colaboración para la prestación de los servicios y su correspondiente responsabilidad.”

Resulta necesario hacer hincapié que dentro de la ética profesional existe el término de deontología jurídica el cual se puede definir como lo obligatorio, lo justo, lo adecuado. Es la rama de la filosofía jurídica que tiene como finalidad específica la determinación de cómo debe ser el derecho y cómo debe ser aplicado.

Es importante tener presente que la deontología es la disciplina que se ocupa de los deberes de los profesionales, en el caso de los abogados se trata de una multiplicidad de deberes como son aquellos consigo mismo, con la sociedad, con la profesión, con los clientes, con los colegas, con los jueces, con la entidad gremial.

La deontología jurídica es parte de la ética profesional del notario, y esta resulta ser aquella parte de la ética profesional que se ocupa de los deberes morales de los abogados, de los deberes de estos servidores del derecho.

El objetivo principal de la deontología jurídica es analizar el actuar moral del notario en el ejercicio de su profesión, por ello es muy importante que tanto los colegios profesionales como las facultades de derecho alrededor del mundo jurídico nunca dejen



de inculcar tanto a sus agremiados como a sus estudiantes cuales son los fines primordiales del notario y del abogado.

Se debe tener claro que el derecho en general fue creado con el fin de mantener un orden social que beneficie a las mayorías cuando de hecho no se pueda beneficiar a todos. Así que el notariado como una parte muy importante de esta esfera de las ciencias jurídicas no puede escapar a ese postulado fundamental del derecho.



CAPÍTULO III

3. La fe pública, generalidades

Para que los documentos públicos puedan tener fuerza ejecutiva, es necesario que un profesional con las facultades pertinentes lo autorice, esto con el fin de que cumpla con los lineamientos legales que se exigen y que además tenga fuerza ejecutiva, es decir, que conmine a las personas a su cumplimiento, entonces tiene que ser delegado por el único ser que es capaz del monopolio absoluto de la obligación del Estado.

El Estado delega a los funcionarios públicos facultados, por medio de la ley, la facultad para autorizar negocios jurídicos. Se debe tener presente que el notario es considerado como un funcionario público facultado por la ley para poder dar fe de los actos que se faccionan ante sus oficios, esta fe a la que se hace referencia se conoce como fe pública notarial.

La fe pública reviste a los documentos y hace que estos se tengan como prueba preconstituida y que todas las declaraciones insertadas en estos documentos se tengan como ciertas.

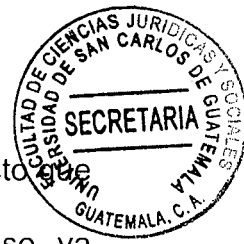
Como ya se citó en el Artículo 1 del Código de Notariado, el cual establece: "El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte."

“La fe pública es cuando una afirmación contenida o no en un instrumento se tiene como verdad frente a todas las personas, y la fe pública más conocida es la notarial, sin embargo, no es la única, sino que se trata de un tema bastante amplio.”¹⁶

De esta forma es también importante mencionar que es muy normal que aún entre profesionales del derecho se tienda a creer que la fe pública es una sola, pero en realidad existe una clasificación doctrinaria que permite determinar mejor esta institución jurídica tan importante en esta esfera del derecho.

- a) Fe pública originaria: de la cual pocos libros brindan definiciones al respecto porque en realidad se tiene en cuenta como la misma fe pública notarial, únicamente que en este tipo existe la salvedad de tener en cuenta lo percibido por los sentidos del notario y/o del funcionario; un ejemplo muy claro de esto es la fe pública que ostenta un funcionario consular.
- b) La fe pública derivada: es todo lo contrario a la anterior, es decir, que es la fe pública en la que el notario o el funcionario no han percibido el acto, por ejemplo, cuando se expide una copia certificada en la cual el funcionario que da fe de la legalidad de ese documento no interviene en el acto, sino que más bien solamente con la firma responde a una necesidad ya creada.

¹⁶ <https://www.gestiopolis.com/fe-publica-definicion-tipos-clasificacion-jurisprudencia/> (Consultado: 28 de julio de 2021)



No es necesario establecer en que punto de la historia aparece la fe pública puesto que esta va evolucionando con el notario y las necesidades a las que este se va enfrentando.

Sin embargo, es importante mencionar que, en la mayor parte de la evolución del notariado, la fe pública fue ostentada por los señores feudales quienes la delegaban en sus representantes y en la iglesia católica.

3.1. Fundamentos

Los actos públicos, por lo general, ostentan su propia garantía de certidumbre y legalidad, por sí mismos, a diferencia del acto privado que nace y se conforma en la intimidad de un gabinete particular, razón que acredita que la fe pública adquiera mayor amplitud y desarrollo; en este ámbito de aplicación jurídica la fe pública notarial es la fe pública por excelencia.

El fundamento de la fe pública notarial lo constituye la necesidad de certidumbre que deben tener los actos de los particulares a fin de que el Estado pueda proteger los derechos demandantes de estos, garantizándolos contra cualquier violación. La fe pública notarial llena una misión preventiva al constituir los actos que ella ampara, en una forma de prueba preconstituida suficiente para resolver e impedir posibles litigios.

Lo cual forma parte del fundamento de la fe pública en los pilares de la existencia del Estado, es decir, en otorgar la seguridad a la que toda persona tiene derecho, esa

certidumbre de poder ejercitar un derecho en contra de una persona mediante documentos necesarios que respaldan esas pretensiones y, que estos documentos se den por ciertos frente a los tribunales de justicia y aun así consagrar el derecho de defensa de la contraparte al tener la oportunidad de redargüir de nulidad estos mismos.

3.2. Clases de fe pública

La doctrina manifiesta: “Respecto a la clasificación de fe pública expone, que estos no presentan un cuadro general que abarque en su totalidad a las distintas categorías de fe...”¹⁷

Otros autores clasifican la fe pública de manera simple: “Por su parte la clasifica en judicial y extrajudicial, pero agrega, que de esta división se deduce otra, ya que la fe extrajudicial, abarca otros aspectos del derecho en su normal desenvolvimiento, y así es como hay: fe pública administrativa, política y civil privada, afirmando que la fe pública extrajudicial es la fe pública notarial.”¹⁸

“Muchos tratadistas han ensayado divisiones de fe pública y así es, y que no cabe la posibilidad de una división, sin embargo, reconoce que hay fe pública registral, al admitir que una certificación del Registro hace fe. Con excepción en que Velasco, casi

¹⁷ **Op. Cit.** Págs. 39 y 40

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 88

se coincide en la que las clases de fe pública son: Judicial, Administrativa, Registral y Notarial.”¹⁹

Se menciona una clase de fe pública que, en Guatemala, hasta hace poco tiempo ha sido objeto de estudio: “La fe pública legislativa, expuesta por Senahuja y Soler. Otro defensor de la fe pública legislativa es Eduardo Bautista.”²⁰ (sic)

Ante tales acepciones, la fe pública al formar parte de la fe en general, resulta ser aquella presunción de algo apegado a la verdad, pudiendo ser clasificada de la siguiente forma:

a) La fe pública Judicial: es la reconocida a las actuaciones ante los tribunales, certificadas por los secretarios judiciales.

Al respecto el Artículo 171 del Organismo Judicial establece que: “Los expedientes de las actuaciones que practiquen los tribunales no deben salir fuera de la oficina, pudiendo darse a quienes lo soliciten, fotocopias simples o certificaciones. Se exceptúan de esta regla los procesos fenecidos que, con fines docentes, soliciten las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales y los demás casos que las leyes determinen. Cuando se trate de certificaciones y fotocopias parciales de los expedientes, será obligatoria la notificación de la parte contraria, si la hubiere, teniendo ésta derecho a que a su costa se complete la certificación o fotocopia solicitada con los

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 88

²⁰ *Ibíd.* Pág. 88

pasajes que señale. De no hacer el depósito dentro del plazo de veinticuatro horas a partir del momento de entrega al tribunal de su solicitud, se emitirá la copia en los términos originariamente solicitados.”

Por su parte el Artículo 172 de la ley en mención, establece que: “Se comprende bajo la denominación de copia certificada o certificación la que se extienda a mano, a máquina o utilizando cualquier medio de reproducción mecánica, electrónica u otro similar, y cuya autenticidad certifiquen los secretarios de los tribunales. En las copias certificadas o certificaciones se consignará el valor del papel empleado o de los timbres fiscales y de los honorarios que causen.”

Mientras que el Artículo 173 de la Ley del Organismo Judicial establece que: “Si el secretario del tribunal fuere notario, podrá dar fe plena de las actuaciones judiciales de que conozca el tribunal al cual sirve, sin precisar la intervención de ningún otro funcionario, bajo su responsabilidad, dejando razón en los autos.”

- b) La fe pública registral: que corresponde a los documentos emanados de los registros públicos, de la propiedad de inmueble, de prendas, mercantil y otros que prueban los actos inscritos y su inscripción.
- c) La fe pública administrativa: la poseen los órganos del Estado, esta es recaída en ciertos agentes y oficinas públicas para certificar hechos y actos de la administración pública confiriéndoles autenticidad tal como reconocida al secretario de un concejo



para certificar sus acuerdos. Se materializa pues a través de los documentos que expiden las propias autoridades en ejercicio de la gestión administrativa.

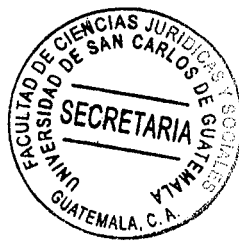
- d) La fe pública extrajudicial o fe pública notarial: es la que constituye propiamente el objeto del presente estudio, y consiste en la potestad de asegurar la verdad de hechos y actos jurídicos que constan a quien la ejerce y que, en virtud de sus aseveraciones serán tenidos por auténticos mientras no se demuestre judicialmente su falsedad.

Al respecto la doctrina manifiesta que: “La fe pública notarial, es muy superior a la fe pública administrativa y superior a la judicial, ya que capta el espíritu de voluntades que personalmente manifiestan las partes ante notario. El acto más maravilloso de la actuación notarial es cuando el escribano se siente verdadero representante de la fe, de la verdad, de lo justo, de lo equitativo, que es también verdad del derecho que llamaríamos puro y lo pone al servicio de la sociedad.”²¹ (sic)

La fe pública notarial se caracteriza por ser:

- a) Única.
- b) Personal.
- c) Indivisible.
- d) Imparcial.
- e) Indelegable.

²¹ Emérito González, Carlos. **Derecho notarial**. Pág. 209



3.3. Documentos notariales

Para que un documento ostente validez es necesario que las voluntades de las partes se encuadren dentro de lo deseado, para que esto suceda es necesario que estas mismas estén en absoluta armonía.

Si a esto se le suma que para que ese documento nazca a la vida jurídica necesita que se observen las solemnidades de ley y que además se garantice de cierta forma su cumplimiento, entonces se encuentran varias funciones que deben ser suplidas por alguna persona.

El notario ostenta todas estas calidades a través de sus funciones. Al momento de redactar documentos, el notario debe observar mediante sus funciones de asesoría qué problemas futuros se pueden evitar y mediante la autenticación darles vida jurídica a estos documentos.

Es el documento notarial entonces una forma de exteriorización de la voluntad más elevada que los documentos privados, ya que los documentos notariales cuentan con fe pública dada por el notario, estos documentos sirven de prueba preconstituida dentro de un juicio y son ejecutables cuando contienen un derecho, contando con características propias y siendo solemnes por excelencia, puesto que la ley exige determinados requisitos para su validez.

Otra definición muy acertada indica que resulta ser: “Documento notarial es todo escrito original o reproducido, autorizado por el notario y resguardado por el conforme a la ley de su organización procurando los fines de seguridad, valor y permanencia de la función.”²²

El documento notarial se sustenta en la base de la formalidad, la cual es necesaria para que este tenga validez ya que, de cumplir con una de sus funciones, este será analizado y valorado como prueba en un juicio o examinado en cuanto a sus requisitos por un registrador, por lo tanto, el documento debe cumplir con todos los elementos típicos que los documentos de carácter jurídico deben tener:

- a) El pensamiento.
- b) El sujeto.
- c) El objeto.
- d) Expresión.
- e) Rito.

En el pensamiento se puede encontrar el campo de acción de los notarios: “El notario es un testigo rogado que no tiene otro campo libre que el del instrumento público. El testigo rogado es como un espectador que se ha propuesto asistir al espectáculo sin perder detalle, para relatarlos luego. Se propone captar hechos, sin perder detalle, e irlos archivando en su memoria ordenadamente. Contempla los hechos desde fuera, sin ser actor de ellos, y con una preparación psicológica de testigo el notario es un testigo rogado, mejor preparado para serlo que otro alguno por ser necesariamente imparcial y

²² Abella, Adriana N. **Documento notarial**. Pág. 34



ajeno a los hechos, como tal notario, y por su experiencia profesional reiterada en ser testigo.”²³

Por otra parte, se expone, el sujeto no es otro que el notario: “El notario es un técnico especializado se ha dicho, utiliza el conocimiento científico del derecho y lo aplica en el ejercicio de sus funciones.”²⁴

Si bien la declaración escrita exterioriza el propio pensamiento del notario, no se limita a ello, ya que al mismo tiempo recrea lo pensado o, como: “Reproduce a través de su mente describiéndolo o relatándolo, el acontecimiento o situación de hecho que presencia o percibe.”²⁵

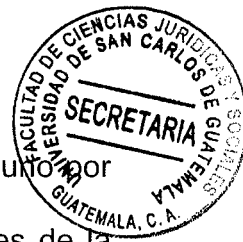
La expresión es en pocas palabras el soporte físico del documento en el cual se ampara una voluntad, es la parte corpórea y existente del mismo por lo cual es en este elemento en donde concurren todas las solemnidades necesarias para la validez del mismo.

El rito, es sin más, el cumplimiento de todas las formalidades legales, es decir que este elemento está comprendido dentro del elemento de la expresión, llamándole así, técnica notarial a todos los elementos en su conjunción.

²³ Pelosi, Carlos A. **El documento notarial**. Pág. 124

²⁴ Arata, Roberto M. **Ética notarial**. Pág. 28

²⁵ Pelosi. **Op. Cit.** Pág. 125



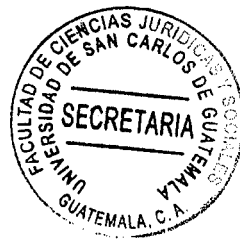
“El notario no puede, con su sola intervención, producir el instrumento público, uno por uno, todos sus movimientos están reglados. El notario necesita sujetarse, antes de la firma y después de la firma, a una serie de normas adjetivas, formales, y que en su conjunto definen al derecho notarial como derecho formal, lo que antes que nada quiere decir: derecho que en si es todo, colección de formalidades, esto es, forma y procedimiento, forma de la forma y no solo forma de actos y contratos. La forma de los actos notariales se presenta de manera más amplia, y más compleja que la forma del acto jurídico que se contenga en el instrumento.”²⁶

Además, diversos actores de la esfera jurídica han intentado establecer la naturaleza jurídica del documento notarial y si bien algunas categorizaciones cuentan con más elementos que otras en algo coinciden todas al establecer que el documento notarial es la expresión final de la técnica notarial y fin supremo del derecho notarial, así como el campo esencial de actuación del notario.

“El documento notarial no es otra cosa que un medio de la técnica jurídica; y sus diversas especies son medios adaptados al logro de ciertos fines particulares, aunque comprendidos en el objeto general perseguido por aquella. En el libre arbitrio del particular está el recurrir a una u otra de sus especies, y aun el renunciar a todas; pero él debe saber que, si persigue determinados fines, ellas constituyen los medios más adecuados e idóneos para obtenerlos.”²⁷

²⁶ Núñez Lagos, Rafael. **La fe pública**. Pág. 180

²⁷ Larraud Miranda, Rufino. **Documento notarial**. Pág. 90



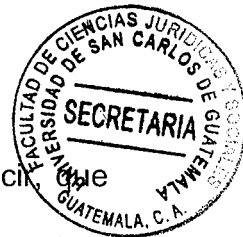
3.4. La fe pública en contratos y el valor de los instrumentos notariales

Es importante tener presente que los contratos son las declaraciones de voluntad que se dan entre personas para crear, modificar o cancelar derechos y obligaciones; los contratos solemnes van investidos de fe pública ya que deben ser registrados y necesitan como requisito esencial de validez la intervención del notario por conducto de su fe pública para garantizar la seguridad jurídica.

El instrumento público cuenta con un valor formal, el cual se debe entender como aquel instrumento que no adolece de nulidad o falsedad, por lo que se tiene como plena prueba según la legislación guatemalteca.

El instrumento público tiene valor formal y valor probatorio, el valor formal, cuando se refiere a su forma externa o el cumplimiento de todas las formalidades esenciales y no esenciales que el Código de Notariado regula en sus artículos 29, 30 y 31, además de las formalidades concernientes a otros documentos que se pretendan redactar como lo sería una declaración de voluntad.

Este valor formal se refiere entonces a cuestiones de forma que si bien no hacen al documento público nulo de pleno derecho por contener actos o declaraciones ilegales si se puede anular, es decir redargüir de nulidad, lo cual deja en suspenso el acto, declaración o negocio jurídico que se quiera escriturar.



El valor probatorio del instrumento público se refiere al negocio jurídico, es decir, que este elemento de valor si hace que el instrumento público adolezca de nulidad absoluta porque sus elementos constitutivos se ven afectados.

Es importante tener presente, que para que un contrato tenga validez es imperativo que contenga consentimiento que no adolezca de vicio, voluntad de quien contrata, capacidad legal y sobre todo un objeto lícito, porque es el que contiene el instrumento público, es decir, que no se puede celebrar un contrato respectivo que provenga de un objeto robado o de algún tipo de estupefaciente.

El Artículo 1251 del Código Civil establece que: “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declare su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.”

Por otro lado, es importante mencionar también que, aunque el objeto sea lícito es necesario que se observe consignado en las declaraciones de voluntad para evitar que este contenga falsedad ideológica, lo cual permitiría a cualquier persona interesada redargüir de nulidad dicho documento e inclusive el actuar del notario se vería comprometido de forma penal si se iniciara una investigación.

Tanto el valor formal como el valor probatorio son de suma importancia, porque ellos engloban lo que se conoce como prueba preconstituida dentro de cualquier presente o a futuro; por la simple razón de que, el notario es fedatario de la fe pública notarial.

El Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que: “Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad... Sin embargo, los documentos privados sólo surtirán efectos frente a terceros, desde la fecha en que hubieren sido reconocidos ante juez competente o legalizados por notario.”

Lo anteriormente citado, expone que, el instrumento público forma parte de mundo jurídico procesal, cuando alguien se siente agraviado en derechos y la ley le asiste puede acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes a solicitar que ese derecho que está siendo violentado, sea restaurado e inclusive que cualquier vejación entorno a un derecho cese, esto se hace mediante un escrito llamado: escrito inicial de demanda.

Estos son algunos ejemplos, sin embargo, no solo en el área civil se dan estas situaciones, sino que también en otras. Prosiguiendo con la ejemplificación, esta pretensión debe ser acompañada de los documentos en que se funde el derecho para que este escrito sea admisible, por lo cual se deben acompañar testimonios o copias legalizadas de documentos que un notario en ejercicio debe autorizar o legalizar, se pueden acompañar certificaciones que ostentan fe pública, pero de índole registral

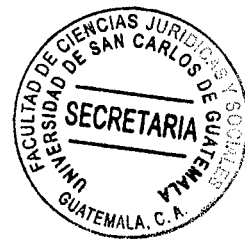
En esta etapa el juzgador no entra a conocer si el documento es o no es válido o si cumple o no con los requisitos propios del mismo, sino que para admitir y darle trámite a esa demanda da por hecho que lo contenido en el documento notarial es real por haber sido extendido por un notario en ejercicio de la fe pública.



Más adelante (etapa de interposición de excepciones o bien probatoria) las partes que intervienen en el proceso tienen la oportunidad de oponerse a los documentos presentados por la contraparte y en ese momento se examinarán con detenimiento si cumplen con los requisitos establecidos en la ley.

Es decir que no es hasta ese momento en que el documento es cuestionado, por lo tanto la fe pública existió en ese mismo y lo seguirá haciendo si el que ha pedido redargüir de nulidad el documento no demuestra con pruebas fehacientes que efectivamente adolece de vicios, esta teoría indica entonces que el instrumento público es prueba preconstituida ya preparada con anterioridad al pleito futuro pues es una prueba escrita que consta en ese instrumento y que si en determinado momento es necesario, puede presentarse de inmediato para hacer valer los derechos.





CAPÍTULO IV

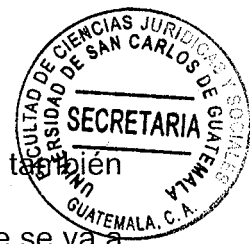
4. Delitos contra la fe publica

En el año de 1934 el célebre filósofo del derecho, Hans Kelsen postuló su obra insignia que aun hoy en día sigue siendo objeto de análisis en las facultades de derecho alrededor del mundo: La teoría pura del derecho.

En ella se estudian los aspectos que hacen al derecho una ciencia y además se intenta proponer una serie de elementos que abstraen al derecho de cualquier otra esfera de conocimiento del ser humano.

Hoy en día esta teoría ha sido ya desmontada por muchos juristas alrededor del mundo, sin embargo, es importante mencionar que a pesar de esto hoy se entiende de mejor manera de qué forma cada una de las áreas del derecho coadyuva en mayor o menor medida con las otras áreas del derecho. Se ha establecido que el derecho es uno solo y no funciona por áreas totales y autónomas, sino más bien en conjunto.

El derecho notarial tiene estrechos lazos con el derecho civil, con el derecho constitucional, muchísimo más con el derecho administrativo y a lo que refiere este apartado, con el derecho penal.



Cada una de las áreas del derecho apoya y complementa a las otras, pero también cada una de estas puede estar contenida dentro de otra, tal es el caso de lo que se va a analizar en este apartado.

El derecho penal se encarga de establecer las conductas típicas, antijurídicas y punibles en las que una persona pueda recaer, se debe tener presente que a pesar de que el notario es un funcionario público, no por esto deja de ser una persona sujeta a la legislación de un país.

Este ostenta, entonces, una calidad especial si se desea ver así, puesto que el Estado ha delegado en él, la fe pública, es por ello que alguno de los delitos que este puede cometer tiene que ser de índole especial puesto que ninguna otra persona que no ostente sus calidades profesionales podría cometer ya que no encajaría dentro del tipo penal que se pretende aplicar.

El Código Penal guatemalteco, al igual que Códigos de otros países, no da una definición de delito, sin embargo, la doctrina ha realizado numerosas definiciones.

Reyes Echandía las clasifica en tres grupos:

- a) "Definición formal: Delito es aquello que la ley describe como tal, toda conducta que el legislador sanciona con una pena.
- b) Definición sustancial: Delito es el comportamiento humano que, a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como respuesta una sanción penal.



c) Definición dogmática: Delito es la acción (o conducta) típica, antijurídica y culpable, algunos autores añaden el requisito de punible.”²⁸

La primera definición, aun siendo cierta, no aclara el concepto por cuanto no deja de ser una fórmula vacía y tautológica; por su parte, la segunda definición, explica el fundamento del delito y los motivos que impulsan al legislador a sancionar unas conductas; sin embargo, no responde a la naturaleza concreta del delito, mientras que la última definición, sirve para determinar en concreto si una conducta es delictiva.

Resulta necesario entender y comprender también un concepto básico dentro del derecho penal el cual es el de responsabilidad penal y es: “Aquella que se concreta en la aplicación de una pena, por la acción u omisión dolosa o culposa del autor de una u otra, es estrictamente personal, de interpretación restringida, de irretroactividad vedada, de voluntariedad presunta (una vez demostrada la relación de causalidad entre el ejecutor o inductor y el resultado) y de orden público.”²⁹

Derivado del concepto de responsabilidad penal, se debe saber también que, dentro de la responsabilidad, ya sea penal, civil e inclusive administrativa, existen grados de autoría, en los cuales no se profundizará en este apartado pero que es importante conocer el que nos incumbe para el desarrollo del capítulo como lo es el de autoría.

²⁸ Cauhapé-Cazaux González, Eduardo. **Apuntes del derecho penal guatemalteco**. Pág. 27

²⁹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 25

Respecto del Autor : “Autor es la persona física que realiza la conducta típica, y puede ser material o intelectual; material, quien de manera directa y material realiza la conducta típica; e intelectual, quien idea, dirige y planea el delito.”³⁰

El Código Penal guatemalteco en el Artículo 36, define como autores a quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito; quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo; quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer; y, quienes, habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación

De esto es también importante que se desprenden otros conceptos relevantes, en ese sentido dentro de la clasificación de pena, existen diversos tipos, dentro de las cuales se pueden encontrar: las principales y las accesorias; al respecto la doctrina señala: “Es la que impone el juzgador a causa de la sentencia; es la pena fundamental.”³¹

En cuanto a las penas accesorias “Al hablar de consecuencias accesorias, en realidad se trata de resultas jurídicas que por razones de prevención especial pueden acompañar a la pena; que no pueden catalogarse como medidas de seguridad, ya que no responden a la peligrosidad del autor, sino al medio en que se mueve. Tampoco son penas, puesto que no se imponen al autor del hecho, ni su gravedad responde a la del

³⁰ Amuchategui Requena, I. Griselda. **Derecho penal. México.** Pág. 116

³¹ **Ibíd.** Pág. 116

delito. Su naturaleza es la de efectos accesorios a la pena principal, lo que práctica hace que funcionen como penas accesorias.”³²

Ahora bien, posteriormente al haber abordado de manera general lo relacionado con el delito, la fe pública al ser una presunción de verdad, ostentada por el Estado y delega únicamente por el propio Estado a sus entidades estatales y al notario, debe estar protegida desde el punto de vista penal, ya la fe pública forma parte de la seguridad en general que debe ser garantizada por el Estado para con sus habitantes.

4.1. Tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva

Siempre que se hable de un delito es una conducta típica, antijurídica y punible, sin hacer una diferenciación entre lo que significa cada una, por eso es importante estudiar la teoría general del delito, en donde se pueden observar con mayor detenimiento cada una de estas características propias de una conducta delictual.

Al establecer la existencia de una conducta esta se puede determinar como una acción u omisión, entendiendo a la acción como aquel acto encaminado a hacer algo o a provocarlo, ya sea intencional o no.

La omisión, es un acto determinado por la falta de acción y aun así existen responsabilidades que se determinan bajo el precepto de si la persona que omitió

³² Mapelli Caffarena, Borja, y Terradillos Basoco, Juan. **Las consecuencias jurídicas del delito**. Pág. 219



actuar tenía la obligación de accionar, o si no la tenía e inclusive si no la tenía, se debe establecer si pudo haber actuado, todos estos preceptos de intencionalidad se regulan en la normativa correspondiente al derecho penal bajo los conceptos de dolo, culpa y acción por omisión.

Al referirse a la tipicidad cuando esa conducta de hacer o no hacer está encuadrada dentro de una figura delictiva, es decir, dentro de un delito, la tipicidad debe cumplir con ciertos parámetros para su validez, por así decirlo; el principio de legalidad y los verbos rectores deben estar presentes en este apartado para determinar con exactitud de que figura delictual se está hablando, el no hacerlo adecuadamente podría acarrear la problemática de empezar un juicio penal bajo un delito que no existe.

A esto se le ha llamado juicio de tipicidad y es el esfuerzo de encuadrar una conducta dentro de un tipo penal, es decir que se está hablando del proceso de imputación, subsumir los hechos con lo que se establece o cree que es un delito, pero para describir conductas, después de todo lo legal correspondiente, también se necesitan elementos como lo son los verbos rectores, los elementos objetivos y los elementos subjetivos, así como los sujetos pasivos y activos.

Dentro del ámbito de la tipicidad objetiva hay tres elementos que analizar que son: los sujetos, la conducta y el objeto material.

En el plano de los sujetos, se establece que todos los delitos tienen un sujeto activo y un sujeto pasivo. Por un lado, el sujeto activo es aquel que realiza la conducta prevista

en el tipo penal, este solo puede ser una persona natural, ya que en caso sea una persona jurídica, entonces responden las personas naturales a cargo, ahora, tomando como base al sujeto activo se pueden clasificar los delitos en comunes y especiales.

Los delitos comunes son aquellos en los que cualquier persona que realiza la conducta prevista en la ley penal va a responder por ella, mientras que los delitos especiales, en cambio, son aquellos en los que el tipo penal (la disposición normativa) indica expresamente quién es el sujeto activo, por lo que no es cualquier persona, sino la que el tipo penal ha previsto.

El sujeto pasivo, por otro lado, es aquel sobre el que recae el daño de la acción delictiva, en tal sentido, es la persona cuyo bien jurídico protegido ha sido puesto en peligro o lesionado por la conducta realizada por el sujeto activo; para determinar al sujeto pasivo en la comisión de un delito, se debe identificar cuál es el bien jurídico protegido por la norma penal y si este ha sido puesto en peligro o ha sido lesionado.

En el plano de la conducta, se establece que esta puede ser por acción o por omisión, es decir la conducta se puede realizar haciendo o dejando de hacer, cuando la conducta es por acción, se trata de una conducta en la que se realiza o ejecuta una determinada actividad por el sujeto (por ejemplo, dar muerte a una persona).

Cuando la conducta es por omisión, se trata de una conducta en la que se deja de hacer algo o no se actúa (por ejemplo, no prestar auxilio), de acuerdo con esto, los

delitos se pueden clasificar en delitos de simple o mera actividad, o en delitos simples y compuestos.

Los delitos de mera actividad son aquellos en los que se requiere la conducta en sí misma para que se configure el delito, es decir, la simple conducta, sin importar el resultado que se produzca, ya es delito (por ejemplo, conducir en estado de ebriedad).

Los delitos de resultado, en cambio, son aquellos en los que además de la conducta se requiere que se produzca el resultado para su configuración, es decir, estos se perfeccionan cuando además de la conducta se produce el resultado previsto en la ley penal (por ejemplo, dar muerte a una persona).

En el plano del objeto material del delito, se establece que es el objeto físico sobre el que recae la conducta del sujeto activo, el objeto es distinto al bien jurídico protegido, pues el bien jurídico es abstracto, mientras que el objeto material es físico.

Aunque en doctrina se le conoce como tipicidades objetivas y subjetivas en realidad en la práctica se escuchan los términos de *iter criminis* e *iter criminae*, estos indican que tanto el autor del delito como la persona que lo sufre siguen un camino y este no es solo externo sino también cognitivo.

En segundo lugar, en la tipicidad subjetiva se analiza el aspecto interno del sujeto, es decir, se determina si la conducta realizada por el sujeto fue con dolo o culpa, por lo



que es necesario explicar qué implica el dolo y qué implica la culpa, y en relación a esto qué son los delitos dolosos y los delitos culposos.

Entonces la tipicidad subjetiva habla de la intencionalidad con la que actúa el sujeto que comete el ilícito penal. Por un lado, se entiende el dolo que es el hecho de que la persona actúe con toda la intencionalidad en la situación.

La preparación para antes y después de cometido el delito y que de las presunciones se determine la intencionalidad es indicativo de haber actuado con dolo y en algunas ocasiones esto es lo que se toma en cuenta para sentenciar o no a una persona.

En cuanto a la culpabilidad se puede establecer que no toda persona que comete un delito lo hace con el ensañamiento necesario, sino que muchas veces los delitos se cometen por simple involuntariedad, o bien por descuidos, o por no tomar las precauciones que ciertas situaciones ameritan. Sin embargo, la ley no deja impunes los delitos cometidos bajo el amparo de la culpabilidad, sino que también los persigue y los tipifica, es decir que esto no está exento de la aplicación de una pena como resultado de haber cometido un hecho delictivo, además de que ante la ley no se puede alegar ignorancia.

Al respecto el Código Penal guatemalteco en sus Artículos 11 y 12 establece que: “El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.” “El delito es culposo cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia,

negligencia o impericia. Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley.” En general la tipicidad es un ejercicio cognitivo necesario para poder determinar la culpabilidad y participación de una persona en un hecho delictivo.

4.2. Consumación

La consumación es necesaria para el proceso penal pero no es imperativa, los delitos también se pueden cometer en grado de tentativa que es cuando las acciones necesarias para la comisión de un hecho no se cometen del todo e inclusive no se cometen mediante las vías idóneas, a lo cual se conoce como tentativa imposible y todas estas posibilidades están dentro de la legislación, en el Código Penal.

Al respecto los Artículos 13, 14 y 15 del Código Penal al respecto establecen: “El delito es consumado, cuando concurren todos los elementos de su tipificación.” “Hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente.” “Si la tentativa se efectuare con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza, que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible, el autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad.”

El delito consumado existe, cuando se han ejecutado todos los actos propios y característicos del delito y el culpable realiza su designio que, directa e inmediatamente, se proponía. Toda vez que la ley penal define los diferentes delitos refiriéndose a los elementos constitutivos de los mismos, se consideran éstos consumados cuando los

actos o hechos ejecutados por el culpable pueden encuadrarse en la definición legal correspondiente.

Ahora bien, aunque la consumación del delito suele equipararse al logro completo del resultado que se propuso obtener el agente al cometer el delito, esto no quiere decir que dicho logro se identifique con la intención subjetiva del culpable; lo que cuenta, en definitiva, es que la intención criminosa del culpable se haya materializado en unos actos externos que están tipificados en la ley penal como un delito.

La consumación del delito se relaciona con las fases de este, es decir, con el *iter criminis*, el cual significa el camino del delito. En ese orden de ideas la consumación es la fase externa del delito.

Al respecto el Artículo 62 del Código Penal establece que: “Salvo determinación especial, toda pena señalada en la ley para un delito, se entenderá que debe imponerse al autor del delito consumado.”

4.3. La fe pública como bien jurídico tutelado

“Cuando en derecho se hace referencia al bien jurídico, nos estamos refiriendo a todo bien o valor de la vida de las personas que es protegido por la ley. Se trata de algo, sea

tangible o intangible, considerado valioso a un nivel que merece una garantía legal de no ser quebrantado por la acción de un tercero.”³³ (sic)

El término de bien jurídico tutelado proviene del hecho de protección de un derecho fundamental frente a la comisión de un delito, esto ya es indicativo de que en el ámbito del notariado también existen delitos.

Los bienes jurídicos tutelados son aquellos derechos que la ley defiende mediante la tipificación de delitos para evitar que estos sean violentados o una vez violentados estos derechos sean restaurados en medida de lo posible.

Los bienes jurídicos tutelados existen desde diversos puntos de vista porque dentro de la esfera de los derechos de las personas existen acciones que tienden a defender la estabilidad de las leyes mismas y de apartar las conductas dañinas de los seres humanos. Sin embargo, el bien jurídico tutelado no existe por sí solo, sino que necesita de la creación de una ley para consolidar su existencia, entonces este es creado, derivado de la necesidad de protegerlo.

Es por ello que cada delito encuentra su razón de ser en el bien jurídico tutelado que se ampara en este para su protección; es decir, una conducta social existente, crea un tipo penal que protege ese derecho fundamental, la fe pública no se escapa a este precepto puesto que se busca defender la seguridad jurídica de las personas que se someten al

³³ <https://www.conceptosjuridicos.com/bien-juridico/> (Consultado: 12 de agosto de 2021)

amparo de la ley para crear obligaciones entre particulares, ya que se pueden violar otros derechos desde esta plataforma.

Los delitos contra la fe pública suponen conductas punibles de sumo interés para todas aquellas personas relacionadas con derecho penal, tales como estudiantes, docentes, jueces, fiscales y, en últimas, para todos los ciudadanos como destinatarios del derecho penal.

Es por ello, que son conductas de sumo interés en la medida en que los instrumentos cuya autenticidad y veracidad tutela el derecho penal, tales como la moneda, los sellos, los efectos oficiales y, en especial, los documentos cuentan con una especial relevancia en las sociedades contemporáneas.

Entonces la legislación le da sentido de vida a la fe pública porque desde la doctrina hay autores que niegan la existencia de la misma argumentando que esta solo se ve al tenor de lo que el mismo Estado determine y que se tiene por cierta sin más, por ello el legislador creó los tipos penales que se verán a continuación, porque se dio el fenómeno social de violentar el bien jurídico tutelado de la seguridad jurídica de las personas.

Para entender un poco más sobre la existencia de los delitos que se configuran bajo el bien jurídico tutelado de la seguridad jurídica, se deben establecer los términos de falsedad y falsificación porque de ellos surgen los delitos que violentan la fe pública.

La falsedad es la creación de algo sin los requerimientos necesarios, ya sea de calidad o de cualidad, se puede decir en pocas palabras que algo hecho al tenor de una falsedad no existe porque no cumple con el andamiaje de legalidad necesaria para su vida.

La falsificación por otra parte tiene su nacimiento en la réplica de algo verdadero y tampoco podría nacer a una vida jurídica o ser considerado real para usos legales, la diferencia es que la falsificación para ser determinada debe ser puesta en tela de juicio, es decir, buscar redargüir este acto, cosa o documento de un juicio categórico con respecto a su validez.

Al comentar fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, de Argentina, en relación a delito de falsificación de marcas considera un delito de riesgo para la fe pública, citando a Carlos Creus, para quien: “La fe pública protege la confianza general en la autenticidad y veracidad de las marcas como medios indispensables para que aquéllas cumplan debidamente sus finalidades jurídicas.”³⁴

En términos generales el bien jurídico tutelado de la fe pública recae en la falsedad documental, la cual puede causar daño y recae sobre bienes de cualquier naturaleza sin embargo es más común que su contenido sea patrimonial, y dado que existen diversos tipos de fe pública cualquiera de ellas es susceptible de falsificación, por lo que el Estado, como garante en relación a la seguridad jurídica debe proteger la fe pública.

³⁴ <http://castrillo.com.ar/la-fe-publica-como-bien-juridico-tutelado-en-la-ley-de-marcas/> (Consultado: 12 de agosto de 2021)



4.4. Tipos penales que contiene el Código Penal guatemalteco en contra de la fe pública

“El concepto de fe pública como un objeto jurídico de contenido patrimonial y define al delito de falsedad como una alteración fraudulenta de la verdad con daño de otro. La fe pública puede ser violada, con la falsedad o con el hurto porque la prodimión pertenece a otra clase de infracciones, de modo que se pueden comprender en esta clase de delitos contra la fe pública: la falsedad pública; la falsa moneda que forma una especie de falsedad pública; el hurto del dinero público cometido por la persona a la cual fue confiado; la quiebra fraudulenta.”³⁵

Al respecto el título VIII del Código Penal establece taxativamente cuales son los delitos que atentan contra la fe pública, estableciendo desde su enunciado el bien jurídico tutelado. Estos delitos dañan a la colectividad puesto que generan incertidumbre al momento de ser cometidos, es decir que el Estado de Guatemala al proteger este bien jurídico en realidad no lo hace directamente para proteger el de una persona sino el ámbito jurídico en general de la población.

A manera de ilustración se transcriben los delitos que contempla la ley de la materia en cuanto el bien jurídico tutelado de la fe pública. Los delitos contra la fe pública son:

³⁵ <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc40205.pdf> (Consultado: 12 de agosto de 2021)



- a) Falsedad material: este tipo de vulneración consiste en realizar un documento dándole la apariencia de verdadero el cual hasta no ser comprobado lleva implícita la fe pública o bien la validez que le da su emisor, al respecto el Artículo 321 del Código Penal establece que: “Quien, hiciere en todo o en parte, un documento público falso, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio...”
- b) Falsedad ideológica: a diferencia de la falsedad material, el documento como tal se presume verdadero por su apariencia inclusive por quien lo emite, sin embargo, el contenido del mismo resulta no ser verdadero; al respecto el Artículo 322 del Código Penal establece que: “Quien, con motivo del otorgamiento, autorización o formalización de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio...”
- c) Equiparación de documentos: este tipo de delito recae directamente sobre la vulneración del bien jurídico de los títulos de crédito, es decir, que consiste en la falsificación de un título de crédito ya sea este material o ideológica; al respecto el Artículo 324 del Código Penal establece que: “Cuando los hechos previstos en los dos primeros artículos de este capítulo recayeren en títulos de crédito, nominativos o a la orden, o en letras de cambio, u otros títulos transmisibles por endoso...”
- d) Falsedad en certificado: Al respecto el Artículo 326 establece que: “El facultativo que extendiere un certificado falso concerniente a la existencia o inexistencia, presente o pasada, de una enfermedad o lesión, cuando de ello pueda resultar perjuicio...”

- e) Supresión, ocultación o destrucción de documentos: al respecto el Artículo 327 del Código Penal establece que: “Quien destruya, oculte o suprima, en todo o en parte, un documento verdadero, de la naturaleza de los especificados en este capítulo, será sancionado con las penas señaladas en los artículos anteriores, en sus respectivos casos. En igual sanción incurrirá quien, con ánimo de evadir la acción de la justicia, realizare los hechos a que se refiere el párrafo anterior sobre documentos u objetos que constituyan medios de prueba.”
- f) Falsificación de sellos, papel sellado y timbres: Al respecto el Artículo 328 del Código Penal establece que: “Quien, falsificare sellos oficiales, papel sellado, estampillas de correo, timbres fiscales, o cualquiera otra clase de efectos sellados o timbrados cuya emisión esté reservada a la autoridad o controlada por ésta, o tenga por objeto el cobro de impuestos...”

En los delitos anteriormente mencionados se observa de manera general que se violenta la confianza en que consiste la delegación de fe pública, por parte del Estado a los particulares, generando inestabilidad en cuanto a el otorgamiento de la seguridad y la garantía de la misma según establece la Constitución Política de la República de Guatemala.

Es importante, hacer hincapié que si bien es cierto el bien jurídico tutelado es la fe pública, esta lleva aparejada la seguridad jurídica, la cual constituye no solo un principio del derecho notarial, sino, también un derecho del ser humano garantizado y tutelado por el Estado.



CAPÍTULO V



5. La transparencia del profesional del derecho en el ejercicio de la profesión

El actuar notarial desde el ámbito de sus principios recae sobre las normas éticas, las cuales son imperativas puesto que de no ser así el documento que se pretende desarrollar no nacería a la vida jurídica y como ya se vio, esto acarrearía responsabilidades, entre ellas la penal.

Por otra parte, la ética y transparencia profesional del notario no es imperativa puesto que a pesar de que esta reglada, apunta a darse cuenta que no tiene ninguna fuerza coercitiva por lo que el notario no está conminado a resolver los asuntos sometidos a su amparo bajo esta normativa, sino que más bien esto se toma como recomendaciones a la hora de actuar, esta actuación debe ser transparente sin quebrantar las normas legales sobre las que descansa un Estado de derecho como se supone que lo es el Estado de Guatemala.

Resulta importante hablar de los sistemas que existen dentro del notariado, siendo estos el latino y el sajón; por su parte, el latino el notario es un profesional que cursa una carrera universitaria y que espera poder completar todos los tramites exteriores a su casa de estudios frente a ciertas entidades fiscalizadoras; mientras que, el notario sajón un testigo privilegiado dentro de la contratación que no necesita ser un profesional universitario lo cual evidencia ciertas aseveraciones culturales tal y como el hecho de que el ejercicio del derecho notarial funciona de mejor manera en los países



con sistema de corte sajón; que se podría decir genera más confianza en la sociedad de los países que adoptan este sistema.

En el sistema latino que le atañe a Guatemala, este tema es más complicado puesto que se comenten muchas ilegalidades en contra de la ética (malas prácticas, competencia profesional desleal, autorización de escrituras sin la presencia de las partes, entre otros) y postulados aplicables a los profesionales del derecho, se debe tener presente, que, en el ejercicio del notariado muchos de los actos que se someten ante un notario forman parte del entorno judicial y registral, entonces esto se inmiscuye en más esferas, llegando hasta el mundo de la política en donde es muy complicado por asunto de la corrupción, lo cual va relacionado con el deseo de mantenerse o alcanzar el poder.

Ciertamente en Guatemala el sistema de leyes notariales está legislado en forma más amplia puesto que el notario interviene en más esferas de las que le correspondería, como cuando interviene como auxiliar de judicaturas (secretarios, oficiales) de los órganos jurisdiccionales o extensiones gubernamentales (como asesores jurídicos).

No toda declaración es posible en la realidad, no todo contrato es posible de faccionar, existen las llamadas cláusulas leoninas que violentan los derechos de las personas y al tenor de querer declarar ese derecho es donde muchas veces la transparencia ética de un profesional del notariado, se ve comprometida.



Al respecto el Artículo 38 del Código de Ética establece que: “El notario observa siempre el deber ético de la verdad y la buena fe.”

En cuanto a la transparencia dentro del actuar del derecho, el notario, es decir, el profesional del derecho experto en la creación y autenticación del instrumento público debe actuar con base a:

- a) Justicia: Dentro del actuar del notario, este debe primeramente estar apegado a derecho, es decir bajo la legalidad, sin embargo, aparejada a la legalidad, si bien es cierto, no actúa de oficio debe lograr la justicia ya que de forma general debe buscar la satisfacción de sus clientes pero sin incurrir en injusticias que afecten a la otra parte, la justicia también se relaciona con la fe pública ya que su actuar debe estar bajo la presunción de validez en lo que está autorizando o autenticando.
- b) Honestidad: La honestidad más que un principio del que actuar en las relaciones humanas, resulta ser sinónimo de la rectitud con la que el profesional del derecho debe actuar en respeto de la ley y en garantía de los intereses de a quien representa o asesora; el notario transgrede la honestidad cuando en su función asesora acude a soluciones que van en contra de la seguridad jurídica.
- c) Veracidad: El notario al ser encargado exclusivamente de la creación del instrumento público, este al relacionarlo con la transparencia de sus actuaciones, debe estar consciente de que lo que está insertando en documento autorizado por su persona los hechos sean claros en el entendido de que no se está incurriendo en



falsedad o bien ocultado determinadas situaciones que sean susceptibles de invalidez del documento.

- d) Imparcialidad: La imparcialidad el notario radica principalmente dentro de la función asesora que realiza ya que su actuar debe ir encaminado a no redactar instrumentos públicos contrarios a la equidad, justicia, legalidad y seguridad jurídica, es decir, que su actividad profesional debe estar desprovista de la parcialidad ya que no puede aconsejar a las dos partes con la finalidad de afectar o beneficiar a una de ellas.
- e) Independencia: El notario al hacer uso de fe pública delegada por el Estado debe actuar con plena libertad en el ejercicio de sus derechos notariales, es decir, que la creación del instrumento público no debe estar sujeta a la libertad personal del notario sino, que a la independencia que le ostenta la ley para actuar ya sea por requerimiento de parte o por disposición de la ley.
- f) Lealtad: La lealtad con la que debe actuar el notario recae principalmente en su función, sin embargo, se debe tener presente que es aplicable también para sus colegas, autoridades, jueces y la administración pública, el no conducirse con lealtad, desde un punto de vista colectivo genera como consecuencia atentar en contra de la institución gremial a la que pertenece.
- g) Dignidad: La dignidad está relacionada con el respeto hacia la profesión, hacia sí mismo, pero también hacia los demás colegas y con quienes se tiene relación directa por su quehacer profesional; el notario al ejercer una función pública



mientras que por otra parte ejerce la profesión liberal pero la dignidad principalmente radica en que debe brindar auxilio a las instituciones del Estado.

- h) Atención personal y atingencia: Si bien es cierto, el notario regularmente debe contar con una oficina profesional y una persona que le auxilie en el ejercicio de sus actividades sin descuidar la seguridad jurídica y la no delegación de la fe pública, en ese sentido, para con sus clientes todo notario debe brindar la atención personalizada y no por conducto de tercera persona, todo ello con la finalidad de llevar a cabo con transparencia sus actividades notariales.
- i) Preparación: La preparación tiene una íntima relación con la función asesora y modeladora del notario, ya que es en base a sus estudios y preparación en donde se van resguardando los derechos de quienes solicitan su actuación, es decir, todos los que comparecen o intervienen en un acto o contrato, ya que si un cliente solicita sus servicios este debe modelar el instrumento público no solo con apego a la ley, sino que, también en beneficio de los solicitantes dada la imparcialidad que debe mantener por razones éticas, en el entendido que debe asegurar que el instrumento público no sea anulable o bien que haya nacido a la vida jurídica con total legalidad.
- j) Calidad profesional: La calidad profesional nace con el desempeño de las actividades lo cual va de la mano con la formación jurídica del notario, dentro de sus actividades o funciones el notario debe plasmar la voluntad de las partes en el documento, al realizar este documento el notario debe contar con un conocimiento profundo del negocio jurídico, de la voluntad de las partes y las consecutivas y

efectos jurídicos que conlleva la aceptación autenticación, es decir, que se debe actuar con profesionalismo ya que el Estado lo ha dotado de fe pública para alcanzar la seguridad jurídica.

- k) Discreción: El secreto profesional del notario se debe a que este, no está en la facultad de revelar la información revelada por sus clientes, las partes ciertamente tienen la necesidad de revelar secretos o información al notario para realización del instrumento público, mientras que, por otra parte, por mandato legal el notario no puede brindar información a terceros, a manera de ejemplificar al momento de autorizarse un testamento o donación por causa de muerte, el notario no puede emitir ningún testimonio o información a un tercer, inclusive a los herederos plasmados en el instrumento público.

5.1. ¿Cómo proteger la fe pública?

La forma en la que la fe pública se manifiesta es a través de los notarios que tienen delegación del Estado para hacer constar actos o plasmar obligaciones, resulta ser la manera más idónea y eficiente al crear un andamiaje legal correspondiente para que este bien jurídico tutelado se vea resguardado.

La fe pública, cabe destacar, ya se encuentra protegida en la legislación, puesto que se tiene como un bien jurídico tutelado; existen delitos que ya se desarrollaron con anterioridad que violentan este precepto, por ello es importante mencionar que bajo el estricto cumplimiento de las normativas legales no sería necesario abordar este tema,

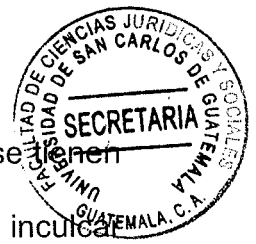


sin embargo, desde el punto de vista real se está hablando sobre la falta de normatividad, porque como bien se ha mencionado este tema no está sobre legislado, sino que más bien se está frente a un problema de aplicabilidad.

Este problema se deriva de dos corrientes las cuales se pueden definir como falta de interés en la aplicación, es decir, corrupción propiamente dicha o podría ser también por ineficacia en la aplicación.

Si el problema proviene de la inaplicabilidad de la ley es fácil determinar que la forma más pertinente de proteger a la fe pública como bien jurídico tutelado es precisamente mediante capacitaciones relacionadas con la transgresión a la fe pública notarial constantes a los estudiantes y a los profesionales del derecho para inculcar en ellos los principios fundamentales de la ética profesional y los lineamientos del actuar de un notario para que desde la formación profesional a nivel superior se vean reflejados en el profesional, el respeto y conocimiento pleno sobre la legislación y los principios éticos de los cuales el notariado es aliado.

La legislación no es una opción porque se caería en el mismo círculo del que habla, existen leyes, pero devienen (llegan a ser) inaplicables puesto que muchas veces los procesos a los que se someten los documentos que ostentan fe pública son tergiversados y no existe como tal una garantía a la seguridad jurídica por cuestiones relacionadas con la ética.



Por ello estas leyes serian vigentes mas no positivas, así que los medios que se utilizan para proteger la legislación interna con respecto a la fe pública recae en inculcar valores éticos en todas las personas que forman parte y participan en la plataforma o esfera del derecho notarial.

Es importante que los valores ético-profesionales sean estudiados y tenidos como una ley positiva (puesto que existen leyes de ética profesional, pero al parecer no son positivas, por su falta de aplicación), esto podría ayudar a ser un paliativo en la comisión de hechos delictivos que tiendan a violentar la fe pública y por tanto la seguridad jurídica. La protección pasa entonces más por un tema de ética profesional y moral y no tanto por regular más la ya extensa ley notarial en Guatemala.

Al tener claro que la fe pública tiene que ver con la transparencia del profesional de derecho, las normas morales ciertamente conllevan sanciones leves, sin embargo, la verdadera protección a la fe pública debe radicar en la protección al bien jurídico tutelado en el entendido de que las penas deben ser severas, pero a su vez combinadas con sanciones de índole gremial, las cuales por supuesto no deben ser leves.

Si bien es cierto el problema radica en la transparencia, es decir, en la ética o mejor dicho en la deontología jurídica, tanto el derecho penal como la ética profesional se deben combinar para alcanzar la verdadera transparencia en el que hacer notarial.



5.2 Medidas a tomar para que la sociedad no desconfíe de los profesionales del derecho

Es importante mencionar que el profesional del derecho en el ejercicio del notariado específicamente ha alcanzado en estos tiempos un demérito por completo, ya que, es muy difícil encontrar a personas ajenas a las ciencias jurídicas que confíen plenamente en la ética del abogado o de un notario, en el ejercicio del notariado, se refiere a que se han cometido falsedades en instrumentos públicos, o en actas notariales faltando así al presupuesto legal de que el notario hará constar actos que le consten y hechos que presencie.

Este tema no es nuevo y mucho menos es uno de esos aspectos que se pueden arreglar con dos simples pasos, este es un tema que merece tiempo. Algunas medidas que se pueden tomar para que la ciudadanía vuelque la confianza a estos profesionales es empezar por fiscalizar (un mejor control en su actuación) de manera eficiente a los mismos, de forma tal que las personas que se acercan a ellos por ayuda profesional tengan la entera certeza de que van a actuar de conformidad con la ley y en estricto apego a la misma.

Con lo anterior expuesto, no se busca establecer que el Estado es quien debe cuidar del ejercicio del notariado y que debe eximir de cualquier responsabilidad al profesional, sino que, se debe tomar esto como un inicio, como un punto de partida; para que la ética del profesional sea robustecida.



Al respecto el Código de Ética Profesional establece algunos puntos muy interesantes al respecto:

El Artículo 13, establece: “Defensa del estado de derecho. Como defensor de la justicia, el abogado está obligado a defender el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos. Estará contra cualquier arbitrariedad que se cometa o se pretenda cometer.”

Por su parte el Artículo 14 regula: “Independencia y lealtad. La actitud del abogado ante los tribunales y demás autoridades debe seguir los postulados de independencia y lealtad. Por virtud de la independencia, no debe ser partícipe de los intereses en conflicto. En mérito de la lealtad debe asumir la defensa honesta del asunto a su cuidado por la fuerza de la razón y del derecho.”

Mientras que el Artículo 15 establece: “Respeto. El abogado debe guardar respeto a los tribunales y otras autoridades y hacer que se les respete. Les apoyará cuando, en cualquier forma, se les falte el acatamiento que ordena la ley. Las quejas contra jueces y funcionarios deben presentarse en forma comedida ante las autoridades que corresponda, o ante el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, si fuere el caso.”

Ahora bien, el Artículo 16 estipula: “Defensa del honor profesional. Para la defensa del honor profesional, no sólo es un derecho, sino un deber, combatir la conducta incorrecta de jueces, funcionarios y abogados por los medios lícitos de que disponga.”

Es por ello que, los valores éticos como el respeto por los procesos y por la imperatividad de las solemnidades de los instrumentos notariales, así como la lealtad ante los clientes es una buena forma de encausar el ejercicio notarial. En el Código de ética se menciona al abogado, pero debe entenderse que alude a todo profesional del derecho que en virtud de dicho título facultativo ostenta también el de notario, independientemente de si se ejercen ambas profesiones o no.

Para que esto de la recuperación de la credibilidad hacia el notario funcione, todos los que participan en la esfera jurídica, se deben involucrar en ese control para enfatizar el cumplimiento de las normas escritas y no escritas, no por obligación sino por el rescate de una institución a la que le ha tomado siglos enteros el perfeccionarse y que encuentra como fundamento de su existencia la creencia de sus actos, aun sin haber sido analizados con anterioridad; no hay porque desgastar más esta confianza ni poner en tela de juicio la fe pública que el Estado otorga.

5.3. Sanciones impuestas por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala a los notarios que quebrantan la fe pública

El proceso estipulado en el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala es un procedimiento que la Ley de Colegiación Profesional Obligatoria en su Artículo 26, expone que el procedimiento a seguir por el Tribunal de Honor se debe fijar por cada colegio en sus respectivos estatutos, debiendo respetar en todo caso el derecho constitucional de defensa y debido proceso. Se implementarán los principios de oralidad, inmediación, continuidad y economía procesal. De preferencia se debe



unificar el procedimiento en todos los colegios profesionales que forman parte de la colegiación profesional obligatoria y especialmente el Colegio de Abogados y Notarios.

Los Estatutos del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala estipulan el procedimiento común que llevarán los expedientes, dentro del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala de la misma forma hace referencia a que en todo lo que no esté estipulado por esa norma será aplicable lo estipulado por las normas de carácter Civil supletoriamente y comunes a los procesos judiciales.

Dentro del proceso de imposición de sanciones al profesional del derecho, si se presenta denuncia ante el Tribunal de Honor y este estimare que los hechos denunciados pueden dilucidarse con una Junta Conciliatoria, posterior a la audiencia y que esta no hubiere llegado a un mutuo acuerdo o ausencia de alguna de las partes se dará audiencia, para que dentro de un término de nueve días manifiesten lo que convenga a su defensa y propongan las pruebas de descargo.

En caso de que el Tribunal la estimare frívola o impertinente, dictaminará en tal sentido y rechazando la denuncia. Vencido el emplazamiento el expediente será abierto a prueba por el término de treinta días; cuando las partes interesadas tengan que presentar pruebas que deban recabarse en el extranjero, el Tribunal concederá un término extraordinario de seis meses.

El Tribunal de Honor, dentro del término de prueba, recibirá las pruebas ofrecidas por las partes, y, a su vez practicará todas aquellas diligencias que estime necesarias para



el esclarecimiento de los hechos, vencida la dilación probatoria, el Tribunal lo hará saber a las partes y dispondrá que, por el término de cinco días, queden las actuaciones en la secretaria a efecto de que se informen de ellas y aleguen lo que estimen conveniente dentro del mismo término.

Vencido el término a que se refiere el Artículo anterior, el Tribunal podrá, por una sola vez y para mejor fundamento de su dictamen, practicar las diligencias que estime pertinentes, dentro del término de ocho días. Notificado el dictamen a las partes, puede cualquiera de ellas pedir, por una sola vez, y dentro del término de veinticuatro horas, aclaración o ampliación. Estos recursos procederán cuando los términos del dictamen fueren oscuros, ambiguos o contradictorios, o cuando se hubiere omitido considerar algún punto sometido al estudio del Tribunal.

Todas las resoluciones del Tribunal de Honor, así como el dictamen final deberán notificarse a las partes por escrito, las notificaciones las hará el secretario, bajo su fe profesional.

Todas las resoluciones del Tribunal de Honor se tomarán por mayoría absoluta de votos, en caso de excusa, recusación o impedimento, cinco miembros hábiles del Tribunal de Honor podrán dictaminar. El dictamen del Tribunal de Honor será remitido en copia certificada al secretario de la Junta Directiva, para que éste, o la Asamblea General, según el caso, resuelvan lo procedente.



Los casos no previstos en el presente capítulo se resolverán por analogía con lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Mercantil y en la Ley del Organismo Judicial en lo que fueren aplicables y de acuerdo con los principios de equidad y de justicia.

En cuanto a las sanciones que puede imponer al notario por quebrantamiento de la fe pública un colegio profesional por conducto del Tribunal de Honor son:

- a) Sanción pecuniaria,
- b) Amonestación privada,
- c) Amonestación pública,
- d) Suspensión temporal en el ejercicio de su profesión, y
- e) Suspensión definitiva.

La suspensión temporal en el ejercicio de su profesión no podrá ser menor de seis meses ni mayor de dos años, en el entendido que la suspensión definitiva conlleva la expulsión del colegio profesional, en este caso el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

5.4. El Artículo 104 del Código de Notariado y su relación con la transparencia del notario

Este Artículo del Código de Notariado tiene relación con el derecho de defensa del notario y de cierta forma le otorga una posibilidad de redención, es decir, rehabilitación,



al conocer la Corte Suprema de Justicia ciertamente se le está desvirtuando al colegio profesional ya que es el órgano encargado de velar por el decoro de la profesión.

Al respecto el Artículo 104 de la mencionada norma jurídica establece que: “Los Notarios que hubieren sido condenados por los delitos especificados en el inciso 4o. del Artículo 3o. de esta ley, podrán ser rehabilitados por la Corte Suprema de Justicia, siempre que concurrieren las circunstancias siguientes:

- a) Que hubieren transcurrido dos años más del tiempo impuesto como pena en la sentencia;
- b) Que durante el tiempo de la condena y los dos años más a que se refiere el inciso anterior, hubieren observado buena conducta;
- c) Que no hubiere reincidencia; y
- d) Que emitiera dictamen favorable el Consejo Superior de la Universidad de San Carlos”.

Sin embargo, para poder ser notario este ciertamente debe cumplir con requisitos establecidos en el Código de Notariado, al respecto el Artículo 3 establece que: “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; y
- 4. Los que hubieren sido condenados por alguno de los delitos siguientes: falsedad (material o ideológica), robo, hurto, estafa, quiebra o insolvencia fraudulenta,



cohecho e infidelidad en la custodia de documentos, y en los casos de prevaricato y malversación que señalan los artículos 240, 241, 242, 243, 244 y 288 del Código Penal.”

Al utilizar la lógica jurídica, la cual debe ir de la mano del análisis e interpretación de la ley en asuntos de ética, los preceptos para que un notario sea inhabilitado y la permisibilidad por parte de la ley, estos deben cometer ilegalidades que deben ser de conocimiento de un gremio profesional.

Cuando una ley es clara no necesita ser interpretada, en ese orden de ideas, la ley es precisa al establecer qué delitos son los que imperan o atentan contra la fe pública y ponen en peligro esa transparencia y confianza en los notarios, así como la seguridad jurídica que busca resguardar el Estado la cual no debe ser atentada por la habilitación de un profesional de derecho que ha atentado contra la fe pública con anterioridad.

Si bien, es cierto, es de suma importancia que este articulado sea analizado con detenimiento; también que no se reduzcan estos preceptos a unos cuantos delitos, sino que más bien a todo aquel delito cometido por un notario en ejercicio que violente el bien jurídico tutelado de otra persona.

De hecho, no es muy difícil observar que dentro la práctica notarial los delitos de falsedad material y falsedad ideológica, son en los que incurren más notarios, delitos que fueron desarrollados en su apartado especial.



El legislador ha determinado que estos delitos atentan contra la fe pública que lesionan los derechos de la colectividad por lo que es imperativo defender este bien jurídico tutelado mediante la consolidación e inclusión de todos los delitos que adopta el Código Penal guatemalteco y no solamente a unos cuantos puesto que esto permite a las personas que actúan fuera de los márgenes de la ley hacer las alegaciones correspondientes para poder salir bien librados de las consecuencias legales que sus actos provocan.

De esta forma se podría entonces determinar que frente a la violación de un derecho hay una pena a imponer y en este caso, el de la inhabilitación para ejercer una profesión (notariado), es importante destacar que los años que dure la sentencia deberían ser los mismos que dure la inhabilitación posterior al cumplimiento de la pena.

Es decir, los mismos derechos que un recluso tendría, como es la libertad condicional, aplicable en sentido de una rehabilitación condicional (rehabilitación notarial condicionada al mismo tiempo por el cumplimiento de la pena), así mismo que el notario implicado pueda emitir solicitudes para poder ser rehabilitado.

El simple hecho de que estas nuevas formas de inhabilitación notarial existan, procura un paliativo en la comisión de hechos delictivos derivados de estos agentes de la fe pública, por el hecho de la inhabilitación por el doble de la pena impuesta, e inclusive podría mandarse a publicar en el Diario Oficial ya sea el listado trimestral de notarios con impedimento absoluto o con causas de inhabilitación, así como la rehabilitación del notario.

Ciertamente el Artículo 104 del Código de Notariado, atenta en contra de la fe pública, la seguridad jurídica y principalmente es contrario a la transparencia con la que debe actuar el notario, si bien, es cierto, este Artículo establece que debe transcurrir determinado tiempo para que al notario se le pueda incorporar a un colegio profesional, no significa que en el pasado la fe pública que le delegó el propio Estado haya sido respetada, y por tanto hay riesgo inminente de que vuelva a ser vulnerada, afectando también el decoro del colegio profesional al cual pertenece.

5.5. Justificación de la reforma legislativa al Artículo 104 del Código de Notariado

Para que puedan ser reformados los Artículos que integran el Código de Notariado o bien determinada situación relacionada con el notario, en Guatemala se debe observar la unidad del contexto; este resulta ser un principio propio del derecho notarial guatemalteco; el busca brindarle una protección a la norma jurídica notarial para que no esté dispersa y se pueda cuidar el espíritu en su texto o en su contexto, pero sin acudir a otra norma considerada como notarial.

Se debe tener presente que la transparencia del profesional del derecho en el ejercicio de la profesión, es algo que ya se encuentra regulado en normas de ética que le son aplicables al notario; es decir, toda esa deontología jurídica que viene a garantizar la fe pública notarial.



Es por ello que la justificación acorde a la reforma legislativa del Artículo 104 del Código de Notariado, se debe a que en la actualidad es común que profesionales del derecho en el ejercicio del notariado incurran en delitos contra la fe pública, abusando de la confianza depositada en ellos por el Estado y por los mismos miembros de la sociedad que requieren de su intervención para elaborar o autorizar instrumentos públicos o documentos privados, atentando así contra la fe pública que el Estado le ha delegado y de la cual le ha investido, causando conmoción ya que son los conocedores del derecho quienes lesionan la fe pública notarial como bien jurídico tutelado.

Al respecto el Artículo 104 del Código de Notariado establece: “Los Notarios que hubieren sido condenados por los delitos especificados en el inciso 4o. del Artículo 3o. de esta ley, podrán ser rehabilitados por la Corte Suprema de Justicia, siempre que concurrieren las circunstancias siguientes:

- 1º Que hubieren transcurrido dos años más del tiempo impuesto como pena en la sentencia;
- 2º Que durante el tiempo de la condena y los dos años más a que se refiere el inciso anterior, hubieren observado buena conducta;
- 3º Que no hubiere reincidencia; y
- 4º Que emitiera dictamen favorable el Consejo Superior de la Universidad de San Carlos.”

Al tenor de lo establecido en la norma jurídica en colación, tal Artículo debe estar regulado de la siguiente manera: “Artículo 104. “Los Notarios que hubieren sido



condenados por los delitos especificados en el inciso 4o. del Artículo 3o. de esta ley, podrán ser rehabilitados por la Corte Suprema de Justicia, siempre que concurrieran las circunstancias siguientes:

1. Que hubiere cumplido el doble de tiempo de la pena de prisión cumplida;
2. Que si contra el notario hubiera sentencia condenatoria en el extranjero, se haya cumplido la pena impuesta, en cuyo caso la sentencia firme requerirá del exequátur correspondiente.
3. Que haya presentado constancia emitida por el Director del Archivo General de Protocolos, en la que conste que durante el tiempo que se encontró inhabilitado se abstuvo de autorizar instrumentos públicos.
4. Que no hubiere reincidencia; y
5. Que emitiera dictamen favorable el Consejo Superior de la Universidad de San Carlos, con dictamen vinculante del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

Los notarios no podrán ser rehabilitados bajo ningún otro presupuesto, cuando medie sentencia condenatoria por delitos que atentaran contra la fe pública siempre que se le hubiere condenado en grado de autoría.”



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Actualmente es común que notarios, incurran en los delitos contra la fe pública, abusando así de la confianza depositada en ellos por el Estado por la delegación de la misma y la sociedad, pues requieren su intervención para dar fe en los instrumentos públicos y documentos privados que autorizan; atentando de manera directa contra la fe pública debido a la tergiversación o inobservancia de las normas jurídicas éticas, profesionales y deontológicas en la intervención notarial, vulnerando el bien jurídico tutelado de la fe pública regulada en el Artículo 1 del Código de Notariado con base Constitucional en el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

En ese sentido, el Colegio de Abogados y Notarios como gremio profesional y dado que la ética debe garantizar de forma eficiente el uso de la fe pública, y la excelencia del ejercicio, siendo que el Artículo 174 de la Constitución Política de la República de Guatemala, le da facultad de solicitar las reformas de ley, el Código de Notariado en su Artículo 104 debe ser reformando, ya que, los requisitos que solicita la Corte Suprema de Justicia para rehabilitar a un profesional de derecho van en contra de la fe pública y la independencia de la cual goza el colegio profesional al que pertenecen.

Se considera necesaria la reforma para dar intervención al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, y al Archivo General de Protocolos, además de establecer un trámite más específico, y ampliar los requisitos para que la Corte Suprema de Justicia pueda rehabilitar al notario, e inclusive adicionar una causal para que se pueda denegar la solicitud de rehabilitación.





BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA, Adriana N. **Documento notarial**. Buenos Aires, Argentina: Universidad Notarial Argentina, 2002.
- AMAYA SANTOS, Edna Karina. **La necesidad de regular un procedimiento para sanear errores cometidos en los instrumentos públicos, al fallecimiento del notario**. Tesis de Licenciatura, Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2013.
- AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. **Derecho penal**. Mexico, Mexico. Editorial de Oxford University Press, 2012.
- ARATA, Roberto M. **Ética notarial**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot, (s.f).
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 1985.
- CAUHAPE-CAZAUX GONZÁLEZ, Eduardo. **Apuntes del derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Editorial Universitaria. 2017.
- CUAUHTÉMOC GARCÍA, Julio Antonio. **Historia del derecho notarial**. México: Editorial UNAM, 1993.
- EMÉRITO GONZÁLES, Carlos. **Derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina: Editora la Ley, S.A., 1971.
- GIRÓN, José Eduardo. **El notario práctico**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Buenos Aires, 2000.
- LARRAUD MIRANDA, Rufino. **Documento notarial**. Montevideo: Universidad de la República, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1961.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, y Terradillos Basoco, Juan. **Las consecuencias jurídicas del delito**. (s.l.i.): Editorial Civitas, 2005.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Guatemala: Editorial Fénix, 2016.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael. **La fe pública**. (s.l.i.): Revista del Notariado No. 727, 1973.
- PELOSI, Carlos A. **El documento notarial**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1987.



RÍOS HELLIG, Jorge. **La práctica del derecho notarial**. Décima Edición, México. Editores F.T. S.A. de C.V. México, 2012.

SALAS, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. Panamá: Editorial Panamá, 2000.

Legislación:

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

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

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

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República, 1964.

Código Penal de Guatemala. Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1974.

Ley de Colegiación Profesional Obligatoria. Decreto Número 72-2001 del Congreso de la República de Guatemala, 2001.

Código de Ética. Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, 1994.

Páginas electrónicas:

<http://castrillo.com.ar/la-fe-publica-como-bien-juridico-tutelado-en-la-ley-de-marcas/>
(Consultado: 12 de agosto de 2021)

<http://diccionariojuridico.mx//listado.php/notario/?para=definicion&titulo=notario>
(Consultado: 27 de julio de 2021)

<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/derecho-notarial/derecho-notarial.htm>
(Consultado: 4 de julio de 2021)



<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc40205.pdf>
(Consultado: 12 de agosto de 2021)

<https://definicion.de/notario/> (Consultado: 28 de julio de 2021)

<https://www.conceptosjuridicos.com/bien-juridico/> (Consultado: 12 de agosto de 2021)

<https://www.gestiopolis.com/fe-publica-definicion-tipos-clasificacion-jurisprudencia/>
(Consultado: 28 de julio de 2021)