

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

**IMPERATIVIDAD PARA EL NOTARIO DE ASOCIARSE DE TESTIGOS EN EL  
OTORGAMIENTO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS**



**ANTONIO CASTILLO PÉREZ**

**GUATEMALA, OCTUBRE DE 2007**

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

**IMPERATIVIDAD PARA EL NOTARIO DE ASOCIARSE DE TESTIGOS EN EL  
OTORGAMIENTO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Por

**ANTONIO CASTILLO PÉREZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, octubre de 2007.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidenta:	Licda. Lizett Nájera Flores Flores
Vocal:	Licda. Emma Graciela Salazar Castillo
Secretario:	Lic. Héctor Raúl Orellana Alarcón

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic. Leonel López Mayorga
Vocal:	Lic. Rafael Morales Solares
Secretaria:	Licda. Marisol Morales Chew

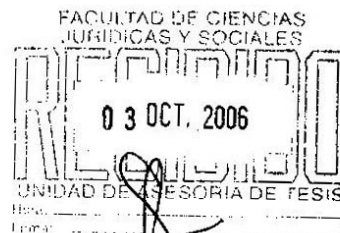
**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.)

*Lic. Ronald Manuel Colindres Roca*  
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 26 de septiembre de 2006

Licenciado  
**Marco Tulio Castillo Lutín, Jefe**  
Unidad de Asesoría de Tesis,  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad Universitaria.



**Lic. Castillo Lutín:**

Dándole cumplimiento a la providencia de fecha 3 de febrero de 1999, emanada por el Decanato de nuestra Facultad, le informo que procedí a ASESORAR el trabajo que elaboró el Bachiller ANTONIO CASTILLO PÉREZ bajo el título de "IMPERATIVIDAD PARA EL NOTARIO DE ASOCIARSE DE TESTIGOS EN EL OTORGAMIENTO DE INSTRUMENTO PÚBLICO".

El tema tratado por el autor toma mucha importancia para el ámbito de aplicación en el derecho Notarial guatemalteco, toda vez que sugiere la concurrencia de testigos de carácter instrumental que auxilien al notario en el otorgamiento de toda clase de instrumentos públicos, lo que, según su opinión, generaría aún más seguridad jurídica para la persona que utiliza los servicios de un profesional del derecho en esta rama. El Bachiller Castillo Pérez, contó con la inmediata dirección del suscrito, sugiriéndole las fuentes bibliográficas que debería utilizar, la técnica adecuada para la investigación documental y el correcto enfoque a los problemas que, con ocasión del tema se presentaron. Luego de varias reuniones de trabajo se arribó a la versión final que, a mi juicio, resulta interesante, misma que deja plasmado el interés investigativo del estudiante. Por todo lo anterior OPINO que el trabajo presentado puede ser discutido en el examen de graduación, debiendo continuarse con el trámite respectivo.

Aprovecho la oportunidad para hacer llegar a usted, las muestras de mi consideración y respeto.


*Lic. Ronald Manuel Colindres Roca*  
Asesor  
Colegiado 3,615.



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, cinco de octubre de dos mil seis

Atentamente, pase al señor LICENCIADO (A) GUILLERMO ESPAÑA MERIDA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ANTONIO CASTILLO PÉREZ. Intitulado "IMPERATIVIDAD PARA EL NOTARIO DE ASOCIARSE DE TESTIGOS EN EL OTORGAMIENTO DE INSTRUMENTO PÚBLICO"

Me permite hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 22 del Normativo para la Habilitación de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

  
LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUJÁN  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



cc: Unidad de Tesis  
MFCJ/00

Lic. Guillermo España Mérida  
Abogado y Notario  
Colegiado: 3,068



19 OCT. 2006

Guatemala, 19 de octubre del 2006.

SEÑOR LICENCIADO MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN.:  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS,  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.,  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,  
SU DESPACHO.

Respetable señor jefe:

Cumpliendo con la providencia de fecha cinco de octubre del año dos mil seis, procedí a revisar el trabajo de tesis del bachiller ANTONIO CASTILLO PÉREZ, intitulado "IMPERATIVIDAD PARA EL NOTARIO DE ASOCIARSE DE TESTIGOS EN EL OTORGAMIENTO DE INSTRUMENTO PÚBLICO".

Habiendo realizado las correcciones que el suscrito sugirió, estimo que el trabajo llena los requisitos reglamentarios para ser considerado y discutido como tesis de graduación del autor.

Con demostraciones de alta consideración y respeto, me suscribo del Señor Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis, muy atentamente:



GUILLERMO ESPAÑA MERIDA  
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinte de agosto del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ANTONIO CASTILLO PÉREZ, Titulado "IMPERATIVIDAD PARA EL NOTARIO DE ASOCIARSE DE TESTIGOS EN EL OTORGAMIENTO DE INSTRUMENTO PÚBLICO" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



## DEDICATORIA

- A DIOS: Todopoderoso por permitirme llegar a concretar mis metas, tomando en cuenta las palabras que dijo: "Sin mí nada podéis hacer".
- A MIS PADRES: Que en paz descansen; gracias porque a pesar de sus limitaciones sociales y económicas, siempre nos enseñaron buenos principios, seguir lo bueno y ser apartados del mal.
- A MI ESPOSA, HIJO E HIJAS: Gracias por comprenderme y sufrir juntos las limitaciones económicas por la causa que pretendía fuera una realidad, ¡gracias esposa e hijas, por sus oraciones, gracias hijo, por tus palabras tan valiosas!
- A TODOS MIS AMIGOS PROFESIONALES: Que sin interés alguno, ni limitaciones, de una u otra forma colaboraron conmigo para alcanzar las metas propuestas y que mis sueños llegaran a ser realidad, especialmente a los hermanos Martínez Flores; a don Mario que en paz descansa.
- A: Grandes personas en el ámbito político que con su discurso de carácter social despertaron en mí, un espíritu y sentimiento de servirle a mi pueblo y no servirme de él, para servir y no ser servido.
- A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.



# ÍNDICE

Pág.

Introducción .....	i
--------------------	---

## CAPÍTULO I

1. Notario .....	1
1.1 Definición .....	1
1.2 Requisitos habilitantes para ser notario .....	4
1.3 La Corte Suprema de Justicia .....	10
1.4 Quiénes pueden ejercer el notariado .....	11
1.5 Fe pública notarial .....	13
1.6 Fundamentos de la fe pública .....	15
1.7 Clases de fe pública .....	16
1.7.1 Judicial.....	17
1.7.2 Registral.....	17
1.7.3 Administrativa .....	18
1.7.4 Extrajudicial o fe pública notarial .....	18
1.8 Notariado.....	20
1.9 Evolución histórica en Guatemala .....	21
1.10 El notariado después de la Reforma Liberal .....	27
1.11 El notario después de la revolución de 1944.....	28
1.12 El notariado en la época actual .....	30
1.13 Notariado latino y notariado sajón .....	30
1.14 Sistemas notariales y su clasificación .....	46
1.15 Características y funciones del sistema latino.....	48
1.16 Funciones dentro del sistema latino .....	49

	<b>Pág.</b>
1.17 Países que utilizan el sistema latino.....	49
1.18 Sistema de funcionarios judiciales .....	50
1.19 Sistema de funcionarios administrativos .....	51
1.20 Origen y evolución histórica del notario.....	51
1.21 Visión general del notariado europeo.....	55
1.22 El notariado en la América española.....	58

## **CAPÍTULO II**

2. Testigos .....	61
2.1 Definición.....	61
2.2 Clases de testigos .....	64
2.2.1 Abonados .....	64
2.2.2 De premio .....	64
2.2.3 De cargo .....	65
2.2.4 De conocimiento.....	65
2.2.5 De descargo .....	65
2.2.6 De oídas .....	65
2.2.7 De vista.....	65
2.2.8 Instrumentales .....	66
2.2.9 Mudos.....	66
2.2.10 Necesarios.....	66
2.2.11 Testamentarios.....	66
2.2.12 Singulares.....	66
2.2.13 Rogados .....	67
2.2.14 Instrumental.....	68
2.3 Condiciones que debe reunir el testigo .....	69

	<b>Pág.</b>
2.4 La legislación notarial guatemalteca .....	71
2.5 Evolución del precepto de testigo instrumental .....	74
2.6 Participación de los testigos en el derecho notarial .....	79
2.7 Testigos en las escrituras .....	79
2.8 Testigos en los testamentos .....	82
2.9 Testigos rogados o de asistencia .....	82
2.10 Testigos de conocimiento o de abono .....	83
2.11 Formas de testamento .....	83
2.12 Formalidades esenciales .....	85
2.13 La necesidad de testigos para la elaboración de instrumentos públicos y su evolución .....	86
2.14 Actuación de los testigos en la función notarial de acuerdo a la legislación vigente .....	89
2.15 Régimen legal de la participación de testigos en la función notarial .....	89
2.16 Los instrumentos públicos cuya asistencia de los testigos es obligatoria .....	91
2.17 Los testigos instrumentales en el testamento abierto por acto público .....	91
2.18 Los testigos instrumentales en la donación .....	92
2.19 Cuándo es obligatoria la asistencia de testigos .....	93
2.20 Testigos instrumentales en la escritura pública, de testamento y de donación mortis causa .....	94

## CAPÍTULO III

	<b>Pág.</b>
3. Personas con capacidad que pueden intervenir	
en actos o contratos .....	95
3.1 Clasificaciones.....	95
3.2 Concepto general de incapacidad .....	96
3.3 Incapacidad civil .....	96
3.4 Incapacidad del sordomudo .....	97
3.5 Incapacidad para suceder .....	97
3.6 Incapacidades para suceder .....	97
3.7 Incapacidad para testar .....	99
3.8 Incapacidad penal .....	100
3.9 Incapacidad procedente de delito.....	101
3.10 Incapacidad procedente de faltas de moralidad.....	102
3.11 Incapacidad resultante de la falta de confianza .....	102
3.12 Incapacidad proveniente de ciertas incompatibilidades .....	103
3.13 Defectos físicos y enfermedad mental .....	104
3.14 Incapacidad del sordomudo .....	109
3.15 La legislación guatemalteca y las personas con incapacidad que pueden intervenir en actos o contratos .....	109
3.16 Relación con otros derechos notariales en argumentos de Solemnización al notariado latino.....	112
3.16.1 Breve análisis comparativos.....	112
3.16.2 Clasificación .....	113
3.17 Nuestro sistema dentro del contexto descrito .....	119

## CAPÍTULO IV

	<b>Pág.</b>
4. El porqué de la necesidad de asociarse de testigos por parte del notario cuando autorice actos o contratos en que intervengan otorgantes con incapacidad física mental .....	127
4.1 Amenazas al sistema notarial guatemalteco .....	133
4.1.1 Libre circulación de notarios .....	133
4.1.2 Libre globalización de documentos .....	133
4.1.3 Legalización y titulación administrativa .....	134
4.1.4 Utilización dolosa de signos y símbolos Notariales.....	135
4.2 Cómo superar las debilidades de la fe pública.....	138
4.3 Mejorando el control de su ejercicio .....	139
4.4 Mejorando el uso de la informática.....	141
4.5 Mejorando la coordinación interinstitucional.....	141

## CAPÍTULO V

5. Propuesta de reformar la ley .....	143
5.1 Reformando el Código de Notariado .....	143
5.2 Educación moral y éticamente del notario.....	146
5.3 La escuela universitaria .....	147
5.4 El colegio profesional .....	147
CONCLUSIONES .....	149
RECOMENDACIONES .....	151
ANEXO.....	153
BIBLIOGRAFÍA.....	163

## INTRODUCCIÓN

El derecho notarial ha sido preocupación constante en la sociedad y, especialmente para estudiantes y profesionales del derecho, debido a las constantes irregularidades y abusos que surgen como consecuencia del mal uso que se hace de la fe pública. Modernamente la legislación notarial es enfática en la seguridad y protección que implica al documento público en el resguardo de la voluntad de las personas, manifestada ante notario.

En tal sentido, es el Estado de Guatemala y otros órganos competentes que deben establecer normas que responsabilicen más al notario para la satisfacción de la sociedad que, indefectiblemente, ha de consolidar el documento público otorgado ante notario. Con el presente trabajo no se pretende descalificar a ningún profesional del derecho notarial o a estudiante alguno, sino la necesidad que tenemos profesionales y estudiantes de profundizar un poco más sobre la pureza del derecho notarial e intachabilidad del notario.

También no se pretende que la fe pública que la ley le otorga al notario, se divida en cierta forma, sino que sea más confiable para la sociedad en la actuación del notario en todo lo que autorice. Con miras al presente trabajo, se realizó una encuesta, lo que se encuentra en el apartado de los anexos, donde se demuestra que un gran porcentaje de la población manifiesta tener desconfianza en los profesionales del derecho.

La hipótesis de la que se partió para la elaboración del presente trabajo, fue que se encontraron evidencias de la falta de ética profesional de los notarios y, partiendo del supuesto de que esto es cierto, se planteó el objetivo de comprobarlo y emitir

posteriormente recomendaciones tendientes a sugerir procedimientos que se encaminen a subsanar la problemática.

Con muestras de respeto, se dejó constancia del sincero agradecimiento a los profesionales y estudiantes del derecho notarial, por su fina comprensión, mayormente a los que apoyaron la presentación del presente trabajo.

La metodología y el tecnicismo, fue lo más importante para el desarrollo del presente trabajo; contar con la participación de personas fieles, leales y amantes de una vida y carrera intachable, como debe de ser el notariado y el que lo ejerce. Para ello se necesitó del tecnicismo encaminado a crear un marco legal, moral y ético, que sea imperativo para que el profesional asuma normas de responsabilidad con miras a la gobernabilidad personal.

En las décadas del sesenta, setenta y ochenta, era evidente el respeto, la fama y la credibilidad que la sociedad manifestaba por los señores profesionales del derecho, debido al lugar preferente que los profesionales ocupaban entre la sociedad, como tales; esto se debía, en gran parte, por su calidad demostrada en su quehacer notarial y otras ramas del derecho con que se identifican los profesionales juristas.

Evidenciando que lo anteriormente descrito, va en decadencia. Se investigó con miras al presente trabajo, ver cuál es la causa y, hacer recomendaciones generalizadas para que los señores notarios se constituyan en un gremio intachable, para que la sociedad vuelva a tener credibilidad en la actividad del notario.

De lo manifestado por la sociedad, se puede establecer la poca estima y respeto al profesional del derecho; las causas son varias, pero lo que más ha bajado al notario de la cúspide donde se encontraba en las décadas antes mencionadas, es la ambición, el mal uso de la fe pública, entre otros.

Dentro del contexto de esta investigación, el capítulo PRIMERO: nos describe lo que es el notario, definiciones de diferentes autores, requisitos habilitantes para ser notario, la fe pública notarial, su fundamento, clasificación, el notariado y su evolución histórica, clases de notariado y sus funciones.

El capítulo SEGUNDO: Se refiere a los testigos, concepto, clasificación, condiciones que debe reunir un testigo, dónde y cuándo es obligación del notario asociarse de testigos.

El capítulo TERCERO: Trata de las personas con capacidad para poder intervenir en actos y contratos, clasificación, concepto general de incapacidad, la legislación guatemalteca y las personas con incapacidad que pueden intervenir en actos y contratos, relación con otros derechos notariales, nuestro sistema dentro del contexto descrito.

El capítulo CUARTO: Es respecto al porqué de la necesidad del notario de asociarse de testigos cuando autorice actos y contratos, máxime cuando los otorgantes tengan incapacidad física o mental, amenazas del sistema notarial guatemalteco, libre circulación del notariado, libre globalización del documento público, cómo superar las debilidades de la fe pública.

El capítulo QUINTO: desarrolla una propuesta a reformar la ley, Decreto 314 Código de Notariado, educación moral y ética del notario, la escuela universitaria, el Colegio Profesional; para terminar con las conclusiones y recomendaciones.



# CAPÍTULO I

## 1. Notario

### 1.1 Definición

Definir al notario es difícil porque casi todos los elementos de la definición varían de un sistema notarial al otro y, aún dentro del mismo sistema, de país a país según los adopte a su forma más pura o mixtificada. Puede ser un empleado administrativo, un funcionario judicial o un profesional libre. Puede ser alternativamente un mero testigo profesional, o un depositario pleno de la fe pública, puede ser el redactor de documentos, puede ser el consejero legal de partes, o estarle vedada esa función por corresponder a otros, puede estarle encomendado el interpretar y dar forma legal válida a la voluntad de las partes, o del documento.

Es por eso que son más frecuentes las definiciones del notario latino como la dada por el primer Congreso Internacional del Notario Latino. Pero hay una característica constante y universal del notario: es el depositario de la fe pública en la esfera de las relaciones privadas y, como tal, tiene el poder de conferir una presunción de veracidad a los actos en que interviene y los hechos que presencia y autentica.

Respecto al vocablo, la denominación del notario se reserva para quienes, en forma permanente, desempeñan todas las atribuciones propias de la función notarial, no como accesoria de otra, sino como principal de quien la desempeña. Es decir, los jueces, secretarios de consejo municipal y cualesquiera otros funcionarios judiciales y administrativos e incluso los cónsules, éstos no son

notarios sino que actúan como notarios en determinadas circunstancias y con ciertas limitaciones.

Notarios son, en fin, en el istmo centroamericano, lo que los argentinos llaman escribano de Registro, o sea con protocolo propio, que les está encomendado personalmente a ellos y a un juzgado u organismo, como sucede en caso de quienes en forma temporal o accidental ejercen funciones notariales. Existen muchas definiciones acerca del notario, algunos de los tratadistas que han escrito sobre el tema y otras encontradas en las diferentes legislaciones, por lo que sólo mencionaremos las más importantes.

Es el funcionario público, que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del poder del Estado, y por lo mismo, revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función, autentica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo al estudio, explicación y aplicación de Derecho positivo, a cada una de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene.

Jiménez Arnau, define al notario como “un profesional del Derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia sólo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria”<sup>1</sup>.

Por su parte Guillermo Cabanellas y Manuel Osorio, dan la definición legal del notariado español, la cual también preceptúa, que el notario es funcionario

---

1. Ob. Cit. Pág. 52

público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.

Algunas legislaciones como la del Perú, no define lo que es el notario, sólo se limita a estipular que: los notarios dan fe de los actos y contratos que ante ellos se practican o celebran. Mientras que José A. Caneiro, lo define como: el funcionario público dotado de prerrogativa fedante”<sup>2</sup>.

Por su parte Bernardo Pérez Fernández del Castillo, al iniciar el tratamiento del tema, aporta la definición de la Ley del Notario del Distrito Federal (México), que indica que: notario es el funcionario público investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley, a los instrumentos en los que se consignen los actos y hechos jurídicos”<sup>3</sup>.

Como se puede observar, ya no se utiliza la palabra escribano conque frecuentemente se le llamaba Notario, casi ha desaparecido. Al respecto Manuel Osorio, al referirse al vocablo escribano dice que es “un arcaísmo que persiste en Argentina y en otros pueblos, lo cual es desdeñable”<sup>4</sup>.

La legislación guatemalteca tampoco define lo que es el notario, únicamente se limita a establecer que: el notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley.

Se menciona la definición del notario latino, aprobada en el primer Congreso de la Unión Internacional del Notario Latino, en 1,948, que dice: El Notario profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a éste fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los

---

<sup>2</sup> Caneiro, José A. **Derecho Notarial**. Pág. 13.

<sup>3</sup> Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. **Derecho Notarial**. Pág. 119.

<sup>4</sup> Ob. Cit. Pág. 489.

originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido, en su función está comprendida autenticación de hechos.

Definitivamente de todas las definiciones anotadas, me parece que la más aceptada en la del notario latino, es donde se establece que el notario es un profesional de derecho encargado de una función pública, descartando que sea un funcionario público, como apuntan la mayoría de tratadistas.

“El notario es un profesional del derecho, encargado de una función pública facultado para autorizar actos y contratos en que intervenga por requerimiento de parte o disposición del Estado, dar fe de hechos que presencie y circunstancias que le consten, además está facultado para conocer, tramitar y resolver algunos asuntos no contenciosos”<sup>5</sup>.

Mi propia definición, como autor de la misma, es la siguiente: el Notario es la persona o funcionario público, investido de fe pública conferida por el Estado mediante la ley, para dar fe y certeza jurídica a los instrumentos públicos que autorice, actos y hechos que le consten por requerimiento de parte, porque pese a su alta investidura y fedantía no tiene facultad de actuar de oficio.

## **1.2 Requisitos habilitantes para ser notario**

Las condiciones previas para ser admitido como notario, se toman causales de inhabilitación para el ejercicio del notariado cuando el notario cesa de reunir alguna de ellas. Por otra parte el aspirante a notario no puede estar comprendido en ninguna de las causales de inhabilitación que, desde éste punto de vista son requisitos previos para ser nombrado notario.

---

<sup>5</sup> Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Pág. 366.

Se conocen como requisitos habilitantes del notario, los contenidos en el Artículo 2 del Código de Notariado, en que se establece que para ejercer el notariado se requiere:

- a. Ser guatemalteco, la ley todavía preceptúa lo natural, pero está denominación ya desapareció a la luz de la última Constitución Política de la República de 1,985.
- b. Ser mayor de edad, actualmente 18 años, según el Artículo 8 del Código Civil, Decreto Ley 106.
- c. De estado seglar no ser ministro de ningún culto.
- d. Domiciliado en la república, es lo que permite ejercer libremente el Notariado en cualquier lugar de la república, ya que no impone limitaciones con respecto al territorio. Incluso puede ejercer fuera del territorio nacional, cuando los actos o contratos van a sufrir efectos en Guatemala, tal es el caso de los Cónsules, regulado en el numeral 2 del Artículo 6 del Código de Notariado, y los casos en que el notario estuviere en el extranjero, regulado en la Ley del Organismo Judicial.
- e. Tener título facultativo, ésta norma hace del notariado una profesión al exigir el título, el cual puede obtenerse en cualquiera de las universidades de la república, y si se obtuviere en el extranjero, es necesaria la incorporación, siendo la Universidad de san Carlos, la que con exclusividad autoriza las incorporaciones.
- f. Registrar en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales. En éste caso el

registro se hace mediante certificación que extienden las facultades, la firma y el sello que se registran, son los que utilizará el notario en su ejercicio profesional, siendo prohibido la utilización de firma y sello no registrado, según lo establece el Artículo 77 del Código de Notariado.

El sello usualmente de hule sustituyó a signo notarial, lo que resulta mucho más cómodo, aunque fácilmente falsificable. Puede utilizarse cualquier otro tipo de sello de mayor seguridad, en el sello la ley no exige que aparezcan los nombres y apellidos completos, sino que los nombres y apellidos usuales del notario. Sin embargo es más frecuentemente encontrar registrados con los nombres y apellidos completos.

En cualquier momento se puede registrar una nueva firma y un nuevo sello. En todos los sellos aparecen los títulos, abogado y notario. La ley no nos da más características que las indicadas, al contrario de otras legislaciones como la mexicana, que establece que el sello del notario tendrá forma circular, con un diámetro de cuatro centímetros, en el centro debe aparecer el escudo nacional alrededor de éste y la inscripción México Distrito Federal en número de la notaría y el nombre y apellidos del notario, Artículo 39 de la del notariado mexicano.

- g. Ser de notoria honradez, atributo necesario para ejercer la profesión, no siendo necesaria mayor explicación. Este Artículo no regula lo relativo a la colegiación que debemos estudiar en cualquier momento oportuno pero antes de registrarse en la Corte Suprema de Justicia es necesario estar colegiado.

Todas las legislaciones notariales del istmo exigen, para ser notario, el título universitario de notario, o de abogado o equivalente o cualquiera de ellos o

ambos a la vez. Los títulos obtenidos en el extranjero pueden servir para éste propósito, previo los trámites de incorporación o revalidación que señalen las leyes del país, pero requiriéndose en éstos casos un examen adicional de suficiencia.

Sin embargo en varios países del istmo es posible que ejerzan funciones notariales quienes no son notarios propiamente dichos; temporalmente mientras no exista notario domiciliado en el área: o permanentemente en asuntos de poca monta, y por lo tanto no tienen que reunir los requisitos exigidos en lo que se refiere a la capacidad, entre ellos el título de abogado y notario.

Tal es el caso en Costa Rica, de los alcaldes y Jueces de Paz, en Honduras de los Jueces de Paz, en Nicaragua de los Jueces Locales de lo Civil y en Panamá de los Secretarios del Concejo Municipal, quienes no necesitan tener conocimientos jurídicos para desempeñarlos, aunque la ley lo exija o de hecho la práctica sea que se prefiera a los abogados, aún egresados de la Facultad de derecho que soliciten el cargo.

En Guatemala y Panamá algunos empleados públicos de Estado o instituciones autónomas son Notarios, solamente autorizan escrituras en que aquel o éstas son unas de las partes y no necesitan ser Abogados. Así mismo, los Cónsules y funcionarios o agentes diplomáticos, de los países del istmo que ejercen funciones notariales en el exterior.

No está de más incluir dentro de los requisitos la capacitación profesional del Notario, ésta puede lograrse mediante varios métodos, uno es exigir, como requisito previo, la obtención del título que lo acredite como abogado o licenciado en derecho, asegurando así la formación jurídica mínima del

aspirante. Otro es requerir una especialización de post-grado, tal como haber obtenido un doctorado en derecho notarial.

Otro más es el sistema de oposición, no sólo para el ingreso en la carrera, sino para ascender en ella y obtener un traslado a notarías mejor ubicadas y más productivas esto último sólo es posible en países de notariado numerario. Y un último sistema es el estudio simultáneo para la obtención de los títulos de abogado y notario, o limitar la prueba de capacitación para ser notario a la posesión del título de abogado.

En los países de notariado numerario es donde el ingreso a la carrera se puede sujetar a mayores requisitos que aseguren la mejor selección, siendo las notarías lucrativas, por escasas y vitalicias, son muy codiciadas y esto asegura un buen número de aspirantes y un incentivo para los mayores esfuerzos por lograr el cargo. El sistema ideal parece ser el de oposición o de concurso de antecedentes. Sin embargo, puede corromperse en la liberalidad en las permutas que de hecho confieren el acceso a las notarías mejor ubicadas y más productivas en una subasta al mejor postor entre los que hayan logrado su ingreso en la carrera en las oposiciones en las notarías poco apetecidas.

El notario libre aunque elimina los privilegios para el ingreso a la carrera de quienes gocen de influencias o de fortuna, tiene el inconveniente de carecer de un sistema de selección que sólo permita el acceso al notariado de los más aptos profesionales. Este efecto es más agudo en el notariado numerario cuando la selección del notario no está sujeta a pruebas severas de capacidad jurídica y ética.

CIUDADANÍA: A excepción de El Salvador y Guatemala todos los países del istmo limitan a sus propios ciudadanos el derecho de ejercer el notariado,



pero deben en Costa Rica serlo por nacimiento, o de origen centroamericano, y exige Costa Rica la reciprocidad del país de origen. Esto es una odiosa discriminación entre ciudadanos por nacimiento y naturalizados del mismo país que no tiene razón de ser y debe ser borrada, tal como sucedió en Guatemala con la Constitución de la República de 1985.

En El Salvador se permite el ejercicio de notariado a los centroamericanos con sólo dos años de residencia en el país y bajo condición de reciprocidad que, desafortunadamente no existe. Panamá exige a los naturalizados no menos de diez años de residencia continua en la república.

**EDAD Y ESTADO:** Todas las naciones centroamericanas exigen que el Notario sea mayor de edad y la panameña tener cumplidos veinticinco años. Las leyes de Costa Rica, Guatemala y Honduras exigen además ser el Estado seglar con lo que se excluye a los Ministros de cualquier culto. Esta prohibición es anacrónica y se remonta a la alta Edad Media, cuando un jerarca de la iglesia católica le impuso una prohibición a los que ejercían el notariado y que pese a ello continuaron autorizando escrituras en asuntos civiles ajenos a la iglesia.

Continuando con los requisitos para el ejercicio del notariado, a mi parecer lo fundamental es la **HONRADEZ Y BUENAS COSTUMBRES:** Las legislaciones de Costa Rica, Honduras y Nicaragua exigen que quien opte al título de notario sea de notoria y buena conducta y antecedentes honrados. La de El Salvador aunque no lo exige como requisito previo, establece como causal de suspensión la mala conducta profesional o privada, lo que equivale a declarar que la buena conducta es un requisito indispensable para el ejercicio de la función notarial.

Los ebrios habituales son excluidos por las leyes de Guatemala, que también incapacitan para el cargo a los toxicómanos, y las de Costa Rica excluyen a los ebrios escandalosos aunque no sean habituales.

En la página 3 se hizo mención de la colegiación obligatoria, como Régimen disciplinario para el notario. En Guatemala la colegiación obligatoria tiene carácter Constitucional. Donde se establece que la colegiación de los profesionales universitarios es obligatoria, y que tendrá por fines la superación moral, científica, técnica y material de las profesiones universitarias y el control de su ejercicio.

Los colegios profesionales como asociaciones gremiales con personalidad Jurídica, funcionarán de conformidad con la Ley de Colegiación Profesional obligatoria y los estatutos de cada Colegio de aprobarán con independencia de las universidades de los que fueren egresados sus miembros. Contribuirán al fortalecimiento de la autonomía de la Universidad de San Carlos de Guatemala y a los fines y objetivos de las universidades del país. En todo asunto que se relacionen con el mejoramiento del nivel científico y técnico cultural de las profesiones universitarias, las universidades del país podrán requerir la participación de los colegios profesionales.

### **1.3 La Corte Suprema de Justicia**

La Corte Suprema de Justicia puede intervenir en régimen disciplinario del Notario, ya que para lo relativo a sanciones, cualquier persona o el Ministerio Público, tienen derecho a renunciar ante la Corte Suprema de Justicia, los impedimentos de un notario para ejercer la profesión. Así también cuando la Corte tuviere conocimiento de que un notario ha incurrido en alguna de los causales de impedimento, debe proceder a formalizar denuncia. Estos casos de

poca o ninguna aplicabilidad en la práctica, por la falta de claridad en la norma, están regulados en los Artículos 98 y 99 del Código de Notariado.

A continuación se detallan algunos órganos que pueden decretar la inhabilitación de un notario: Los órganos que pueden decretar la inhabilitación de un notario son tres:

- a. Los Tribunales de Justicia cuando conozcan de los delitos que conllevan la prohibición de ejercer, deben decretar la inhabilitación y en forma provisional cuando motivan el auto de prisión y forma definitiva, cuando pronuncian la sentencia, si está es condenatoria. En ambos casos deben comunicarse al Colegio Profesional y a la Corte Suprema de Justicia.
- b. La Corte Suprema de Justicia como se hizo referencia en el título anterior, deberá citar al notario impugnado, quien puede aportar las pruebas que estime pertinentes para desvanecer los cargos. La Corte tiene la facultad de efectuar las diligencias que estime necesarias para agotar la investigación y comprobar el o los hechos que fueron denunciados.
- c. El Colegio Profesional cuando se ha faltado a la ética o atentado en contra del decoro y prestigio de la profesión, una vez seguido el trámite correspondiente.

#### **1.4 Quienes pueden ejercer el notariado**

El Artículo 5 del Código de Notariado establece que pueden ejercer el notariado, no obstante lo preceptuado en los incisos 2 y 3 del Artículo 4, entre otros, el personal directivo y docente de la universidad de San Carlos de Guatemala y otros establecimientos de enseñanza del Estado, los abogados y

consultores, consejeros o asesores; los miembros o secretarios de las comisiones técnicas consultivas o asesores de los organismos del estado, así como los directores o redactores de las publicaciones oficiales, siempre y cuando el cargo que ocupen no sea de tiempo completo; los miembros de las corporaciones municipales, cuando desempeñen sus cargos ad honorem, exceptuando al alcalde.

El notariado ejercido por los Jueces: Cuando se vio los sistemas Notariales, se estudió un sistema de funcionarios judiciales, y cuando encontramos a los Jueces que pueden cartular, lo encontramos en el Artículo 6 numeral 1 del Código del Notariado. Para los Jueces de Primera Instancia en las cabeceras de su jurisdicción en que no hubiere notario hábil y que habiendo estuviere imposibilitado o que se negare a prestar sus servicios.

Hace algunos años la norma se hizo efectiva en departamentos como el Petén, y Sololá en que los Jueces también cartulaban. Por suerte, en la actualidad la norma no tiene aplicación debido a que en todos los departamentos de la República se encuentran con suficientes notarios.

**EL ESCRIBANO DEL GOBIERNO:** El código también regula que pueden ejercer el Notariado los empleados que están instituidos precisamente para el ejercicio de funciones Notariales, las que no podrán las ejercer con carácter particular. Artículo 6 numeral 3ro. aquí se refiere al caso del escribano de gobierno, se piensa que también podría incluirse al Director del Archivo General de Protocolos, pero éste meramente no cartula, sus funciones delimitadas en la misma ley, lo facultan para cerrar protocolos, elaborar índices, extender testimonios de los protocolos que quedan a su cargo.

Con respecto a la escribanía de gobierno, se afirma que es una institución de carácter público dependiente del Ministerio de Gobernación cuya finalidad es la autorización de los distintos actos y contratos en que interviene el Estado y sus distintas dependencias.

Continuando con el mismo tema, también pueden ejercer el notariado, los miembros del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Los miembros de las Juntas de Conciliación de los Tribunales de Arbitraje y de las Comisiones Paritarias que establecen el Código de Trabajo y los miembros de las Juntas Electorales y de los Jurados de Imprenta.

Los Jueces de Primera Instancia harán constar en la propia escritura el motivo de su actuación notarial, la infracción de éste precepto o la inexactitud del motivo de su actuación como notario. No anula el documento, pero si obliga al Juez al pago de una multa equivalente al doble de los honorarios que correspondieren conforme arancel, la multa será impuesta por la Corte Suprema de Justicia e ingresará a la tesorería de fondos judiciales.

### **1.5 Fe pública notarial**

Hay muchas definiciones de tratadistas del derecho notarial que son muy aceptadas e incluiremos algunas en el presente trabajo, iniciando con la siguiente que nos lleva a concretizar lo que la FE PÚBLICA.

Para poder entender en debida forma la función autenticadora del notario, es imprescindible contar con un concepto claro de lo que significa la fe pública notarial. Esta es una especie de género fe pública, que a su vez es una especie de la fe. Fe quiere decir creencia, convicción, persuasión, certeza, seguridad y

confianza en la verdad de algo que no se ha visto por la honradez o autoridad que se reconoce en la persona que da testimonio de ello.

La fe pública pues, es la potestad de infundir certeza a actuaciones, hechos y actos jurídicos, produciéndolos con una persuasión de verdad por medio de la autenticidad conferida a los documentos que los prueban. Supone la verdad oficial cuya creencia se impone. Su fundamento radica en la necesidad social de estabilidad y armonía.

FE PÚBLICA: Para Guillermo Cabanellas es, “creencia, crédito que se da a una cosa por la autoridad del que la dice o por la fama pública. Confianza o seguridad que una persona o cosa se deposita”<sup>6</sup>.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, dice que fe, significa “creer en aquello que no se ha percibido directamente por los sentidos: acepto lo que el otro dice, acepto que tal conocimiento es cierto, creo que tal acto efectivamente se realizó”<sup>7</sup>.

La fe pública es un atributo del Estado que tiene en virtud del ius imperium y es ejercida a través de los órganos estatales. En el sistema jurídico Mexicano el notario forma parte de la organización del poder ejecutivo. El notario recibe la fe pública del titular de éste poder por disposiciones de la ley. La definición anterior del autor Pérez Fernández del Castillo no se ajusta al caso de Guatemala, toda vez que aquí el notario no depende del Ejecutivo y, sí tiene fe pública conferida por la ley.

---

<sup>6</sup> Ob. Cit. Pág. 181.

<sup>7</sup> Caneiro, José A. **Derecho Notarial**. Pág. 125.

Carlos Emérito González, por su parte afirma. “La fe pública, es el poder que compete al funcionario para dar vida a las relaciones jurídicas, constituyendo una garantía de autenticidad. El Estado a determinadas personas mediante ciertas condiciones que la ley establece, destacándose especialmente la notarial, por los requisitos de gran honorabilidad, título habilitante especial e incompatibilidad, dedicación exclusiva a la función fedataria impuesta a los que con ella son investidos”<sup>8</sup>.

Gonzalo de las Casas, citado por Jiménez Arnau. Define la fe pública como: “presunción legal de veracidad, respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos, facultándolos para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos”<sup>9</sup>. Y el mismo Jiménez Arnau define la fe pública como la función específica, de carácter público, cuya misión robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo.

## **1.6 Fundamentos de la fe pública**

Se puede mencionar dos:

- a. La realización normal de Derecho, y
- b. la necesidad que tiene la sociedad de dotar las relaciones jurídicas de certeza.

Nombre Jiménez Arnau, expone la primera así: La fe pública, al igual que todas las instituciones que integran la publicidad jurídica o satisfacen sus necesidades, se producen fatalmente en la sociedad para la realización normal del Derecho que es uno de los fines del Estado.

---

<sup>8</sup> Ob. Cit. Pág. 208

<sup>9</sup> Ob. Cit. Pág. 37 y 38.

Mengual, que expone la segunda, afirma: “El fundamento de la fe pública se halla en la necesidad que tiene la sociedad para su estabilidad y armonía de dotar a las relaciones jurídicas de fijeza, certeza y autoridad, a fin de que las manifestaciones externas de éstas relaciones sean garantes para la vida social y jurídica de los ciudadanos y hagan prueba plena ante todos y contra todos, cuando aquellas relaciones jurídicas entran en la vida del derecho en su estado normal”<sup>10</sup>.

### 1.7 Clases de fe pública

Nery, hace un tratamiento exhaustivo del tema, bajo el subtítulo de división, mencionando a muchos autores. “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. Y es cierto ya que Jiménez Arna, al igual que Azpeitia Esteban, expone que según la clase de hechos la fe pública puede ser: Administrativa, Judicial, Registral y Notarial”<sup>11</sup>. Mengual y Mengual, “únicamente la clasifica en Judicial y Extrajudicial”<sup>12</sup>.

De Velasco, “por su parte la clasifica en judicial y extrajudicial, pero agrega, que de ésta 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”<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Ob. Cit. Págs. 39 y 40.

<sup>11</sup> Ob. Cit. Págs. 429 a la 435.

<sup>12</sup> Nery Roberto Muñoz. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Pág. 88.

<sup>13</sup> Ob. Cit. Pág. 88.



Senahuja y Soler, distinguen: “La fe pública Legislativa, Judicial, Administrativa y Notarial”<sup>14</sup>.

Allende, afirma: “que 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 se coincide en la que las clases de fe pública son: Judicial, Administrativa, Registral y Notarial”<sup>15</sup>.

Se nos menciona una clase de fe pública que en Guatemala, hasta hace poco tiempo la estudiamos, “la fe pública legislativa, expuesta por Senahuja y Soler. Otro defensor de la fe pública Legislativa es Eduardo Bautista Ponde”<sup>16</sup>.

En conclusión podemos decir que las clases de fe pública son:

1. Judicial,
2. Administrativa,
3. Registral,
4. Legislativa, y
5. Notarial.

### **1.7.1 La fe pública Judicial**

Es la reconocida a las actuaciones ante los tribunales, certificadas por los secretarios judiciales.

### **1.7.2 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.

---

<sup>14</sup> Ob. Cit. Pág. 88

<sup>15</sup> Ob. Cit. Pág. 88.

<sup>16</sup> Ob. Cit. Pág. 88.

### **1.7.3 La fe pública administrativa**

Conferida a 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.

### **1.7.4 La fe pública extrajudicial o fe pública notarial**

Que 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.

Ampliando un poco lo que es la fe pública extrajudicial que en relación al tema que nos ocupa es la más fundamental: es una facultad del Estado otorgada por la ley al notario, de allí que la fe del notario es pública porque proviene del Estado y por que tiene consecuencias que repercuten en la sociedad.

Gonzáles Palomino, “dice que la fe pública Notarial consiste en la certeza u eficacia que da el poder público a los actos y contratos privados por medio de autenticidad de los notarios”<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Ob. Cit. Pág. 210.

A veces se nos pregunta quien tiene la fe pública, el notario o los documentos por él autorizados; ya que las leyes procesales preceptúan que los documentos autorizados por el notario producen fe y hacen plena prueba.

Creemos definitivamente que el notario, es quien tiene la fe pública, porque el documento notarial es producto de la autorización para hacer constar y autorizar autos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.

Emérito González, “afirma 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”<sup>18</sup>.

Caneiro, dice: “con respecto a la fe pública notarial: Como tal se extiende aquella que el Notario en ejercicio de su función. Es la aseveración que emana del Notario a fin de otorgar garantía de autenticidad y certeza, a los hechos, actos y contratos celebrados en su presencia y con su intervención.

Como nota de característica se reconoce en la fe pública notarial, la facultad fedante por excelencia que ostenta el notario. Con ella se obtienen todas las seguridades y garantías que los particulares pueden mencionar; sin ella nada puede lograrse, contiene, pues la suma de todas las facultades del notario.

---

<sup>18</sup> Emérito Gonzáles. **Derecho notarial**. Pág. 209.

Dícese entonces que la fe pública notarial detecta el valor de la verdad”<sup>19</sup>. La ley notarial del Perú establece en su primer Artículo: “que los notarios dan fe de los actos y contratos que ante ellos se practican o celebran. Dicha ley le confiere las funciones de dar fe de actos y contratos que es la prerrogativa fedante. Para concluir podemos mencionar como característica de la fe pública notarial de que es única, personal, indivisible y no delegable por él”<sup>20</sup>.

Única porque sólo él la tiene, personal porque no necesita de ninguna otra persona para ejercitarla, Indivisible y no delegable porque no la puede compartir con ninguna otra persona, ni mucho menos delegar en otra su función.

La garantía de autenticidad y legalidad de los instrumentos autorizados por notario, devienen del respaldo de la fe pública, ella hace que el instrumento público sea auténtico y legal, ésta garantía le da plena validez; desde luego pueden ser redarguidos de nulidad y falsedad.

## **1.8 Notariado**

El campo de fe pública son los intereses de los particulares a quienes el notario sirve, ya que tiene la misión de preparar y elaborar la prueba preconstruida. A continuación definimos otras clases de fe pública:

**FE PÚBLICA LEGISLATIVA:** Que es la que posee el Organismo Legislativo por medio de la cual creemos en las disposiciones emanadas del mismo, las cuales pasan a ser leyes de la República, ésta es de tipo corporativo,

---

<sup>19</sup> Ob. Cit., Pág. 18.

<sup>20</sup> Ob. Cit Pág. 18.

ya que la tienen el Congreso de la República como órgano y no sus representantes en lo individual.

**FE PÚBLICA REGISTRAL:** Es la que poseen los registradores, para certificar la inscripción de un acto que consta en el Registro Público, el cual tiene autenticidad y fuerza probatoria desde que fue inscrito, como por ejemplo en Guatemala existen muchos Registros Públicos, siendo los más conocidos: de la Propiedad, Civil, Mercantil, de la Propiedad Industrial, de Poderes, de Ciudadanos, etc.

**FE PÚBLICA ADMINISTRATIVA:** Es la que tiene por objeto dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado o por las personas de derecho público dotadas de soberanía, autonomía o de jurisdicción. Esta fe pública administrativa se ejerce a través de documentos expedidos por las propias autoridades que ejercen la función administrativa en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones de la administración.

El problema que se plantea en el caso de la Fe Pública Administrativa, quién tiene o a quien se le ha encomendado esta Fe Pública. En Guatemala nos encontramos a muchos funcionarios administrativos, secretarios, directores, jefes, oficiales, mayor etc. En algunos casos por sí mismos y en otros casos con el visto bueno del superior administrativo.

## **1.9 Evolución histórica del notariado en Guatemala**

**ANTECEDENTES:** Posiblemente los primeros vestigios de historia escrita, los encontramos en el Popol Vuh, también conocido con los nombres de Manuscrito de Chichicastenango, Biblia Quiché y el Libro Sagrado, demostración de que tenemos un patrimonio cultural muy valioso.

ÉPOCA COLONIAL: Es casi seguro que la fundación de la ciudad de Santiago de Guatemala y la reunión del primer cabildo tuvieron lugar el 27 de julio de 1,524. En esta primera acta de cabildo aparece actuando el primer Escribano Alonso de Requera<sup>21</sup>, Tanto Requera como todos los miembros del cabildo, fue nombrado por Pedro de Alvarado en su calidad de Teniente Gobernador y Capitán General de Don Fernando Cortez<sup>22</sup>. Alonso de Requera, continuó en el cargo hasta enero de 1, 529, pero mientras tanto sabemos que hubieron otros escribanos, llamados públicos de la ciudad, entre los cuales se menciona a Juan Páez y a Rodrigo Díaz.

Pero el escribano de cabildo no ejercía como escribano público, sólo había un escribano público en la ciudad, pero en caso de ausencia se había nombrado otro. El nombramiento recepción y admisión del escribano público lo hacía el cabildo.

El 28 de septiembre de 1,528 se nombro otro escribano público, Antón de Morales por Jorge de Alvarado, quién era Teniente y Capitán General. Esto quiere decir que en 1,529 a escasos tres años de su fundación, había en la ciudad de Guatemala tres escribanos públicos; es decir, el número máximo que alcanzaría la ciudad, pues si bien momentáneamente disminuirían, luego volvería a llegar a tres, a fines del siglo XVI para mantenerse en ese número hasta que termino la colonia <sup>23</sup>.

El 6 de agosto de 1,542 se expide Real Cédula aprobando el nombramiento del nuevo escribano de Cabildo de Santiago de Guatemala, Juan

---

<sup>21</sup> Luján Muñoz, Jorge. **Los escribanos en las indias continentales**. Pág. 78.

<sup>22</sup> Ob. Cit. Pág. 78.

<sup>23</sup> Ibidem Pág. 83

León el siguiente escribano de Cabildo fue Juan Vásquez Fairinas y luego por su ausencia fue nombrado Juan Méndez de Osorio el 26 de agosto de 1,544 <sup>24</sup>.

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

A pesar de lo pequeño de la naciente ciudad un máximo de los 150 vecinos, los escribanos tenían suficiente trabajo e ingresos. El cabildo gracias al Registro de Vecinos y el otorgamiento de solares y terrenos, y los públicos con las probanzas, contratos y actuaciones judiciales. Por otro lado ya se detecta cierta acumulación de cargos que luego va a ser tan notarial, pues el Escribano de Cabildo actúa en algunos casos como público.

Mientras no existió audiencia en Guatemala, los exámenes de escribanos proveídos por el Rey debieron realizarse ante él, la de México. Con la llegada de los primeros escribanos con Merced Real, aunque el principio fuese por medio de diputados o tenientes que ejercían un cargo que se había otorgado a algún cortesano, se afirma la facultad del monarca para proveer éstos cargos, cual poco a poco se va a ir ratificando, especialmente luego de la audiencia de los confines”<sup>25</sup>.

Óscar Salas, expone, que el notario guatemalteco es el más antiguo de Centro América, ya que en 1,543 aparece el escribano don Juan León, cartulando en la ciudad de Santiago de Guatemala, como entonces se llamaba. Pero además de antiguo I cabe el honor de haber mantenido desde el

---

<sup>24</sup> Ibidem Pág. 86

<sup>25</sup> Ibidem Pág. 87.

nacimiento mismo del Estado, las exigencias más rigurosas para su ingreso, siendo necesario el exámen y recibimiento”<sup>26</sup>.

En primer lugar el aspirante debía ocurrir a la municipalidad para que instruyeran las diligencias correspondientes, tras lo cual pasaba el expediente al jefe departamental quien, por sí mismo, con citación y audiencia del síndico, debido a seguir una información de 7 testigos entre los vecinos de mejor nota por su probidad. Estos vecinos eran examinados acerca del conocimiento que tenían del interesado, tales como su moralidad, desinterés, rectitud y otras varias virtudes políticas que lo hagan acreedor a la confianza pública.

El candidato debía probar además de ser ciudadano mayor de edad, en goce de sus derechos civiles con arraigo en el Estado y medios de subsistir. Concluida esta prueba, se pasaba de nuevo el expediente a la municipalidad que daría vista al síndico y con su pedimento y circunspecto análisis del expediente, acordaba su resolución con las dos terceras partes de los votos. En caso de tener resolución favorable se pasaba ésta al supremo gobierno para la concesión del fiat.

Solamente entonces pasaba a la Corte Superior donde debía el aspirante presentar certificación de haber estudiado ortografía y gramática castellana, haber sido examinado por los preceptores de la academia y merecido buena calificación y certificaciones juradas de haber practicado dos años con un escribano de los juzgados municipales y otro con escribano de los de primera instancia,

Después de ello, sufría un examen sobre cartulación, requisitos de los instrumentos públicos, testamentos, cartas dotales, donaciones, circunstancias y

---

<sup>26</sup> Ob. Cit. Pág. 35.



número de testigos, práctica de inventario, trámites judiciales, términos probatorios, concurso de acreedores, valor y uso de papel sellado con todo lo demás que se crea corresponder para el oficio. Y se concluía estableciendo: sin la forma y requisitos exigidos nadie podrá recibirse de escribano, ni ejercer éste oficio en el Estado. Decreto Legislativo del 27 de noviembre de 1,834<sup>27</sup>. Apenas tres meses después, el 24 de febrero de 1,835, un Decreto de la Asamblea Legislativa aclaró que los catedráticos de gramática castellana no estaban obligados a presentar la certificación de haber estudiado y aprobado esa materia y la de ortografía.

De igual manera los abogados que hubieren sido facultados ampliamente para ejercer todos los ramos de abogacía no estaban obligados a presentar a la Corte de Justicia certificaciones de haber practicado con los escribanos y que aludía la ley anterior, ni a someterse al examen exigido en la misma.

La rigurosidad con que se efectuaban éstos exámenes, aparece en auto acordado en la Suprema Corte de Justicia del 4 de marzo de 1,846 contenido de disposiciones relativas a la integración del tribunal de examen por tres escribanos o abogados recibidos y dispuso que, si el solicitante es reprobado, lo informen con reserva, excitando al mismo solicitante para que continúe sus estudios y práctica por un tiempo más<sup>28</sup>.

Como podemos ver se terminó con la venta de oficios, y los que habían adquirido la escribanía por compra, debían ser indemnizados y ya no seguirla ejerciendo. También encontramos en el Decreto Legislativo del 27 de agosto de 1,835, la autorización para que los jueces del circuito pudieran cartular; el decreto en referencia fue ampliado por el del 8 de agosto de 1,837, en el que se

---

<sup>27</sup> Salas, Óscar. **Decreto Legislativo del 27 de noviembre de 1834**. Pág. 36.

<sup>28</sup> Ibidem. Pág. 36.

estableció que los escribanos judiciales que habían cartulado podían seguirlo haciendo, así como también los secretarios de las cortes del distrito.

Fue hasta el decreto del 30 de marzo de 1,854, que prohibió cartular a los escribanos que desempeñaren empleo público, bajo pena de nulidad de los instrumentos y destitución del cargo.

Con respecto a la Colegiación Salas expresa La Colegiación de Abogados y Escribanos, fue dispuesta por el Decreto Legislativo, número 81 del 23 de diciembre de 1,851 que encargó su organización a la Corte Suprema de Justicia.

La vigilancia de la actualización notarial no fue descuidada. Y la ley del 28 de agosto de 1,832 dispuso que se visitarán los protocolos y conforme a ella la Corte Suprema, por acuerdo del 16 de marzo de 1852, ordenó a los jueces de Primera Instancia realizar tales visitas a los departamentos donde hubiera éstos oficios y hacer que los mismos escribanos remitieran al propio Tribunal, dentro de los ocho primeros días del mes de enero un testimonio de índice de los protocolos que hubieran autorizado el año anterior”<sup>29</sup>.

En la historia del notariado guatemalteco, ya hubo notariado de número, el motivo que lo impulsó fue: Darle la importancia debida para que fuera desempeñado con pureza y rectitud. Así lo establece el Decreto 100 del 30 de marzo de 1,854, que confirió facultades al presidente de la República para fijar el número de escribanos nacionales que reunieran los requisitos legales, él expedía el título y también podía recogerlo en caso de abuso. El Decreto mencionado limitó la competencia territorial al departamento de su domicilio, fuera del cual no podían cartular, también se reguló lo relativo a la fianza”<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Ibidem Pág. 37.

<sup>30</sup> Ibidem Pág. 38.

## **1.10 El notariado después de la reforma liberal**

Salas, expone que entre las reformas que trajo el espíritu Liberal, el presidente Justo Rufino Barrios dio a Guatemala una ley de notariado, junto a un Código Civil, uno de procedimientos civiles y una ley general de Instrucción Pública, todos de avanzada para la época.

La Ley del 7 de abril de 1,877 y la del 21 de mayo del mismo año, hicieron del notariado una carrera universitaria. Se dispuso que no podría pedirse al Rector de la Universidad de San Carlos, el señalamiento del día para el examen general previo a la licenciatura de notario, sin acompañar el expediente en que constaran que se habían llenado los requisitos legales, condiciones morales y fianza. Y por primera vez se les denomina notarios.

El mismo Justo Rufino Barrios, que ejerció el notariado antes de la Revolución, dictó también el Decreto número 271 de fecha 20 de febrero de 1,882, el contenía la Ley de Notariado. Dicha ley definió al notariado como la institución en que las leyes depositan la confianza pública, para garantía, seguridad y perpetúa constancia.

También declaró incompatible el ejercicio del notariado a los que desempeñaren cargos públicos que tuvieran anexa jurisdicción, para ejercer dicha profesión, además de la mayoría de edad, se necesitaba tener la ciudadanía guatemalteca, ser del estado seglar y la posesión de propiedades por un monto de dos mil pesos, o la prestación de una fianza por una cantidad equivalente.

Otras reformas importantes fueron la supresión del signo notarial, por un sello con el nombre y apellidos del notariado, que se registraba en la secretaría de gobernación. El signo notarial era la señal hecha a mano, con una figura determinada e idéntica, que usaban los notarios en la antigüedad<sup>31</sup>.

Se reguló que los notarios no eran dueños de los protocolos sino depositarios; sobre la remisión de protocolos al archivo general, la reposición del mismo y se permitió la protocolación entre otros.

El Decreto del 25 de agosto de 1,916, ordenó a los notarios empastar los tomos de sus protocolos; el Decreto del 18 de junio de 1,917, reguló lo relativo a las auténticas de firmas.

El Decreto Legislativo número 2437 de fecha 13 de abril, se reglamentó los exámenes de práctica notarial, como podemos establecer se dictaron en esa época muchas disposiciones relativas al ejercicio profesional hasta llegar a la emisión del Código Notariado que actualmente nos rige<sup>32</sup>.

### **1.11 El notario después de la revolución de 1944**

El Congreso de la República emprendió una ardua labor Legislativa, y en un lapso relativamente corto decreta leyes de suma importancia para la vida nacional. Entre estas no interesa destacar dos que están insolublemente unidas a nuestro trabajo: El Código de Notariado y la Ley de Colegiación Oficial Obligatoria para el ejercicio de las profesiones universitarias.

---

<sup>31</sup>Pérez Fernández, Derrando. **Intilados El signo y el sello notarial.**

<sup>32</sup> Salas, Óscar. Cit. Pág. 40.

El Licenciado José Quezada Toruño, menciona, que el notariado antes del la promulgación del actual Código de Notariado: se desenvolvía dentro de un marco jurídico confuso y desconcertante, debido a la proliferación de leyes, reglamentos, acuerdos y circulares administrativas que conformaban la legislación notarial. Más de 20 disposiciones legales establecían los derechos y obligaciones de los notarios y regulaban su ejercicio profesional, como es obvio suponer, ésta Legislación no respondía a ningún principio científico uniforme ni era propicia para ordenar y sistematizar adecuadamente la función notarial”<sup>33</sup>.

Por el contrario, el estudio de esta Legislación pone de manifiesto que le inspiraba un arraigo sentimiento de desconfianza hacia el notario, pues buena parte de sus disposiciones establecían un sin número de obstáculos que restringían o dificultaban considerablemente el ejercicio de la profesión. Este es un lugar de ser ágil y efectivo, como exige el mundo moderno, se tornaba lento y engorroso. La contratación por lo tanto, sufría injustificadas demoras con el consiguiente perjuicio que ésta situación producía en la economía del país”<sup>34</sup>.

Como podemos establecer se pretendía con la nueva ley, agilizar la contratación y unificar muchas disposiciones dispersas. Los dos considerandos que contiene el Código de Notariado, lo expresan: que se hace necesaria la reforma de la actual ley de notariado, toda vez que contiene disposiciones que son demora para la libre contratación y que es imperativo modernizar los preceptos de la referida ley, y unificar un solo cuerpo claro y congruente todas las disposiciones que se refieren a la actividad notarial.

El Código de Notariado en vigencia es una buena ley, la prueba es que ha superado ya cuatro décadas desde su emisión y las reformas que ha sufrido que

---

<sup>33</sup> Quezada Toruño, Fernando José. **Régimen Jurídico del Notariado en Guatemala**. Pág. 2.

<sup>34</sup> Ibidem Pág. 1.

responden a la necesidad de actualización y modernización. Este código en referencia fue emitido por el Congreso de la República el 30 de noviembre de 1946, y sancionado el 10 de diciembre del mismo año y entró en vigencia el primero de enero de 1947.

### **1.12 El notariado en la época actual**

El notariado actual contiene disposiciones como la siguiente: nos sigue rigiendo es el Decreto 314 del Congreso de la República, que contiene el Código de Notariado, emitido en 1946. Ha tenido algunas reformas incorporadas al mismo texto en cumplimiento al Artículo 110 que establece: toda disposición que se mita para crear, suprimir o modificar los hechos o las obligaciones de los notarios que contiene ésta ley, deberá hacerse como reforma expresa a la misma, a efecto de que conserve su unidad de contexto.

En éste concepto queda prohibida la creación, supresión o modificación de aquellos derechos y obligaciones por medio de circulares Administrativas o acuerdos gubernativos.

### **1.13 Notariado latino y notariado sajón**

En el primer congreso de notariado latino celebrado en (Buenos Aires Argentina, en 1,948) se definió al notariado latino: Como el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal ala voluntad de las partes, redactando los documentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y conferir copias que den fe su contenido. En su función está contenida la autenticación de hechos.

El notariado español se integra así en el notariado latino, por ser nuestro sistema jurídico de origen latino, y porque el notariado define el Artículo 1 del Reglamento Notarial de los siguientes términos. Los notariados son a la vez profesionales del derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a éste doble carácter la organización del notariado. Como profesionales del derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tienen y amparan un doble cometido:

- a. En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye y percibe por sus sentidos.
- b. En la esfera del derecho, autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Se diferencia así del notariado español y en general del notariado latino del llamado notariado anglosajón, propio de los países pertenecientes al sistema jurídico denominado "COMMON LAW"<sup>35</sup>.

Se ha caracterizado por tener de común con el latino la consagración del principio de la libertad de los particulares para la reglamentación de sus relaciones privadas, pero difiere de aquel en que el derecho se forma mediante lo que se ha llamado procedimiento aporético, o sea un pensamiento sobre problemas, que consiste en acoger una cuestión.

O sea también ocuparnos en un caso y analizarlo en sus componentes de

---

<sup>35</sup> Font Boix Pág. 69-71.

abajo hacia arriba, con procedimientos que nos lleve a resolver los controvertidos que la realidad social presenta mediante la consideración del caso correcto apreciado por las sentencias de los jueces, apoyadas en un derecho de costumbres, inicialmente no escritos.

Ahora bien las resoluciones de los tribunales habilitados para ello eran el presidente con valor vinculativo para otros jueces y terminan adquiriendo un valor normativo general, siendo el derecho para todos.

Las características de dicho notariado anglosajón y por tanto sus diferencias con relación al notariado latino, son resumidamente las siguientes: El notariado latino, es profesional del derecho, con título universitario habilitante. El notariado anglosajón no se requiere así. A diferencia del continente donde los títulos universitarios se exigieron y viene exigiéndose para ejercer cargos o empleos con funciones jurídicas.

En Inglaterra la formación de sus juristas, los llamados miembros de la legal profesión quedó encomendada a las corporaciones gremiales, fieles al "CAMMON LAW", LO QUE EXPLICA QUE LOS jueces, SOLICITOR Y BARRISTERS ANGLOSAJONES no parecen haber obtenido, para ser habilitados para actuar su profesión de formación universitaria. Les basta unos años de práctica y pasar ciertos exámenes sobre materias de "COMMON LAW", ANTE LOS ÓRGANOS CORPORATIVOS CORRESPONDIENTES, esto es, los inns of Court o la Law Society. En los diferentes. En los diferentes estados norteamericanos.

El notariado público no necesita ser jurista ni acreditar estudios especiales de clase ni acreditar estudios especiales de clase alguna; es suficiente que sea un ciudadano honrado, ejerce temporalmente el cargo de notario. Suele ser



nombrado por el gobernador del Estado, por todo el tiempo que dure el mandato. En Inglaterra los notarios son designados por autoridad del parlamento inglés, delegadas en el llamado master de facultades del arzobispado de Centerbury, han de ser técnicos en Derecho. Se conocen dos tipos de notarios y los escribanos notarios o Scrivener Notaries de Londres; en quienes pretende verse naturaleza latina.

El notario latino es funcionario público: Encargado de una función pública, conciente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes y es redactor de los instrumentos adecuados a ese fin. El notariado anglosajón no: Esta clase de notarios no asesora a los particulares que han de celebrar un contrato o que han de firmar un documento recibe, interpreta ni da forma legal a la voluntad de los particulares. Tampoco califica dicha voluntad, ni se preocupa de que concurren en ellos los requisitos necesarios para que resulte ajustada a la ley. No cumple pues, en el plano de la legalidad, ninguna de las funciones propias del notario latino.

El notario latino es autenticador de los documentos de que es su autor. El notario anglosajón, no es autor de documentos, que recibe ya redactados por los propios interesados o por otros profesionales del derecho el solicitar, en Inglaterra, limitándose a añadir al mismo un certificado o diligencia para identificar a los firmantes, legitimar sus firmar y recoger la declaración de los firmantes, legitimar sus firmas y recoger la declaración de los firmantes, con o sin juramento de que lo contenido en el documento corresponda a su voluntad.

El notario latino es conservador de los documentos que redacta y autoriza y expedidor de sus copias. El notario anglosajón debe devolver el documento original a los interesados, tras tomar nota no siempre en el libro o registro que puede llevar.

El notario latino es autenticador de hechos, el anglosajón suele estar habilitado para levantar protestos de letras de cambio normalmente extranjeras, protestas de averías marítimas. Algunas de estas actividades perfilan al notario como autor de dichos documentos, aunque dicha actividad parece limitarse al plano de los hechos y no a de las voluntades. Incluso, en un plano normal, las declaraciones de terceros suelen hacerse por escrito y, separadamente extenderse el certificado de legitimación.

Por último, destacaremos que el documento público propio del notario latino tiene fuerza probatoria mientras no sea tachado de falso por la corriente sentencia judicial, frente a todos, a diferencia del documento privado, que solo cuando se ha reconocido legalmente tiene el mismo valor que el público entre los que lo suscribieron y sus causabientes.

El sistema anglosajón solo conoce el documento privado, sin necesidad de formalidad alguna, si bien ciertas leyes del parlamento exigen que determinados actos, transmisiones inmobiliarias, poderes etc. deben hacerse constar mediante imposiciones del sello y entrega del documento al interesado. El efecto que tiene el documento es el llamado estoppel deed, es decir la declaración de una persona, o el acuerdo de varias personas con las formalidades de un ACT UNDER SEAL, deben ser declarados como vinculantes para el declarante o las partes sin admitirse prueba en contrario, salvo dolo, violencia o pacto ilícito.

El notario español como el notario latino participa de todas las cualidades expresadas.

**FEDATARIO PÚBLICO:** El notario es funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales, en tal

virtud se le reitera su carácter de funcionario público y a la vez de profesional del derecho.

González Palomino destacó que el precepto no contenía ninguna definición, sino que expresaba que en adelante no se trataría de la “Notaría Empresa”, sino de una función del Estado, ejercida en interés público, pero un funcionario público, que debía ser jurista, que ejercía su función extrajudicialmente, sin depender de ninguna autoridad ni judicial no administrativo”<sup>36</sup>.

#### - **FUNCIÓN NOTARIAL (específica)**

Función del Estado ejercida en interés público: y lo es porque constituye un servicio público. El servicio público decía Batista Monteros Ríos”<sup>37</sup> tiene por fin dar satisfacción a una necesidad de interés general. El Estado ejerce una actividad en servicio público en lugar de abandonarla a la iniciativa privada, cuando estima que la necesidad pública a la que corresponde cada actividad sería insatisfecha o mal satisfecha en la iniciativa privada; es así la satisfacción de una necesidad de interés general lo que justifica y anima el servicio público.

Por el contrario en cuanto no halla ese interés de tipo general y se trate del interés concreto de una persona estamos naturalmente ante una función privada”<sup>38</sup>, en tal sentido, MEZQUITA, afirmaba, con razón, que la necesidad que la función notarial viene cubriendo pertenece sin duda a la categoría de las necesidades sociales generales y no a la de sectores particulares”<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> González Palomino, José. **Instituciones del derecho notarial**. Pág. 27 y 28.

<sup>37</sup> Batista Montero Rios, José. **La función pública. Junta de colegios notariales de de España**. Pág. 609.

<sup>38</sup> Ob. Cit. Pág. 611.

<sup>39</sup> Mezquita del Cacho, José Luis. **La función notarial como servicio**. Pág. 787.

Estas últimas podrán ser cubiertas por servicios privados rigurosamente liberales, desde los del artista a los del químico, desde el economista al ingeniero o arquitecto. Pero las necesidades sociales generales requieren para su cobertura, que además y de que existan organizaciones privadas que operen ofreciendo sus servicios en ese campo, el Estado disponga y despliegue para esa misma atención servicios públicos.

Ese interés general que la función notarial trata de satisfacer es esencialmente en el ámbito del Derecho Privado en que el notario actúa cooperar el logro de la seguridad jurídica, logrando así la paz social mediante la prevención de conflictos que finalicen en la vía judicial. Que sea una función del Estado no quiere significar de ninguna manera que la función notarial constituye en modo alguno una actividad administrativa como sostuvieron Ilustres notarialistas como GONZÁLEZ PALOMINO, tenía razón NÚÑEZ LAGOS: cuando afirmaba que en Derecho Administrativo se comprende la organización y funcionamiento de todos los servicios públicos del Estado.

Hay dos servicios públicos que históricamente al menos han quedado fuera del Derecho Administrativo, los de justicia y de fe pública. El primero pertenece al Derecho Procesal, el segundo a la legislación notarial. La organización de ambos servicios es por naturaleza Derecho Administrativo, pero hay un hecho incontestable.

El acto notarial no es un acto administrativo. No está sujeto a ningún régimen de disciplina jerárquica ni de recurso administrativo. Tiene un régimen especial que es el de "Formación de la forma" y preconstitución de la prueba de los auto auténticos que quedan fuera del derecho administrativo. Tenemos así incluye un primer hecho cuestionable: La función pública notarial no se regula en el derecho de la administración.

Ha sido excluido del derecho administrativo. La función notarial es ejercida por un funcionario público. Las notarías se proveerán por quienes hayan obtenido el título universitario de notario por oposición convocada por la Dirección General de los Registros del Notariado del Ministerio de Justicia, de quien en su organización jerárquica, que no en función dependen de la Ley del Reglamento”<sup>40</sup>.

Destacaba Batista Montero Ríos”<sup>41</sup>, como desde ZANOBINI A MENUDO El Estado se vale también de sujetos privados para el desenvolvimiento de las funciones administrativas. Tales sujetos privados asumen la posición de sujetos auxiliares de la administración pública, sin entrar subjetivamente en la misma. Según ALEES son casos de ésta concesión entre otros, los profesionales encargados de una función pública, cuyo caso típico es el notario.

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ SAINZ MORENO: Han afirmado que posiblemente la clasificación del notario, como funcionario público, se debió a la influencia de la ley francesa, según nuestra cronología que así calificaba a los notarios franceses. Sin embargo tal calificación no era correcta en España, ni tampoco en Francia. En éste país fue siempre muy criticado y finalmente rectificado por ordenanza que le dio la calificación de offier público.

Pero tampoco en España era correcta esa calificación, ni siquiera en aquella época, a no ser que se de al concepto de funcionario público un sentido comprensivo de todas las personas que ejercían alguna función pública. Los Notarios no fueron encuadrados a la administración como funcionarios, ni fueron sometidos a un principio de obediencia jerárquica, ni fueron retribuidos con

---

<sup>40</sup> Ob. Cit. Pág. 119 y 120 Gonzáles Palomino.

<sup>41</sup> Ob. Cit. Pág. 613.

cargos al presupuesto del Estado... Por eso concluye, pese a la calificación de su artículo primero de la Ley de 1,862 dio a los notarios un peculiar estatuto ajustado a la índole de su función, en el mundo del derecho, que no es la de prestar un servicio público administrativo”<sup>42</sup>.

El notario español debe de ser jurista: es una necesidad evidente, si se tiene en cuenta de que el notario español, como notario latino, ejerce además de la función autenticadora, las de asesoramiento, consejo, control de la legalidad y redacción documental, resultaría ello difícil de no ser jurista.

Por tal razón la ley del notario ordenó, que para ser notario se requiere haber cursado los estudios y cumplido con los demás requisitos que prevengan las leyes y reglamento, o ser abogados. Y el Artículo 6 del Reglamento exigió el Doctorado o Licenciatura en Derecho o haber concluido los estudios de ésta licenciatura. Por consiguiente el Artículo primero del Reglamento Notarial consagra el carácter de notario como profesional del Derecho.

El notario ejerce su función extrajudicialmente: El Artículo 2º Del Reglamento Notarial afirma que al notariado corresponde integra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial, unido a ello a la afirmación del Artículo 3 del propio texto legal que comienza calificado al notario como órgano de jurisdicción voluntaria, y a hecho de que se reclamen para el notariado los actos de jurisdicción voluntaria desempeñados por los jueces.

A éste respecto, y así lo recoge la iniciativa para el Colegio Notarial de Barcelona y la Asamblea de Junta directiva de Colegios Notariales de España,

---

<sup>42</sup> Fernández, Ramón, Tomás y Fernández Sainz Moreno. **La función notarial y las garantías**. Pág. 32 y 33.

el 6 de junio de 1,940 ha hecho afirmar que la función notarial constituye una manifestación de la Jurisdicción Voluntaria, especialmente por el origen judicial que se atribuye a algunos autores (NÚÑEZ LAGOS), AL DOCUMENTO notarial, y por la dependencia, más o menos intensa o inmediata, que el notariado mantienen respecto al poder judicial en algunos países del sistema Latino”<sup>43</sup>.

Las razones tal afirman fueron denunciadas por González Palomino, cuando decía que en unos casos se afirma para defender la integración de la función, en otros, por la formación histórica de los documentos notariales. Y en los mejores, por el espejuelo de la atracción del Derecho Procesal Civil: “Por el prestigio de su rango, la eficacia de su método y el rigor de su técnica”<sup>44</sup>.

Cabe destacar entre otros autores a Navarro Azpetia”<sup>45</sup>, quien sustituye la denominación de Jurisdicción voluntaria por JURIS’AUDITO: “Potestad de hacer adición del derecho adecuado al hecho que se comprueba, en acto de calificación contenido en un instrumento público que no tiene valor de cosa juzgada, pero es fideicomisario, en toda la eficacia de los instrumentos públicos sancionados por notario.

No es como se ha dicho, un “poder jurisdiccional” sino una potestad iusadicional; no es un acto de jurisdicción declarativa, sino de iusadicción “sancionadora; empleando el verbo sancionador en su sentido propio o positivo derivado de “sanciere” de (sancus), consagrar, confirmar, dar validez, aprobar, refrendar, legitimar, y no en su sentido impropio o negativo de penar o castigar.

---

<sup>43</sup> Font. Boix. Vicente. **La Jurisdicción Voluntaria y sus relaciones con la función Notarial**. Pág. 148

<sup>44</sup> Ob. Cit. Pág. 68.

<sup>45</sup> Navarro Azpetia, Fasto. **Reflexiones a cerca de la naturaleza de la función notarial**. Pág. 24.

Jiménez Arnau<sup>46</sup>, ha criticado ésta tendencia de equiparar función notarial, Jurisdicción Voluntaria, porque el resultado no es muy provechoso desde el punto de vista científico porque el concepto de Jurisdicción Voluntaria es ambiguo en exceso. Por el proteísmo del concepto puede concluirse que si bien toda o la mayor parte de la Jurisdicción Voluntaria, dice él debería integrarse en la función notarial, esto no significa que todas las actuaciones notariales sean de Jurisdicción Voluntaria.

Desde otro punto de vista no conviene olvidar que uno de los fines de la Ley del Notariado de 1862 fue separar la fe pública judicial a cargo de los secretarios judiciales actualmente de la extrajudicial que desempeña el notario.

El notario no depende en el ejercicio de su función de ninguna autoridad ni judicial ni administrativa: Por ello el Artículo 1º del Reglamento afirma que el notario disfrutará de plena autonomía e independencia en su función, y en su organización jerárquica dependen directamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notario.

Sin perjuicio de ésta dependencia, el régimen del notariado. Se estimará descentralizado a base de colegios notariales, regidos por junta directivas con jurisdicción sobre los notarios de sus respectivos territorios. Cada colegio notarial comprenderá las provincias designadas al mismo dividiéndose en distritos, cuya extensión y límites determinará la demarcación notarial.

Como funcionario público ejerce la fe pública notarial: Así lo expresa el Artículo 2 del Reglamento Notarial del 2 de junio de 1,944 “como funcionarios públicos ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe

---

<sup>46</sup> Derecho notarial. Eunsa. Pág. 63.



por sus sentidos. b) En la esfera del derecho, la autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes, quizá habría que añadirle que les otorga fuerza ejecutiva.

La fe pública debida a la actuación notarial, no podrá ser negada ni desvirtuada en los efectos que legal o reglamentariamente deba producir sin incurrir en responsabilidad. La actuación notarial plasma en el instrumento público, del que distinguen tres clases: a) La escritura pública cuando contiene declaraciones de voluntarias, actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y contratos de toda clase.

El acta notarial cuando recoge hechos: “La órbita propia de las actas, afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos, aparte otros casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada, el testimonio que puede ser definido con Ávila Álvarez”<sup>47</sup>, como documento notarial que carece de matriz y que tiene por objeto la afirmación de un hechos producido en un juicio técnico jurídico o no técnico del notario, fácilmente reiterables y se autoriza solamente en los supuestos permitidos, directa o indirectamente permitidos por la legislación notarial.

De la Ley del Notariado se deduce que la función del notario es la de dar fe pública; parece, en consecuencia, como dice Rodríguez Adrados “que es el Notario el que da fe y no el documento Notarial el que hace fe” el notario quedaría así reducido, en el fondo, a la condición de testigo”<sup>48</sup>, calificado,

---

<sup>47</sup> Ávila Álvarez, Pedro. **Derecho notarial**. Pág. 323.

<sup>48</sup> Rodríguez Adrados, Antonio. **El notario: función privada y función Pública**. Pág. 235.

privilegiado público, pero al fin y al cabo un testigo. Sin embargo añade es “el documento el que hace fe”.

Las escrituras autorizadas por notario harán fe en la provincia que resida, porque como dice MOLLEDA, que la función notarial no consiste en dar fe, sino en poner los presupuestos documentales precisos para que el ordenamiento jurídico imponga la fe pública con relación a una determinada materia jurídica; es directamente la ley la que le atribuye fe pública al documento notarial, y no el Notario por medio de una delegación del poder ejecutivo o de cualquier otro de los poderes del Estado”<sup>49</sup>.

González Palomino, decía: que la doctrina de la fe pública, prescindiendo de las palabras con que se enuncian, no es inexacta, sino incompleta. Solo explica el acta, no la escritura”<sup>50</sup>.

Pero es que no explica ni siquiera el acta, la fe pública presupone dice Rodríguez Andrados la más absoluta pasividad por parte del documentador, que ha de recoger en el documento la realidad, valga la expresión, en su estado natural<sup>51</sup> y, nada más lejos de la realidad, pues a menudo documenta lo que el mismo ha formado o ha contribuido a formar, lo que él ha creado; se inserta en el ITER negocial, actúa en la zona de los hechos, antes de que ocurra” González Palomino en su función cautelar o de asistencia preventiva. Esta incidencia de la actuación profesional modaliza, pues, la fe pública del notario, y hace que no pueda ser calificada de una pura y simple función pública”<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Vede González, Palomino. **Instituciones del derecho notarial**. Pág. 60.

<sup>50</sup> González, Palomino. Ob. Cit. Pág. 84.

<sup>51</sup> Ob. Cit. Rodríguez Andrados. Pág. 385.

<sup>52</sup> Rodríguez, Andrados, Antonio. **El documento notario y la seguridad jurídica**. Pág. 387.

El notario narra en el documento los hechos tal y como al fin ha llegado a ocurrir y cree más que nadie en una relación jurídica que con su consejo contribuyó a formar, pero el momento subjetivo puro de la fe a creencia, y “el creer lo que vimos” ha sido precedido de un proceso de elaboración, de la fe-creación Notarial, el creer lo que vimos, definición de don Miguel de Unamuno”<sup>53</sup>.

Esta inserción de la función privada del notario en la fe pública viene exigida por su misión antilitigiosa por su finalidad de seguridad jurídica previniendo junto a las legalidades formales las de fondo.

Y es que la fe pública, sin dejar de ser una y la misma tienen necesariamente que regular modalizada por la diversa naturaleza de las realidades a que se aplica: una cosa es la realidad física y otra cosa muy distinta son los actos humanos y, en especial las declaraciones negociables; a falta de la actividad jurídica nos dice DETTI, el notario sería un reproductor de realidad física, y por tanto uno de los numerosos certificadores que nuestro ordenamiento conoce en número no restringido. Mientras que él documenta la realidad jurídica que es cosa bien diversa”<sup>54</sup>.

La función notarial es más que una función fedeifaciente: La conferencia permanente de los notariados de la Comunidad Europea, en su sesión celebrada el 23 de marzo de 1,990, al definir al notario subrayan que sirve a la seguridad jurídica a través del consejo imparcial y activo que se ejerce bajo el control permanente de la autoridad pública y reduce a los ciudadanos y, por tanto, protege los derechos de los usuarios del derechos.

---

<sup>53</sup> Rodríguez, Andrados. Ob. Cit. Pág. 388.

<sup>54</sup> Rodríguez, Andrados. Ob. Cit. Págs. 389 y 390.

Al referirse al documento notarial y a la seguridad jurídica, Rodríguez Andrados, destacaba que hay una seguridad anterior a la seguridad formal o instrumental del instrumento público, que en gran medida es conseguida “por la actividad asesora del notario, sin la cual la seguridad documental sería vana; es la llamada seriedad sustancial, que requiere un negocio válido; redactado de manera clara y sistemática; sin contradicciones, ambigüedades ni laguna, apto para satisfacer las finalidades prácticas que las partes persiguen, y que sea lo más equitativo posible”<sup>55</sup>.

Se reconoce una doble función al notario como funcionario público y profesional del derecho, dice que “como profesional del derecho tiene la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar”.

Tanto asesorar como aconsejar, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa dar consejo, o lo que es lo mismo, dar parecer sobre lo que se debe ejecutar o seguir en algún caso dudoso, que es precisamente para desvanecer la duda y dar seguridad al que lo solicita.

Esa función de asesoramiento es común al notario y al abogado: el Artículo 436 de la ley orgánica del 6/1,985, del 1 de julio del poder judicial dispone que “corresponde exclusivamente la denominación y función de abogado al licenciado en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de proceso o, el asesoramiento o consejo jurídico”.

---

<sup>55</sup> Rodríguez Andrados, Antonio. Ob.Cit. Pág. 67.

Pero a diferencia del abogado, la función de asesoramiento del notario constituye una función pública, un servicio público; así lo destacaba Amézquita<sup>56</sup>, al afirmar que el consejo jurídico que en materia extrajudicial preste el Abogado y el que preste el notario serán sustancialmente del mismo tipo, y no menos coincidente es el objetivo de seguridad jurídica a que uno y otro se ordenan y que es una necesidad social general desde una como de otra perspectiva.

Ahora bien, su prestación por el abogado es discrecional y voluntaria, mientras que para el notario es obligada; y esto determina que el asesoramiento del primero deba ser considerado como servicio privado, y servicio público el del segundo, y que aquel tenga una retribución absolutamente libre, en cuyo campo la deontología interviene solo para marcar mínimo, en tanto que éste la tenga controlada y reglada arancelariamente.

El Estado no puede inhibirse, ni dejar el riesgo de una discrecionalidad profesional liberal la prestación de la asistencia precisa, no bastando para ello que la faceta autenticadora, como prerrogativa de la soberanía, sea encomendada solo a un número limitado de consionarios controlables, sino que haya organizado un servicio público de prestación obligatoria, descentralizada, garantizadamente próxima a la sociedad que lo precisa, distribuido en proporción al grado de las necesidades en cada localidad, y susceptible de ser prestado con rigurosas condiciones de independencia, imparcialidad y vocación equitativa.

---

<sup>56</sup>Rodríguez Adrados, Antonio. **La función notarial como servicio**. Págs, 788 y 789.

Cabe concluir por tanto con dicho autor afirmando que la función del consejo, en el notario es pública y tanto como pueda serlo la autenticadora o documentadora, por lo cual es tan obligatoria como ésta<sup>57</sup>.

### **1.14 Sistemas notariales y su clasificación**

Existen muchas clasificaciones con respecto a sistemas notariales, pero los dos más importantes son; el LATINO y el SAJON, sin embargo estudiaremos algunos otros que indudablemente serán de beneficio en nuestro tema. El notario de tipo latino recibe otros nombres como: Sistema Francés de Evolución desarrollada y público; aunque ésta última denominación no es la más acertada, y el notario sajón se le conoce como: Anglo-Sajón, subdesarrollada de Evolución Frustrada y Privada.

Es imposible una clasificación que agote todos los sistemas del notariado, pues éste que es un producto de la costumbre, sigue en cada lugar especiales tradiciones y características. Además cada clasificación puede enfocarse desde varios puntos de vista: Subjetivos, Objetivos y Formales. También se sabe que entre el notariado latino y el sajón existe otro intermedio, que es el que se encuentra en algunas partes y cantones de suiza como también en Alemania.

El autor Belver Cano, lo clasifica de la manera siguiente: notariado de Profesionales Libres<sup>58</sup>. Notariado de profesionales públicos; notariado de funcionarios judiciales y funcionarios notarios administrativos.

Se dice que el notariado de profesionales libres es el que se usa en los países anglosajones y podría llamarse notariado libre o inglés, el denominado de

---

<sup>57</sup> Mézquita Ob. Cit. Nota 17. Pág. 789.

<sup>58</sup> Verder Cano, Antonio. **Principios del régimen notarial comparado**. Pág. 19.

notariados públicos podría llamarse notariado profesionalista, tipo alemán a tipo germánico.

El latino de los profesionales o funcionarios públicos. El tipo Judicial, adscrito o subordinado a los tribunales de justicia y por último el notariado de funcionarios administrativos, o tipo soviético, en donde se depende por completo del poder administrativo.

Por su parte Jiménez arnau, reconoce que hay solo dos tipos fundamentales de notariado y prefiere usar las denominaciones de notariado latino y notariado sajón. Además expone que, en su obra introducción al Derecho Notarial, reconoce a un subgrupo en donde incluyó el notariado alemán, el austriaco y el suizo en calidad de intermedios.

El Doctor Salas, modificó la clasificación de Bellver Cano, los clasifica como sajón, de funcionarios judiciales, de funcionarios administrativos y latinos. Menciona además otras clasificaciones, que se basan en la existencia o inexistencia de limitaciones al número de notarías a una colegiación forzosa, en la cual la corporación notarial esta investida de funciones de supervisión y control de notariado. Estas clasificaciones distinguen respectivamente, los notariados numerarios de los de libre ejercicio y de los notariados colegiados de los no colegiados.

Se concluye diciendo que los dos sistemas principales son: el sistema latino y el sajón, dejando en una segunda categoría a los sistemas de funcionarios judiciales y el de funcionarios administrativos. Cabe mencionar

también el sistema de número o numerario, pero como una variante del sistema latino”<sup>59</sup>.

### **1.15 Características y funciones del sistema latino**

Entre otras y aplicadas a Guatemala, podemos mencionar las siguientes:

- a. Pertenece a un colegio profesional, el caso de Guatemala, al Colegio de Abogados y Notarios, ya que se ejercen conjuntamente ambas profesiones.
- b. La responsabilidad en el ejercicio profesional es personal.
- c. El ejercicio puede ser cerrado o abierto, limitado e ilimitado. El cerrado tiene limitaciones territoriales, más conocido como notariado de número o numerario. En Guatemala el sistema es abierto, ya que no se tienen limitaciones dentro del territorio nacional, y en algunos casos se puede actuar fuera del territorio nacional.
- d. Es incompatible con el ejercicio de cargos públicos que lleven aneja jurisdicción, así también para los funcionarios y empleados de los organismos Ejecutivo y Judicial y de municipalidades que devenguen sueldos del Estado o del municipio y el Presidente del Organismo Legislativo. Según el Artículo 4 del Código de Notariado.
- e. Debe ser profesional universitario,
- f. Desempeña una función pública, pero no depende directamente de autoridad administrativa

---

<sup>59</sup> Doctor Salas. Ob. Cit. Pág. 54.



- g. Es un profesional del derecho, pero algunas de sus actuaciones son las de un funcionario público.
- h. Existencia de un protocolo en donde asienta todas las escrituras que autoriza.

### **1.16 Funciones dentro del sistema latino**

- a. Desempeña una función pública.
- b. Le da autenticidad a los hechos y actos concurridos en su presencia; los cuales según la ley guatemalteca producen fe y hacen plena prueba.
- c. Recibe e interpreta la voluntad de las partes, dándoles forma legal al fraccionar el instrumento público.

### **1.17 Países que utilizan el sistema latino**

Estos son muchos, por lo que sólo se mencionan los siguientes: Argentina, Austria, Alemania y algunos de sus estados; Bélgica, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, España, el Vaticano, El Salvador, Ecuador, Francia, Guatemala, Grecia, Olanda, Honduras, Haití, Italia, Japón, Luxemburgo, Estados Unidos, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Panamá, Puerto Rico, países bajos, Quebec, Canadá, República Dominicana, Suiza y algunos cantones, Turquía y Uruguay. Como puede verse, el sistema latino, no se circunscribe únicamente a Latinoamérica, ya que está en Europa y también en Asia.

Desde luego en cada país el sistema latino tiene características especiales y algunas variantes, por ejemplo, en algunos se utiliza el sistema de número,

siendo el ingreso al mismo muy dificultoso, mientras que en otros como en Guatemala, tiene un sistema libre de acceso, después de cumplir con los requisitos de graduación profesional y colegiación.

### **1.18 Sistema de funcionarios judiciales**

A este sistema se le conoce como el sistema de notario juez, ya que los notarios son magistrados y están subordinados a los Tribunales y dependen del poder judicial, siendo pues, la administración quien nombra a los empleados del notario, siendo la función de jurisdicción cerrada y obligatoria, los instrumentos originales pertenecen al Estado y los conserva como actuaciones judiciales.

Entre los países que siguen éste sistema, podemos mencionar: Amburgo, Rumanía, parte de Noruega, el cantón Suizo de Surich y las ciudades de Baden y Wuttemberg.

En Guatemala, está regulado que a falta de notario, el Juez de Primera Instancia puede cartular, el Artículo 6 del Código de Notariado, dice: pueden también ejercer el notariado: los jueces de primera instancia en las cabeceras de jurisdicción en que no hubiere notario hábil, o que habiendo estuviere inhabilitado o se negare a prestar sus servicios. Como puede apreciarse, esto resulta siendo una forma de ejercicio de notariado por jueces. Por suerte ésta norma no tiene aplicación en la práctica, ya que por ser un sistema libre de notariado el que se utiliza, existen notarios en suficiente cantidad en todos los departamentos de la república.

Queremos decir pues: que una función notarial por jueces ya no es necesaria en países como el nuestro, en donde el notariado ha logrado alcanzar

un alto grado de desarrollo y madurez, tanto doctrinal como práctico, la función notarial está en manos de los notarios.

### **1.19 Sistema de funcionarios administrativos**

Este sistema se caracteriza por su dependencia plena del poder administrativo. La función notarial es de directa relación entre el particular y el Estado, las facultades están regladas por las leyes. Los notarios son empleados públicos, servidores de la oficina del Estado, y las oficinas son de demarcación cerrada.

En cuanto a la eficacia del instrumento público por ser actos derivados del poder del Estado tienen la máxima eficiencia de efectos, su valor público y absoluto, los originales pertenecen al Estado que los conserva al igual que los expedientes y demás documentos de la administración. Como se puede apreciar el notariado se ejerce en una dependencia del ejecutivo y resulta siendo el notario un funcionario de gobierno, como por ejemplo la U.R.S.S. y a Cuba.

En Guatemala, el único vestigio que tenemos de un notario funcionario público, que lo encontramos en el escribano de gobierno, que es un notario que ejerce al servicio del Estado, pero con la diferencia que no sirve a los particulares.

### **1.20 Origen y evolución histórica del notario**

Las primeras agrupaciones no necesitaban del notario. Lo reducido del grupo permitía que los actos jurídicos fueran conocidos de todos. Ciertos ritos o solemnidades, presencia de grupo social, aseguraban la certeza de las

convenciones y de cualquier otro acto o actos y la memoria social se encargaba de perpetuarlos”<sup>60</sup>.

El crecimiento de las sociedades humanas hizo cada vez más difícil obtener la presencia de la comunidad entera den todo acto jurídico, por lo que gradualmente se fue admitiendo la presencia de un grupo más reducido en representación de los demás.

La invención de la escritura aceleró el proceso, pues con ella dejaba exacta memoria de lo sucedido.

Esto hizo necesaria la intervención de alguien que supiera escribir y que conociera también de las formalidades que fueron sustituyendo a los antiguos ritos o solemnidades con el mismo fin de dar, a la expresión de la voluntad un sentido inequívoco. Estos, llamados escribas junto con los testigos requeridos, ocuparon el lugar del grupo social, para dar fe o testimonio de los actos jurídicos celebrados en su presencia.

En algunos pueblos primitivos el escriba formaba parte de las organizaciones religiosas, en otros de la judicatura. Lo primero ocurrió en Egipto donde la alta estima que se tenía de quienes desempeñaban éstas funciones se deduce del hecho de los escribas de la tierra.

Estos estaban adscritos a las distintas ramas del gobierno, teniendo como función primordial la redacción de los documentos concernientes al Estado y a los particulares.

Sin embargo su intervención no daba autenticidad al documento, pues para lograrla debía tener estampado el sello del sacerdote o un magistrado de

---

<sup>60</sup> Óscar Salas. Pág. 21.

Jerarquía similar. En cambio en Babilonia desde por lo menos cuatro mil años antes de Cristo, los escribas eran asistentes de los jueces. Se acudía a ello para dar forma de sentencia judicial a los contratos y revestirlos así de autenticidad y fuerza ejecutiva.

Los escribas hebreos, eran de distintas clases, unos guardaban constancia y daban fe de los actos y decisiones del Rey, otros pertenecían a la clase sacerdotal y daban testimonio de los libros bíblicos que conservaban, reproducían e interpretaban. Había también escribas del Estado, cuyas funciones consistían en actuar como secretarios del consejo estatal y colaboradores de los tribunales de justicia del Estado.

Pero además había entre ellos otra clase de escribas mucho más parecidos a los notarios actuales: los escribas del pueblo, que redactaban en forma apropiada los contratos privados. La fe pública solamente se lograba mediante la fijación del sello del superior jerárquico de los escribas, pues no estaba delegada en éste la fe pública sino reservada al primero. Por tal razón, se ha requerido ver en el escriba del pueblo un simple amanuense. Sin embargo el sello del escriba también era necesario, aunque no bastaba.

En Grecia existieron funcionarios en los que algunos autores han creído hallar ciertas analogías, no muy precisas, con el notario actual. Tales eran los sígrafos, que formalizaban contratos por escrito, entregándoles a las partes para su firma y los apógrafos, con pistas de los tribunales. También existían otros llamados mnemon, entre los cuales si mencionan los hyeromnemon, archiveros de los textos sagrados y redactores de ciertos documentos de toda otra clase bajo la autoridad de superiores jerárquicos.

En Roma, a través de sus distintas etapas históricas, hubo muchas personas encargadas de la redacción de instrumentos. Los escribas conservaban los archivos judiciales y daban forma escrita a las resoluciones de los magistrados. Los Notril también adscritos a la organización judicial, escuchaban a litigantes y testigos y ponían por escrito, en forma ordenada y sintética, el contenido de sus exposiciones. Mas que a los notarios actuales, se parecen, por su función, a los taquígrafos de hoy.

Los Chartularri, además de la redacción del instrumento, tenían a su cargo su conservación y custodia. Los Tabularri eran contadores del físico y archiveros de documentos públicos, pero, como complemento de sus funciones, fueron encargándose de formalización de testamentos y contratos, que conservaban en sus archivos, hasta convertirse en los tabellio, que se dedicaron exclusivamente a estas actividades y en quienes se reunieron, en la etapa final de su evolución.

Algunos de los caracteres distintivos del notario latino, el de hombre versado en derecho, el de consejero de las partes y el de redactor de documentos, aunque su autenticidad que le confería, la condición de documento público, no se lograba sino mediante la insinuatio, consistía ésta en la presentación del documento ante una corte compuesta de un magistrado que la presidía, tres curiales y un cansiller o exceptor que desempeñaba las funciones de actuario.

Los curiales y el exceptor se trasladaban al domicilio del promitente, le exhibían el documento y, si no había oposición sus partes, disponía su transcripción in extenso en los registros públicos, de los cuales se podía obtener copia, así como también de todo el proceso cumplido.

Aun cuando se prescindiera de la insinuatio, bastaba que el tabelión hubiera escrito por sí mismo todo el documento, lo hubiera perfeccionado con la completa autorización o firma del tabelión y atestiguara bajo juramento su intervención para que, sin necesidad del cotejo de letras, se consideraba fidedigno el documento porque el testimonio prestado también por voz del que lo perfeccionó y que tiene agregado juramento dio cierto valor al negocio.

### **1.21 Visión general del notariado europeo**

El desmembramiento y desolución del imperio Romano ocasionó un retroceso en la evolución de la institución notarial. Los señores feudales se atribuyeron el dominio directo de todas las tierras y todos sus vasallos les debían obediencia, estando obligados personalmente a una serie de prestaciones de carácter militar y económico.

Como en principio todo le pertenece, el señor interviene por medio de delegados suyos en todos los contratos y testamentos. Este notariado feudal tiene como fin primordial el preservar los derechos del señor y no el servir los intereses de las partes contratantes u otorgantes. Carece de la independencia de los tabeliones de las postrimerías de Roma y del notario latino actual, pero tiene facultades fidefacientes, impartiendo autenticidad a los actos en que interviene.

Paralelamente se repite el ciclo evolutivo primitivo en algunas partes de Europa. De manera espontánea surge un notariado eclesiástico que no se limita a los asuntos de la iglesia, sino que interviene en forma creciente en asuntos temporales. El ejercicio del notario fue prohibido por el papa Inocencio III en 1213 a los ordenados en sacris; prohibición que confirmaron los Reyes y extendieron luego a todos los sacerdotes, terminado de esa forma con dicha

práctica, la cual retrotraía el notariado a los tiempos primitivos en que tal función estaba reservada a la clase sacerdotal.

Se acude luego a la organización judicial como en Roma, para darles autenticidad y ejecutoriedad a los documentos. Al principio se simulan litigios para lograr dar carácter de sentencia al documento. Después, éstos procedimientos se van simplificando paulatinamente en una primera etapa, se suprime la forma de sentencia y basta que el demandado reconociendo apud-judicem la pretensión de actos para que el Juez dictase un breve praeceptum de solvendo que gozaba de la misma eficacia de una sentencia.

En una segunda etapa, no se necesita la demanda siendo suficiente la confesión de una parte ante el Juez a requerimiento de la obra finalmente, a partir del siglo XII se procede gradualmente a sustituir a los jueces por los índices chartularii o jueces notarios, aliviando el trabajo de aquellos. En una etapa posterior, los jueces cartularios se convirtieron en funcionarios privados, en lo cual influyen los intérpretes inspirados en el derecho romano, que lograron así ver una visión mejorada de los tabeliones romanos.

**EL NOTARIO ESPAÑOL MEDIEVAL:** En España. Los invasores godos conservaron, entre otras instituciones jurídicas Romanas, la de los tabelionmes, que existían desde el tiempo de la conquista romana. El Código de las leyes, conocido popularmente como fuero juzgo y promulgado por el Rey Resesvinto entre los años 650 a 670, alude a escribanos de las clases: los del Rey y los comunales del pueblo.

En la baja edad media, España se encontraba dividida en varios reinos. Aunque en varios de ellos se promulgaron complicaciones de leyes contentivas de disposiciones referentes a los escribanos, se seguirá el curso del derecho



castellano por ser el que rigió en América después del descubrimiento, ya que las tierras descubiertas por Colón pertenecían a la Corona de Castilla, que auspició los viajes del gran almirante. Merece especial mención el Fuero Real que decía títo completo a los escribanos públicos.

El notariado Español recibe entonces la influencia de la escuela notarial fundada en 1228, en la Universidad de Bolonia por Banieri di Pirugia y sobre todo de su máxima figura, Rolandino Pasaggeri o Rolandino Radulfo, autor de un formulario notarial denominado Suma Artis Notariae reproducido, casi literalmente, en más de cien leyes del título XVIII de la partida III del Código de las siete partidas de Alfonso X del Castillo, declaradas Derecho Positivo por su hijo Alfonso el justiciero en el Ordenamiento de Alcalá

En 1,348 y legislación supletoria por las Leyes de partida exigen que los escribanos sean sabedores en escribir bien, y entendidos de la arte de la escribanía, habiéndoles de dos clases: Notarios de casa del Rey y públicos, siendo éstos últimos los que escribían las cartas de las vendidas, y de las compras y los pleytos y las posturas que los hombres ponen entre si en las ciudades e en las villas.

Al fin de la edad media, casi en los inicios del renacimiento, se robustece la actuación notarial considerándola como una función pública. También se produjeron reformas importantes como la sustitución de una breve nota o minuta en el protocolo por el instrumento matriz, y la organización corporativa de los notarios.

Los años que van desde el siglo XIII se caracterizaron por constantes luchas entre diversas clases y categorías de funcionarios encargados de ejercer la función notarial, cada una de las cuales intentaba monopolizarla, y por la

enajenación de los oficios al mejor postor. Finalmente se logra la unificación de la función notarial con lo cual, en los inicios del siglo XIX, la institución del Notario se consolida plenamente. La famosa ley francesa promulgada en mes ventoso del año II, 16 de marzo de 1803 influye decisivamente en las leyes notariales de España y de la América Española y establece en líneas generales el régimen notarial latino de la actualidad.

### **1.22 El notariado en la América española**

Cuando Cristóbal Colón descubrió América, trajo en su tripulación a don Rodrigo Escobedo, quien era escribano. La venida de Escobedo personifica el trasplante del instituto de notariado de España a América, de ese momento en adelante, habrían de marchar unidos, formando una trinidad indisoluble, la espada del conquistador, la cruz de la religión y la pluma del escribano produciéndose mientras la colonización española en América eran llevadas acabo.

Los antecedentes de la legislación americana deben buscarse en las leyes casteñenas de entonces. No obstante, se promulgó una legislación especial para América conocida como leyes de indias. En la recopilación de éstas últimas, el libro V título VIII trata de los escribanos, a quienes se exigía el título académico de escribano y pasar un examen ante la Real Audiencia.

Si lo aprobaban, debían obtener el nombramiento del Rey de Castilla, mediante el pago de una suma al fisco real. Los escribanos guardaban un registro de escrituras, autos e informaciones sucesores consagrándose el principio de que los protocolos son propiedad estatal y no de pertinencia privada de los escribanos. Se prohibía el uso de las abreviaturas, la escritura de

cantidades se hacía en letras y se exigía redactar el documento con minuciosidad, usando obligatoriamente papel sellado.

A fin de promover escribanos en lugares asilados, peligrosos e incómodos, se establecieron muchas excepciones que permitían al gobernador, o en su defecto al teniente gobernador, asistidos de dos capitulares, realizar tal examen e incluso nombrar escribanos provisionales, facultad ésta última que en ausencia de dichas autoridades, podrá ejercer el escribano de gobernación.

A fin de promover escribanos en lugares aislados, peligrosos e incómodos, se establecieron muchas excepciones que permitían al gobernador, o en su defecto al teniente gobernador, asistidos de dos capitulares, realizar tal examen e incluso nombrar escribanos provisionales, facultad ésta última que, en ausencia de dichas autoridades, podrá ejercer el escribano de gobernación.

Además de los antes dichos, llamados del número o del numerarios, por haber sólo número fijo de ellos en cada ciudad o centro de población importante, y también escribanos públicos y escribanos de provincia, por desempeñar sus funciones en América, había otros que por no tener oficio propio, se limitaban a realizar ciertas notificaciones, embargos y otras diligencias por delegación de aquellos en cuyos oficios se dejaba la debida constancia.

En estos aspectos el origen del que hacer del notario latino basado en su fe pública, es similar en todos los países del istmo. Se cuenta que por causa de los movimientos emancipadores es que se encuentran diferencias importantes entre ellos, pero éstas no le resta o le quita la esencia medular del que hacer y obligaciones del notariado latino y el notariado actual. Todo redunda en el formalismo que contiene el derecho notarial, diferenciándose en la clasificación de formalidades en los distintos países.



## CAPÍTULO II

### 2. Testigos

#### 2.1 Definición

En sentido genérico, el testigo puede ser definido como “aquella persona que rinde testimonio de alguna cosa. No obstante se considera como tal el que adquiere, en forma directa, el verdadero conocimiento de algo”<sup>61</sup>.

En el orden académico, testigo tanto es la persona que da testimonio de una cosa o la atestigua, como la persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de una cosa.

Muchas son las definiciones que se han hecho sobre “Testigo” y siguiendo con Guillermo Cabanellas, podemos decir que testigo es aquella persona que ve o percibe por otro sentido algo, en lo cual no es parte y que puede reproducir verbalmente; por escrito o por signos o la persona que debe concurrir a la celebración de ciertos actos jurídicos, en los casos así señalados por la Ley o requeridos por los particulares, para solemnidad del mismo, para dar fe de ellos o servir de prueba, y que como persona fidedigna de uno u otro sexo puede manifestar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos.

Puede considerarse también como tal toda cosa inanimada de la cual se infiere la verdad de un hecho. Como la piedra que se coloca junto a los monjes, para indicar la dirección del terreno amonjonado”<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Salas, Óscar. Derecho Notarial de Centro América y Panamá. Pág. 380.

<sup>62</sup> **Diccionario de derecho usual.** tomo IV. pág. 224.

Para Hugo Alsina, testigo es: toda persona capaz, extraña al juicio, que es llamada a declarar, sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos”<sup>63</sup>.

Jaime Guasp, dice que testigo es: la persona que sin ser parte emite declaración sobre datos que no habían adquirido índole procesal para el declarante en el momento de su observación, con la finalidad común a toda prueba, de provocar la convicción judicial en un determinado sentido”<sup>64</sup>.

Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Arce Quemada, dicen: que son testigos, las personas que declaran un proceso ante el juez sobre su percepción y conocimiento de hechos y circunstancias pasadas, percepción ya hecha y conocimiento ya adquiridos antes de ser llamados para declarar sobre ello”<sup>65</sup>.

Según Escriche, a quien siguen Orellano y González, Testigo es la persona fidedigna de uno u de otro sexo que puede manifestar la verdad o la falsedad de los hechos controvertidos”<sup>66</sup>.

Para Novoa Seoane, Testigo es la persona humana que da testimonio de alguna cosa por haberla visto u oído”<sup>67</sup>.

Según Baldana, Testigo son las personas que declaran sobre la exactitud o veracidad de algún hecho o asisten al atorgamiento de una escritura; son las personas que dan testimonio de alguna cosa o la atestiguan, constituyendo en el primer caso una solemnidad exigida por la ley en las escrituras públicas y

---

<sup>63</sup> **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil comercial**, Tomo II. Pág. 530.

<sup>64</sup> **Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil** tomo II. 1ra. y 2da. Parte.

<sup>65</sup> **Derecho procesal**. Volumen I. Pág. 329.

<sup>66</sup> Argentino, Nery. **Tratado Teórico y Práctico sobre derecho notarial**. Vol. 3. Pág. 183.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

algunos instrumentos públicos y en el segundo un medio de prueba, cuando deponen sobre un hecho que conocen”<sup>68</sup>.

Chiovenda en forma un tanto simple, ha dicho que testigo es una persona distinta a los sujetos procesales, a quien se llama para exponer al juez las observaciones propicias de hechos ocurridos de importancia para el proceso”<sup>69</sup>.

Para Naymork y Adán Cañadas, testigo es: Tercero o ajeno a un pleito o causa que teniendo capacidad para hacerlo. Depone ante autoridad competente y con la solemnidad prescrita por la Ley sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos. En un sentido amplio, testigo es cualquier cosa por la cual se infiere la verdad o falsedad de un hecho”<sup>70</sup>.

El Código Uruguayo en el Artículo 325 dice: Que testigo es la persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad.

Según Otero y Valnetín el factor persona de los testigos como elementos instrumentales ha tenido distinta eficacia y trascendencia. Antiguamente, cuando la función se observaba privadamente, y el notario o escribano, no se imponía, utilizándose como auxiliar de los otorgantes, los testigos siempre figuraban para corroborar y atestiguar lo celebrado.

Se consideraron como requisito documental que conservaban el redactor, pero las más de las veces se empleaban formulas anunciándoles: Hi sunt testes, testes que viderunt et audierunt; y también a continuación o bajo el nombre la palabra testis”<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> Ibidem. Pág. 185.

<sup>70</sup> **Diccionario jurídico “Forum”**. tomo III. Pág. 676.

<sup>71</sup> Argentino, Nery. Ob. Cit. Pág. 183.

Nuestros códigos procesales en vigencia no dan un concepto de lo que es testigo en forma general, sino que se refieren a ellos en la parte procesal de cada materia. El doctor José María Mustapia da un concepto acertado de testigo en forma general, es decir que es una persona hábil que tiene conocimiento de un hecho o acto jurídico en el que no tiene interés personal”<sup>72</sup>.

Para finalizar ésta parte y tomando en cuenta los conceptos anteriores se puede decir que testigo es en forma general: “La persona con apelativo legal suficiente que presencia un hecho”; hecho que muy bien puede o no encontrarse en el campo del derecho.

## **2.2 Clases de testigos**

Hay diversidad de formas, circunstancias, casualidades y modos de presenciar un hecho, así como de corroborar su realidad posteriormente o afirmar que ocurrió, como testigos, por ello se han clasificado en muchas formas y así tenemos:

### **2.2.1 Testigos abonados**

Aquellos que no tienen tacha legal, aquellos que no pudieron ratificarse por haber muerto, hallarse ausentes, su testimonio es abonado por la justificación que se hace de su veracidad, por estar exentos de tachas legales.

### **2.2.2 Testigos de premio**

Son los que comparecen compelidos a deponer, por haberse resistido ha hacerlo cuando fueron llamados por la autoridad.

---

<sup>72</sup> **Tratado teórico práctico de derecho notarial.** Tomo I. Pág. 287.



### **2.2.3 Testigos de cargo**

Son los que deponen en contra del procesado.

### **2.2.4 Testigos de conocimiento**

Los que, siendo conocidos por el notario, certifican a éste sobre la identidad del otorgante de un acto jurídico.

### **2.2.5 Testigo de descargo**

Son los que; por anteceden a los de “cargo”, deponen a favor del procesado.

### **2.2.6 Testigo de oídas**

Son los que deponen sobre un hecho o suceso por haberlo oído de otros; trátase de un testimonio sui generis que solo tiene fuerza si recae sobre un suceso de antigua data, o si se encamina a probar la notoriedad o la fama pública.

### **2.2.7 Testigo de vista**

Más comúnmente conocido como oculares, son los que declaran que vieron un acto o suceso sobre el cual deponen.

### **2.2.8 Testigos instrumentales**

Son los que declaran ante los jueces, u otros funcionarios habilitados para ello, acerca de hechos que presenciaron.

### **2.2.9 Testigos mudos**

Aplicase a las cosas inanimadas que sirven para la hilación de un hecho y la convicción del acusado, reviste éste carácter los elementos materiales empleados en el delito, son signos evidentes que no hacen plena prueba, pero inducen a presunción.

### **2.2.10 Testigos necesarios**

Son lo que teniendo tacha legal para dar testimonio, son no obstante, admitidos por necesidad en lagunas causas cuando faltan otros testigos hábiles y capaces.

### **2.2.11 testigos testamentarios**

Son los que asisten al otorgamiento de un testamento, o de su revocatoria, o de algún otro acto que demanda solemnidad de última voluntad.

### **2.2.12 Testigos singulares**

Son los que discuerdan entre sí, respecto a la persona, tiempo, lugar y circunstancias esenciales de hecho o suceso sobre el cual son llamados a declarar.

### 2.2.13 Testigos rogados

Son los que firman a ruego de otra persona, cuando está por razón relativa o absoluta puede firmar en cualquier diligencia o instrumento público que autorice el notario, dejando la impresión de su dedo pulgar de su mano derecha.

Las condiciones de capacidad y conocimiento, de que deben estar poseídos los testigos para que sus declaraciones surtan eficacia jurídica, permiten formular una clasificación más, de la que podemos decir que es más aparente que real, por lo mismo que las condiciones preapuntadas de capacidad, extreneidad y conocimiento son sustanciales den todo testigo. Desde éste punto de vista de la eficacia de las declaraciones del testigo, Alsina deduce la siguiente clasificación:

1. **HÁBILES:** Considerase a tales a los mayores de catorce años, cuando no estuvieren afectados por tachas absolutas o relativas. Cuando los hechos sobre los cuales depone un testigo hubieren llegado a su conocimiento después de esa edad, su testimonio constituye prueba completa, pero, sino obstante tener catorce años al momento de prestar declaración, depone sobre hechos conocidos con anterioridad, el juez deberá tener en cuenta su grado de madurez intelectual para precisar la eficacia probatoria de sus dichos.
2. **SOSPECHOSOS:** Aún cuando el testigo reúna los requisitos de edad e idoneidad puede hallarse vinculado a las partes o litigio por circunstancias que comprometan su imparcialidad. El parentesco, la amistad o enemistad, la dependencia, etc., o el interés en el resultado de la litis son causas de fundada sospecha que el legislador enuncia bajo el nombre de tachas relativas. . .

3. **INHÁBILES:** Carece en absoluto de eficacia el testimonio de quienes por sus condiciones físicas, intelectuales o morales de no podían, hallarse en condiciones de apreciar el hecho sobre el cual deponen o, aún pudiendo haberlo percibido, no merecen sus dichos créditos alguno. Tales son los afectados por tachas absolutas: enajenación mental, ebriedad consuetudinaria, entre otros.
  
4. **EXCLUIDOS:** No podrán ser presentados como testigos de una de las partes sus consanguíneos a fines en línea directa, ni el cónyuge aunque esté separado legalmente.

Por lo anterior puedo decir que son innumerables las clases de testigos que existen y esto es debido a la forma en que se presencia o se declara un hecho. Como expuse en la primera parte de éste capítulo, testigo es: “La persona que presencia un hecho”; la forma en que preste su declaración y los efectos de la misma, pertenecen al campo del Derecho Procesal, así como la eficacia o la ineficacia de un documento. Al que deben incurrir por exigirlo así las normas legales, son materias de otras ramas del derecho.

#### **2.2.14 Testigo instrumental**

Se entiende por testigo instrumental: “A la persona que asiste al otorgamiento de un instrumento público o privado”. Según el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas. “TESTIGO INSTRUMENTAL” es el que en los instrumentos o documentos notariales, firma junto con el notario.

Para solemnidad de un acto, y afirma así el hecho y el contenido del mismo; es decir que aquellos que por prescripción legal o por disposición del funcionario público que autoriza el documento concurren al otorgamiento de él,

reciben el nombre de testigos instrumentales, pudiendo ser, como queda indicada su presencia debido a cualquiera de las dos circunstancias apuntadas.

1. Que la ley exija la presencia de determinado número de testigos en todo instrumento.
2. Que, como en nuestra legislación, quede a criterio del notario de asociarse a ellos al otorgar instrumento público cuando lo juzgue conveniente o no<sup>73</sup>.

Los testigos instrumentales pueden ser a la vez testigos de conocimiento si conocen al otorgante, tienen todo el derecho de leer todo el documento que firmen. Su intervención en los documentos públicos, donde se hace constar su nombre, apellidos y vecindad, se patentiza con la firma, además su presencia ha sido objeto de debate, sobre la necesidad de los mismos y esto ha dado origen a su contemplación en la legislación de los diferentes países del notariado latino en las dos formas que quedó indicado.

### **2.3 Condiciones que debe reunir el testigo**

Los testigos deben reunir las condiciones de:

1. Capacidad
2. Conocimiento
3. Probidad
4. Imparcialidad

1. **CAPACIDAD:** El citado diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas indica que, Saving distingue tres especies dentro de la genérica capacidad:

---

<sup>73</sup> Ob. Cit. Tom IV. pág. 225.

- i. La capacidad jurídica o de derecho, como aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas.
- ii. La capacidad para obrar de hecho, poder de realizar actos con eficacia jurídica.
- iii. Capacidad civil o plena, facultad que combina las dos anteriores, en que posibilidad y efectividad se suma”<sup>74</sup>.

Argentino 1. Nery en su obra ya citada dice: “La nota saliente en materia de testigo es la capacidad, esto es, la aptitud legal”; sin ella, el individuo carece específicamente de las elementales y precisas condiciones para poder desempeñarse como tal. En éste orden de ideas, y dicho sea en forma muy cifrada, el testigo debe de reunir determinadas cualidades.

Es lógico que así sea, puesto que la función que ejerce es amplia proyección y de mucha responsabilidad; en efecto como sujeto asistencial de un acto o presencia de un hecho, contribuye con la fuerza de su declaración a memorizarlo, a darle certeza de su realización y existencia.

Este tema por la doctrina y por la legislación, que por regular respectivamente, la instrumentación de los actos mortis cause e inter vivos, enuncian las condiciones que en cada caso deben de revestir. Ello es una consecuencia de la función que deben desempeñar. Sin embargo en uno y otro caso para poder ejercer la facultad de testimoniar es preciso poseer, como cualidad común, tres condiciones fundamentales: capacidad, conocimiento, probidad e imparcialidad”<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Pág. 331.

<sup>75</sup> Pág. 188.

2. **CONOCIMIENTO:** Se refiere al entendimiento que ha de tener el testigo, sobre el instrumento que suscribe para no ser solamente un espectador, sino una persona que comprende lo que ve.
  
3. **PROBIDAD:** Es la condición moral mínima que puede exigirse en un individuo cuya firma en el documento da credibilidad a las afirmaciones de partes; en ésta condición se debe observar tres virtudes que son: rectitud, integridad y honradez.
  
4. **IMPARCIALIDAD:** En tomar partido en ninguno de ambos lados, para que así ésta condición no se vuelva parcial.

La amistad, el parentesco y la relación de dependencia, inhiben para actuar, por eso solo es valedera la voluntad libremente encaminada.

#### **2.4 La legislación notarial guatemalteca**

El Código de Notariado en el Artículo 52 dice: Los testigos deben ser civilmente capaces e idóneos y conocidos por el Notario. Sí el notario no los conociere con anterioridad, deberá cerciorarse de su identidad por los medios legales.

La capacidad del testigo ha sido analizada en el párrafo anterior exclusivamente dedicado a eso y dentro del sistema legal guatemalteco, la capacidad civil se norma de acuerdo en lo dispuesto en el Artículo 8º del Código Civil que dice: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad y son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años”.

Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley. La idoneidad implica, habilidad para serlo y probidad; ésta última circunstancia analizada también y la habilidad que implica la capacidad en sí y el hecho de no estar comprendido dentro de las prohibiciones que establece nuestro Código de Notariado en el Artículo 53 que dice:

1. Las personas que no sepan leer y escribir o que no hablen o entiendan el español
2. Las personas que no tengan interés manifiesto en el acto o contrato
3. Los sordos, mudos o ciegos
4. Los parientes del notario
5. Los parientes de los otorgantes, salvo el caso de que firmen su ruego, cuando no sepan hacerlo o no se trate de testamentos o donaciones por causa de muerte.

Por consiguiente es el notario al que le corresponde calificar la capacidad para ser testigo, en cumplimiento de la ley. Es lógico que los testigos deben de solemnizar, afirmar y posteriormente establecer la forma en que sucedió un hecho o se formuló un documento, siendo éste necesariamente escrito, tienen aptitud para ser testigos los que saben escribir y leer; circunstancia por la cual el precepto legal citado no permite que sean testigos los sordos, mudos y ciegos, ya que les faltaría alguno de esos conocimientos, pues ellos utilizan métodos especiales.



Para cumplir con los requisitos de imparcialidad que también dejamos comentados, el código prohíbe que sean testigos tanto las personas que tengan interés manifiesto en el acto o contrato como los parientes del notario o de los otorgantes, pues es lógico que no solo pudieran influir en casos determinados en la voluntad de los otorgantes sino tergiversar la verdad en determinados casos y con posterioridad a la celebración del acto.

Sin embargo la ley hace excepción, en los casos que no se trate de testamentos o por donación en caso de muerte, cuando firmen a ruego del otorgante cuando no sepan hacerlo.

Como quedó indicado anteriormente el Código de Notariado sigue el principio de dar potestad al notario, para asociarse de testigos cuanto lo estime conveniente y así tenemos el Artículo 51 de dicho cuerpo legal permite a los Notarios asociarse de testigos instrumentales en los actos o contratos que autorice, es decir que debe de tomar en cuenta las circunstancias en que celebra determinado acto o contrato para que si éstos lo ameritan a juicio deben ser presenciados, además de él por testigos.

Es obligatorio sin embargo, la presencia de los testigos con el notario, cuando se deba autorizar testamentos o donaciones por causa de muerte, debido específicamente a que tales documentos se les ha dado solemnidades especiales y por las circunstancias de surtir efectos hasta después de la muerte del testador; se les ha querido revestir de éstas solemnidades especiales que se ha creído en un momento dado fortalecer la fe pública notarial.

## 2.5 Evolución del precepto de testigo instrumental

1. **HISTORIA:** Como queda dicho, por testigo se entiende a toda persona que presencia un hecho. Las viejas partidas del Rey Sabio (partida 3., Ley 16 y título X), definían a los testigos como: la persona fidedigna de uno o de otro sexo que puede manifestar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos.

Los testigos instrumentales son aquellas personas que asisten al otorgamiento de un documento notarial, por consiguiente presencian y adquieren conocimiento del acto y con su firma contribuyen a dar veracidad al documento notarial, ésta clase de testigos nacieron en la época medieval, cuando el funcionario no era oficial público; fue el “FUERO REAL” quien dispuso que todas las cartas tenían que hacerse con tres testigos (Ley 1, Tomo IX, del libro 2do.)

“En las partidas Ley 54, título 18, partida 3, se dispuso: En toda carta pública sean dos escribanos públicos por testigos, sin aquel que faze la carta, que escriban sus nomes en ella. Si no hubiere en el lugar tantos escribanos públicos se tomen por testigos tres homes buenos que escriban sus nomes”<sup>76</sup>.

En la nueva recopilación ya en el siglo XVI al tratar el protocolo menciona la presencia de los testigos. Ley 1ª. Título 23 del libro 10. Para el ordenamiento del Alcalá, “deben ser presentes a lo ver otorgar tres testigos, a lo menos vecinos del lugar”.

---

<sup>76</sup> Carlos Emérito González. **Teoría Gerencial del Instrumento Público** Pág. 248.

En 1,862 en España la Ley Orgánica del Notariado, sancionada por Isabel II impuso a los notarios la presencia por lo menos de dos testigos para los instrumentos intervivos; en Francia desde la época de Luis XI impuso la intervención de segundos notarios en las actas notariales.

A fines del siglo pasado los testigos siguieron valiendo como en aquellos primeros tiempos, hasta que la doctrina va volviéndose en su contra. Carlos Emérito González, dice: que dos grandes notarialistas españoles, Torrez Aguilar y Folguera sostienen en 1,873 la injudiosa polémica por la supresión del primero y el mantenimiento del segundo.

El Código Civil Argentino trata de los testigos en seis artículos títulos sobre instrumentos públicos y escrituras públicas, persistiendo en la presencia de ellos, teniendo como principal objeto asegurar que la firma se hizo con el conocimiento del contenido. Nuestro Código de Notariado de 1,947 en vigencia, trata de ésta clase de testigos en el título V, por consiguiente nuestra legislación si los tiene.

2. **CLASES:** Como expuse anteriormente, testigo es: “toda persona que presencia un hecho” y testigo instrumental “el que asiste al otorgamiento de instrumento público”. Carlos Emérito González ya citado los clasifica en dos grupos que son: 1) Instrumentales, 2) Conocimiento”<sup>77</sup>.

De los testigos instrumentales hemos ya hablado anteriormente, con respecto a los de conocimiento podemos indicar que cuando los otorgantes no son conocidos por el notario éste puede asegurar su identidad por medio

---

<sup>77</sup> Ob Cit. Pág. 261.

de los documentos que la ley señala, no exigiendo la presencia de dos personas que reúnan las calidades de testigos, que exige la ley, que a su vez sean conocidos del notario. En tal caso el notario queda respaldado en cuanto a que las personas que comparecen ante él son efectivamente ellos quienes afirman ser.

En casos determinados también queda sujeto a su voluntad comprobar su identidad por ambos medios, es decir documentos y testigos. Esto en lo que se refiere a nuestra legislación en los testigos de conocimiento.

Ahora bien, en cuanto a las reglas de actuación de unos y otros, prosigue Carlos Emérito González, “han de ser los mismos, por que la subdivisión o diferenciación de las dos clases ha de interpretarse que tienen en tronco común: ambos son testigos”, finalmente agrega “acataremos que si los de conocimiento pueden ser a la vez instrumentales, es lógico admitir que los requisitos de ambos tendrán que ser iguales o por lo menos de éstos iguales a los instrumentos”.

**3. TEORIA SOBRE LOS MISMOS:** Existen tres teorías respecto a la comparecencia de los testigos en el instrumento público que son:

a. Los que propician la intervención de los testigos.

b. Doctrinas Eclécticas

c. La teoría que sostiene la inutilidad de los testigos

**a. LOS QUE PROPICIAN LA INTERVENCION DE LOS TESTIGOS:** Los autores sostienen que deben existir, ya que desde el siglo XII se ha

justificado su intervención en el instrumento; es decir que ésta razón es puramente histórica. Otros opinan que ejercen un control público, imprimiendo al otorgamiento de la escritura el sello de la publicidad, sirviendo al notario de garantía como espectadores de su actuación en el instrumento público agrega que por consiguiente son medios de solemnidad y coadyuvan a la fe de conocimientos, dan mayor credibilidad. Entre los partidarios de ésta teoría están José Máximo Paz, Torrez Aguilar y Folguera, Julio Otero y Valentín.

**b. DOCTRINAS ECLÉCTICAS:** Comprende aquellas que están por la supresión o incesariedad de los testigos, siempre admitiendo excepciones; nuestra legislación sigue ésta doctrina ya que el Código de Notariado en el Título V trata lo relacionado a los testigos en ésta rama del derecho; podrá asociarse de testigos instrumentales en los actos y contratos que autorice.

Se le llama testigo instrumental a la persona que asiste al otorgamiento de una escritura pública, pero sin ser parte, solo como compareciente concurrente, en tal sentido Carlos Emérito González dice: “Concurrente son los que participan del otorgamiento sin ser sujetos intervinientes o partes”. Los testigos, el médico que certifica la capacidad algunas veces, el marido que da la venia a su mujer, entre otros”<sup>78</sup>.

La segunda parte del Artículo 51 indica: “pero si se tratare de testamento o donaciones por causa de muerte, está obligado a asociarse de testigos que exige la ley”, en éste caso, como ya lo hicimos notar, al hacer el instrumento

---

<sup>78</sup> Carlos Emérito González. Ibidem. pág. 224.

público el notario debe de contar con la presencia de dos testigos, aunque el conozca al testador, ya que la falta de éstos puede dar lugar a que la parte interesada demande la nulidad del mismo; por consiguiente en el testamento y la donación por causa de muerte.

El notario al no conocer al testador o donante, además de los dos testigos que pide la ley en éstos casos debe de contar la presencia de otros dos testigos para identificarlos cuando así lo crea necesario.

El Artículo 29 inciso 4º. De la misma ley dice: “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 estime necesario.

Exige además en el inciso 12 del mismo Artículo que dice en la primera parte: “Las firmas de los otorgantes y demás personas que intervengan y la del notario, presidida de las palabras “ANTE MÍ” quiere decir que firman al cerrar el documento y posteriormente la firma del notario presidida como dice la ley de las palabras ANTE MÍ, que la palabra firma viene de firmar, en bajo Latín firmarse, afirmar, dar fuerza o sea dar seguridad al instrumento.

**c. TEORÍAS SOBRE LA INUTILIDAD DE LOS TESTIGOS:** En la teoría general del instrumento público de Carlos Emérito González se encuentra la opinión de Anselmo Anselmi, tratadista Italiano que llegó a calificarlas como momias, que por común, ven, nada hacen, nada valen”.

Fernández Casado dice: que los testigos son innecesarios en los instrumentos públicos; para Torres Aguilar “La autorización del notario, tiene el

carácter de fe pública, por consiguiente en el sistema notarial, derivado de éste principio, no son necesarios los testigos”.

## **2.6 Participación de los testigos en el derecho notarial**

a. Testigos en las escrituras

b. Testigos en los testamentos

## **2.7 Testigos en las escrituras**

Las doctrinas suelen dividir las escrituras con el objeto de separar las partes que las componen y así distinguir y estudiar, fácilmente cada una de ellas, Carlos Emérito González las divide en:

- a. Encabezamiento
- b. Comparecencia
- c. Exposición
- d. Estipulación
- e. Otorgamiento y Autorización”

a. **ENCABEZAMIENTO:** En ésta parte se coloca le lugar y fecha del otorgamiento, que constituye dos elementos importantes para la validez del documento, nuestra ley exige el número de orden como requisito inicial; la hora es indispensable en ciertas escrituras como los testamentos y donaciones por causa de muerte.

b. **COMPARECENCIA:** Es la parte en que se hace constar el nombre de las personas que comparecen en el acto y su identificación, con su edad, oficio, profesión; es aquí donde se hace mención de los testigos para los

instrumentos públicos, ya que es uno de los medios por el cual el notario puede identificar a las personas que intervinieron en el instrumento; así el Artículo 29 del Código de Notariado, inciso 40 dice: “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 estime conveniente”.

- c. **EXPOSICIÓN:** Para Carlos Emérito González; La exposición es “La descripción del objeto, títulos gravámenes que hubiere y causa del negocio jurídico si ésta existiera”. En consecuencia en ésta parte de la escritura debe hacerse una relación de los antecedentes del negocio jurídico que debe contener la escritura, señalando las características de los objetos, bienes o relaciones jurídicas cuando así proceda; ejemplo en la compra venta de un bien inmueble deberá ésta describir en ésta parte, señalando sus características y los gravámenes y limitaciones que el derecho del propietario tenga sobre de él”<sup>79</sup>.
- d. **ESTIPULACIÓN:** Es la parte principal de la escritura, ya que en ella está sistematizada la parte vital de la misma o sea su razón de ser; en ella es deber del profesional del derecho captar la voluntad de las partes y esmerarse en ella para transcribirla a la escritura, adaptándola a la ley.
- e. **OTORGAMIENTO Y AUTORIZACIÓN:** En esta última parte de la escritura se encuentran los requisitos de forma, que deben seguir de acuerdo con la ley como es la lectura total del instrumento, conformidad de los otorgantes, “fe del notario”, puede el notario haber tenido a la vista el título que corresponden al negocio jurídico y de haber hecho a los otorgantes las advertencias que corresponden según el acto o negocio que consten en documento, firma y autorización, El otorgamiento viene a ser la ratificación del contenido de la escritura y la autorización es la fe notarial

---

<sup>79</sup> Ibídem. pág. 199.



expresada en la firma y rúbrica del notario, convirtiéndose por ésta última etapa en instrumento público.

El Código de Notariado en vigencia en el título III instrumentos públicos, Artículo 29, trae las partes que contendrán los instrumentos públicos así:

**ENCABEZAMIENTO:** Artículo 29, en el inciso 10. “el número de orden, lugar, día, mes y año del otorgamiento”.

**COMPARECENCIA:** El mismo Artículo, inciso del 2º. al 4º. – 2º. “Los nombres apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes”; 3º la fe del conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento, y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles”; y 4º, la identificación de los otorgantes cuando no los conociera 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 estime conveniente.

**ESTIPULACIÓN:** Artículo 29, inciso 7º. “La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato”, como se ve, en ésta parte exige el código que se haga constar propiamente el negocio jurídico de que se trate.

**OTORGAMIENTO Y AUTORIZACIÓN:** Artículo 29, incisos 10 al 12., que dicen: 10. “La fe de haber leído el instrumento a los interesados, su ratificación y aceptación; II. “La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben prestar testimonio a los registros respectivos” y 12 “Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, presidida de las palabras ANTE MÍ”.

Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión de su dedo pulgar derecho y en su defecto, otro que especificará el notario y firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará 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.

Con respecto a la firma, deben firmar primero los otorgantes, luego los testigos y por último el notario, cabe advertir que la palabra firma viene de firmar, en bajo Latín firmarse, afirmar, dar fuerza o sea dar firmeza al documento, ya que es trazada por l parte interesada; si el otorgante no pudiere firmar, pondrá la impresión de su dedo pulgar derecho y en su defecto otro que especificará el notario, firmando por él un testigo.

El Código de Notariado trata de cada parte de la escritura, con las etapas que debe de tener llena cada una a cabalidad. Así el Artículo 31 del mismo trata lo referente a las formalidades esenciales de los instrumentos públicos.

## **2.8 Testigos en los testamentos**

El tratadista Clemente de Diego, atendiendo el derecho común español, lo define como “acto unilateral”, personalísimo, solemne, revocable, mortis causa, enderezado a disponer lo que queremos se haga después de nuestra muerte en los límites y condiciones impuestas por el derecho objetivo”

## **2.9 Testigos rogados o de asistencia**

Son los que firman a ruego de un otorgante que no sabe o que no puede firmar y por lo tanto sólo deja la impresión digital. Si fueran varios los otorgantes

que no supieran firmar, lo hará un testigo rogado, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho”<sup>80</sup>.

## **2.10 Testigos de conocimiento o de abono**

Son los que colaboran con el notario identificando al otorgante al cual conocen cuando este no puede identificarse con la cédula de vecindad o con pasaporte (para el caso de extranjeros, y debe a demás ser conocidos del notario)”<sup>81</sup>.

## **2.11 Formas de testamento**

Existen tres formas que son:

- a. Ológrafo
- b. Místico o cerrado
- c. Acto público o abierto”<sup>82</sup>

1. **TESTAMENTO OLÓGRAFO:** Es aquel escrito totalmente, fechado y firmado por la mano del testador.
2. **TESTAMENTO MÍSTICO (CERRADO):** La palabra místico significa secreto. Testamento místico es aquel que, redactado por el testador o bajo su dirección personal se presenta cerrado y sellado a un notario, quien levantará acta del testamento, suscribiéndola a continuación. Es una combinación del testamento ológrafo y de testamento por documento público o abierto.

---

<sup>80</sup> Muñoz, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial.** Pág. 85.

<sup>81</sup> Muñoz, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial.** Pág. 83.

<sup>82</sup> **Tratado práctico de derecho procesal civil.** Tomo V. pág. 554.

### **3. TESTAMENTO ABIERTO O POR DOCUMENTO PÚBLICO:**

**TESTAMENTO POR DOCUMENTO NOTARIAL:** Esta forma de documento público en tiempos antiguos, se uso en las regiones de derecho escrito empleándose en el testamento “nuncupativo”, o sea la declaración oral, hecha en presencia de siete testigos, pero siempre redactado por un notario; en las regiones de costumbres el testamento se otorgaba ante uno o dos notarios y dos testigos o ante el cura o vicario general, asistido de tres testigos.

En esta clase de testamento forzosamente ha de revelar las disposiciones, no solamente al notario, sino también a los testigos, requiriendo el cumplimiento de ciertas formalidades, en ésta clase de documentos los testigos han de hallarse presentes durante toda la redacción del documento, bajo pena de nulidad y de éste. La facción del documento comprende: el dictado, la escritura, la lectura y la firma.

Con respecto a los testigos éstos han de individualizarse, de modo que se puedan identificar de nuevo, éste debe de reunir las capacidades necesarias, la incapacidad natural se establece tomando en cuenta estar privado del uso de razón, no entender el idioma en que se redacta el testamento, el ciego y el sordo; por lo anterior se deduce que los testigos tienen como función comprobar la independencia del testador, además de regular las formalidades que se efectúan ante ellos.

En la legislación como todo documento de gran importancia, tiene que llenar una serie de requisitos, y formalidades generales de todo instrumento público, debe de llenar otros requisitos. Nuestro Código de Notariado en el Artículo 42 dice: La escritura pública de testamento, además de las formalidades generales contendrá las especiales siguientes:

1. La hora y el sitio en que se otorga el testamento.
2. La nacionalidad del testador.
3. La presencia de dos testigos que llenen las calidades que exige la ley.
4. Fe de la capacidad mental del testador a juicio del notario.
5. Que el testador exprese por si mismo su voluntad.
6. Que el testamento se lea clara y distintivamente por el testador o la persona que él elija y se averigüe al final de cada cláusula viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión bien de su voluntad.
7. Que si el testador no habla el idioma español intervengan dos intérpretes elegidos por él mismo para que traduzcan sus disposiciones en el acto de expresarlos.
8. Que el testador, los testigos, los intérpretes en su caso y el notario, firmen el testamento en el mismo acto.
9. Que el testador no sabe o no puede firmar, ponga su impresión digital y firme por él un testigo más, que deberá reunir las mismas calidades que los testigos instrumentales.

## **2.12 Formalidades esenciales**

Las formalidades esenciales son:

- a. La hora en que se otorga
- b. La presencia de dos testigos
- c. La expresión por el testador de su última voluntad
- d. La lectura del testamento o de la donación en su caso
- e. Las firmas del otorgante o su impresión digital en su caso; de los testigos del notario y de los intérpretes si los hubiere.

## **2.13 La necesidad de testigos para la elaboración de instrumentos públicos y su evolución**

La legislación de Guatemala, siempre ha exigido a los notarios para la elaboración de instrumentos públicos la comparecencia de testigos, así aún en la ley anterior del notario, Decreto Legislativo 2153 en vigencia hasta la promulgación del actual código, encontramos que el Artículo 11 establece que solo lo dispuesto por la ley para casos especiales, en toda escritura pública, acta o diligencia notarial, intervendrán dos testigos instrumentales idóneos.

Por ello tanto en las escrituras públicas en general que la citada ley del notariado anterior, además de lo indicado, especifica como requisito del documento en el inciso 3º. Del Artículo 22, “La presencia de dos testigos aptos según la ley y vecinos del lugar donde se otorga el instrumento, expresando sus nombres y apellidos”.

Agrega como exigencia especial en el propio inciso, que en los casos de testamento y donaciones por causa de muerte su revocación o modificación, los testigos serán por lo menos tres.

Lo expresado últimamente se encuentra ratificado por el Artículo 849 del Código Civil anterior, Decreto Legislativo 1,932 que en su inciso tercero, exigía como requisitos y formalidades en la escritura pública de testamento la concurrencia de un testigo hábil más de manera que los testigos que concurren sean tres.

En las actas notariales la propia ley en su Artículo 45 establecía, que en toda acta notarial, el notario debería asociarse de dos testigos con las calidades expresadas por la Ley; como en la legalización de firmas también de dicha ley,

además de lo expresado en general en los instrumentos públicos, en el inciso 2º del Artículo 36, exige que se hagan constar los nombres y apellidos de los asignatarios y testigos quienes deberían de llenar los requisitos legales.

Sin embargo, tales disposiciones están ya modificadas, pues como dejamos indicado, el Código de Notariado de Guatemala, al referirse a los testigos deja a criterio del notario el asociarse de ellos, señalando únicamente la obligación que tiene de ser asistido por dos testigos, en los casos que deba autorizar una escritura de testamento o de donación por causa de muerte.

Es decir, que fuera de los dos casos expresados, el notario podrá actuar en todo caso sin necesidad de testigos y únicamente le confiere la ley la facultad de hacerlos comparecer en el instrumento público en los casos en que considere necesaria su presencia, si tomamos en consideración que la “FE PÚBLICA” es la facultad de que están investidos los funcionarios para dar certeza y veracidad a los hechos que presencia, a los actos, contratos y actuaciones que pasan ante sus oficios, y que el notario en su carácter de tal, está investido de tal facultad después de haber llenado todos los requisitos exigidos por la ley.

Lo vertido en los documentos que son autorizados por él, debe ser tenido como cierto y creído sin ninguna reserva, no se justifican circunstancias en las cuales esa “FE PÚBLICA” que constituye el fundamento y razón de su ejercicio profesional pueda encontrarse debilitada y perderse en parte, para que haya necesidad de apuntarla o reforzarla con testigos.

De tal manera que como lo indica el citado Artículo, si el notario puede realizar y fraccionar los documentos para los cuales está autorizado por la ley, sin necesidad de testigos porque su FE PÚBLICA conlleva todas las facultades necesarias para que tengan fuerza de veracidad tales documentos, no hay razón

para que puedan suponerse actos en los cuales necesita la presencia de testigos y menos aún que esté obligado por la ley asociarse de ellos en otros.

Yo en lo personal me inclino por impugnar la supresión de los testigos en el instrumento público en general, es decir que no estoy de acuerdo con el otorgamiento de instrumentos públicos, cualquiera que sea su naturaleza sin la presencia de testigos con las formalidades que exige la ley, de ésta manera la fe pública del notario quedaría suficientemente apuntalada por la ley y testigos para certificar la verdad de lo contenido en los documentos, actas, escrituras y certificaciones que autorice.

Con lo anterior damos a entender que serían más amplias las obligaciones del notario al asociarse de testigos con las formalidades que exige la ley, pero sus actos y contratos tendrían más veracidad y formalidad y por lo consiguiente credibilidad para los otorgantes.

No creo correcta la transformación, que ha venido sucediendo en las normas notariales con respecto a los testigos, que fueron anteriormente sobre todo en los testamentos, un número crecido, ha ido disminuyendo paulatinamente e incluso hubo época en que el derecho, sobre todo en Francia, como afirma Planiol, se exigía la presencia de más de un notario, para la autorización de determinados actos, lo cual es evidente que ha venido disminuyendo y declinado.

Hasta el caso de que como hemos indicado, que en nuestra legislación es potestativo del notario asociarse de testigos o no, siendo solo obligatorio, como ya indicamos en los testamentos y donaciones, con lo cual nos hace pensar que llegarán basados solo en la fe pública del notario y esto no debe de darse



porque tales instrumentos públicos como todos en general quedarían con un debilitamiento legal.

#### **2.14 Actuación de los testigos en la función notarial de acuerdo a la legislación vigente**

Algunos tratadistas del derecho notarial, son partidarios de que la intervención de los testigos en el instrumento público debe mantenerse; pero hay otro grupo que sostiene la teoría de que la intervención de los testigos debe eliminarse totalmente; y hay otros que están de acuerdo con la eliminación de los testigos, pero que debe de haber algunas excepciones. Todo lo anterior de origen a teorías con respecto a la intervención de los testigos, que estudiaremos en un capítulo a parte. Por el momento nos interesa la posición que tiene nuestro Código de Notariado vigente.

#### **2.15 Régimen legal de la participación de testigos en la función notarial**

El Código de Notariado vigente, Decreto 314 del Congreso de la República, en lo que se refiere a la intervención de testigos instrumentales, está con los tratadistas que favorecen la teoría eléctrica, ya que le da la posibilidad al notario de poder asociarse de ellos en los actos o contratos intervivos, no lo obliga; pero si es obligatoria su intervención en las escrituras de testamentos y donaciones por causa de muerte, tal como lo preceptúa el Artículo 51 que dice: El notario podrá asociarse de testigos en los actos o contratos que autorice. Pero si se tratare de testamento o donaciones por causa de muerte, ya no se trata de sí se podrá sino de que debe asociarse de testigos que exige la ley.

Cuáles son los testigos que exige la ley?. Con respecto a esto el Artículo 42 numeral 3 del Código de Notariado dice lo siguiente: “La escritura pública de testamento además de las formalidades generales tendrá las especiales siguientes: en su numeral 3, la presencia de dos testigos que reúnan las calidades que exige ésta ley.”

El Artículo 43 del mismo código establece: las escrituras de donación por causa de muerte contendrán las mismas formalidades que el testamento.

El Artículo 44 del referido Código de Notariado dice: en los testamentos y donaciones por causa de muerte, son formalidades esenciales, además de las consignadas en el Artículo 31 las siguientes: en el numeral 2 dice: la presencia de 2 testigos. . . , en el numeral 5 dice las firmas de los otorgantes o su impresión digital, en su caso de los testigos, el notario y de los intérpretes si los hubiere.

En Guatemala, en la práctica notarial, el notario usualmente no hace uso de esa posibilidad de asociarse de testigos tal como lo dice el Artículo 51 del Código Notarial vigente, los ha eliminado en los actos y contratos intervivos.

El notario no utiliza a los testigos instrumentales en los actos o contratos intervivos, en primer lugar porque estima que la fe pública le corresponde solamente a él ya que él está investido de fe pública que es la que da autenticidad y legalidad a sus actos notariales. Los actos que autoriza el notario se tienen como ciertos, no se puede dudar de ellos.

En segundo lugar el notario no utiliza a los testigos instrumentales en los actos y contratos intervivos, porque no los necesita y la ley no lo obliga, lo deja a su libre albedrío.

En cambio si se asocia de testigos instrumentales en las escrituras de testamentos o donaciones por causa de muerte, ya que en éstos casos intervienen como un requisito exigido por la ley, porque así lo establece la legislación notarial vigente en Guatemala. Puede decirse que la ley si obliga al notario asociarse de ésta clase de testigos en éstos casos.

Como ya se mencionó anteriormente el Código de Notariado vigente es seguidor de la teoría eléctrica, pues a pesar de que no está entre los que no favorecen la intervención de testigos en el instrumento público, si obliga su intervención en las escrituras públicas de testamentos y donaciones por causa de muerte.

### **2.16 Los instrumentos públicos cuya asistencia de los testigos es obligatoria**

**LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES EN EL TESTAMENTO:** Salvo en el testamento ológrafo que no ésta permitido por nuestra legislación, en todos los demás la ley exige la presencia de testigos instrumentales, además de la del testador como requisito esencial para darle validez al acto de testar. El legislador ha pretendido normar convenientemente la potestad que tienen el testador de disponer de sus bienes para después de su muerte, para ello, el legislador ha establecido mayor número de requisitos con la finalidad de garantizar, asegurar, la libertad y autenticidad del acto testamentario.

### **2.17 Los testigos instrumentales en el testamento abierto por acto público**

Nuestra legislación notarial establece que en la escritura pública de testamento deben de concurrir dos testigos que reúnan las calidades que exige la ley. Así lo preceptúa el Artículo 42 del Decreto 314 del Congreso de la República que contiene las formalidades especiales para testamentos en los

incisos 3º, 8º, y 9º, que dicen: 3º. La presencia de dos testigos que reúnan las calidades que exige la ley. 8º. Que el testador, los testigos, los intérpretes en su caso y el notario, firmen el testamento en el mismo acto, y 9º. Que si el testador no sabe o no puede firmar, ponga su impresión digital y firme por él un testigo más, que deberá reunir las mismas calidades de los testigos instrumentales.

## **2.18 Los testigos instrumentales en la donación: (concepto)**

Existen diferentes conceptos en cuanto a esta institución jurídica, la palabra donación es susceptible de ser empleada en un sentido amplio como acto de liberalidad o en sentido estricto destacando el valor de los elementos singulares; uno subjetivo, animus donandi; y otro objetivo, el desprendimiento patrimonial del donante con el correspondiente enriquecimiento del donatario.

Puig Peña refiere el concepto del Código Español contenido en el Artículo 618. “La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otro que la acepta”.

Tres son los elementos de esa definición: el acto de liberalidad la disposición gratuita del bien o valor y el beneficio del donatario al adquirirlo.

Planiol Ripert señala “la donación es un acto jurídico que se realiza a fin de efectuar una transmisión gratuita de un valor a favor, de un beneficiario determinado y que debe, de acuerdo con la ley, hacerse en forma auténtica.

En la definición anterior se destacan el acto de liberalidad, la transmisión gratuita de un valor, el beneficio que percibe el donatario y la formalidad de ese acto jurídico.

## 2.19 Cuándo es obligatoria la asistencia de testigos

Aquí nada más estaremos hablando de la clase de testigos instrumentales: a los que esta obligado asociarse el notario en su otorgamiento, por ejemplo en las donaciones y testamento.

**CLASES DE DONACIONES:** La distinción tradicional consiste en clasificar la donación intervivos y la donación mortis causa. En el derecho romano eran donaciones intervivos las que se hacían sin tomar en cuenta la muerte del donante siendo irrevocables. . . la donación mortis causa, las otorgadas por causa o motivo de muerte, siendo revocable.

- a) La Liberalidad se hace por motivo de la muerte del donante.
- b) Puede revocarla el donante.
- c) Surte sus efectos cuando el donante fallece.

Esto el lo caracteriza específicamente por causa de muerte. En las legislaciones contemporáneas de Suiza, Colombia, México, Uruguay, Paraguay y otros países sin llegar a la supresión de la donación Mortis Causa, la incluyen y regulan Alemania y Argentina conservan el concepto tradicional de la donación por causa de muerte.

Puig Peña: Refiere que el Código Civil Español abandonó el sentido tradicional de la distinción entre donación intervivos y las mortis causa,

## 2.20 Testigos instrumentales en la escritura pública, de testamento y de donación *mortis causa*

**ESCRITURA PÚBLICA:** En nuestra legislación no encontramos un concepto de escritura pública por lo que recurriremos a la doctrina que sí nos proporciona una gran variedad de conceptos.

Sancho Tello, citado por Ignacio de Casso y Romero, dice que la escritura pública es la original redactada por el notario sobre el acto sometido a su autorización, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales y de conocimiento en su caso y firmada y asignada por el mismo notario”<sup>83</sup>. Este tratadista da una definición en sentido estricto y omite la característica esencial de la escritura pública que consiste en contener una declaración de voluntad.

El tratadista Óscar Salas, expone que: La Locución escritura pública tiene dos significados; uno amplio y otro estricto. El primero abarca todas las escrituras que figuran en el protocolo, bien contengan o exterioricen un negocio jurídico o simplemente un hecho. Así entienden la escritura la ley notarial de Costa Rica, que no distingue entre escritura pública y acta. En sentido estricto escritura designa únicamente el instrumento notarial que contenga una declaración de voluntad”<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Decasso y Romero, Ignacio. **Diccionario de derecho privado**. Tomo I. Pág. 1806.

<sup>84</sup> Salas, A. Óscar. **Derecho notarial Centro América**. Pág. 281.

## **CAPÍTULO III**

### **3. Personas con capacidad que pueden intervenir en actos o contratos**

#### **3.1 Clasificaciones**

Tenemos distintas clases de incapacidades, dentro de ellas clasificamos las siguientes y en la medida del desarrollo del presente ejemplo conceptual analizaremos cada una de ellas:

- a. Incapacidad Civil
- b. Incapacidad del Sordomudo
- c. Incapacidad para suceder
- d. Incapacidad para Testar
- e. Incapacidad Penal
- f. Incapacidad Procedente del Delito
- g. Incapacidad Procedente de Faltas de Moralidad
- h. Incapacidad Procedente de la Falta de Confianza
- i. Incapacidad Proveniente de Ciertas Incompatibilidades, etc.

#### **3.2 Concepto general de incapacidad**

Defecto o falta total de capacidad, de aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones. Inhabilidad, ineptitud, incompetencia. Falta de entendimiento, torpeza, imposibilidad mayor o menor de valerse por si mismo.

### **3.3 Incapacidad civil**

Carencia de aptitud legal para ejercer validamente determinados derechos. La incapacidad puede estar referida a diversas ramas del derecho, según veremos en las voces siguientes. Pero el civil, significa la falta de capacidad para realizar actos de disposición o actos de administración; así como también para hacer, dar, recibir, transmitir aceptar alguna cosa, contraer matrimonio, ejercer la patria potestad, la tutela y la curatutela, etc.

La llamada total, cuando impide en absoluto la facultad de obrar, tal es el caso de los menores impúberes, de los enajenados mentales y de sordomudos que no saben darse a entender por escrito, habría que añadir, o por algunas de las otras fórmulas que hoy se conocen para que tales deficientes puedan comunicarse con el mundo exterior, se llama parcial cuando inhabilita para ejercer ciertos y determinados actos.

Otra clasificación de incapacidad civil es la que tienen en cuenta el cual puede estar en la naturaleza, como en los casos presididos o en la Ley, tal la situación del pródigo del sujeto a interdicción o del penado. Es llamada de derecho cuando está referida a la ineptitud legal para el goce de uno o más derechos, la cual es considerada como relativa, porque no hay ninguna persona que no disfrute de algún derecho; y de hecho, cuando dimana de la imposibilidad o de la prohibición de ejercitar de los derechos que se tienen.

### **3.4 Incapacidad del sordomudo**

El individuo sordomudo puede ser tal a consecuencia de un defecto congénito o por un mal adquirido que afecte su sistema auditivo. Pero cualquiera que sea etiología de su mal, la consecuencia es que no percibe los sonidos del



mundo que lo rodea y tampoco puede reproducirlos, cuando ésta incapacidad de comunicación está sólidamente parcialmente, por la posibilidad de entender por escrito, la ley considera al sordomudo como un individuo normal; pero cuando no puede hacer, se le considera incapaz para los actos de la vida civil.

### **3.5 Incapacidad para suceder**

Está representada por aquellas circunstancias que, de acuerdo con la ley, impiden la sucesión hereditaria. En otros términos toda persona tiene capacidad para suceder, siempre que no se encuentre incurso en una causa de incapacidad. Entre esas causas figuran la de quien no está concebido al tiempo de la muerte del causante, así como todas aquellas que afectan la dignidad para suceder.

### **3.6 Incapacidades para suceder**

Conforme al Artículo 924 del Código Civil, son incapaces para suceder como herederos o legatarios por causa de indignidad:

1º: El que hay sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o los padres, hijos, cónyuge, conviviente de hecho o hermanos de ella. Esta causa de indignidad subsistirá no obstante la gracia acordada al criminal o la prescripción de la pena.

2º. El heredero mayor de edad que, siendo sabedor de la muerte violenta del autor de la sucesión, no la denunciare a los jueces en término de un mes, cuando sobre ella no se hubiere procedido de oficio. Si los homicidas fueren ascendientes o descendientes, cónyuge o conviviente de hecho o hermanos del heredero, cesará en ésta la obligación de denunciar.

3º. El que voluntariamente acusó al autor de la herencia, de un delito que merezca por lo menos la pena de un año de prisión.

4º. El condenado por adulterio con el cónyuge del causante.

5º. El pariente del autor de la herencia si, habiendo estado éste de mente y abandonado no cuidó de él, de recogerlo o asilarlo en establecimiento público, si hubiere podido hacerlo.

6º. El padre o la madre que haya abandonado a sus hijos menores de edad o que los haya corrompido o tratado de corromper, cualquiera que sea la edad de los hijos.

7º. El que con dolo o coacción obligará al testador a hacer testamento, a cambiarlo o revocarlo.

8º. El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento o revocar el que estuviere hecho o suplantare, ocultare o alterare otro testamento posterior; y

9º. El que ejerciere violencia sobre el notario o testigos, para impedir el otorgamiento del testamento, o para conseguir que se teste a su favor o a favor de otra persona.

Dichas incapacidades no se aplican cuando el causante así lo dispone en testamento posterior a los hechos que las hayan producido Artículo 925 del Código Civil.

Otras incapacidades para suceder previstas en el Artículo 926, en razón, esencialmente, por la influencia que las personas comprendidas en esas incapacidades pueden tener en el ánimo del testador.

La indignidad del padre o de la madre o de los descendientes, no daña a sus hijos o descendientes, ahora suceden por derecho propio o por representación. En éste caso, ni el padre ni la madre, tienen sobre la parte de la herencia que pasa a sus hijos, los derechos de administración que la ley reconoce a favor de lo padre, Artículo 927.

Por último dispone el código que solo puede deducirse acción para declarar la indignidad del heredero, dentro de dos años de que el indigno esté en posesión de la herencia o legado. No se podrá intentar ésta acción en contra de sus herederos, sino se ha iniciado durante la vida de éste. No produce efectos la acción de indignidad contra terceros de buena fe Artículo 926 del Código Civil.

Los preceptos legales referidos tienen atinencia con las personas que según el código no pueden ser herederos. A sentido contrario, debe entenderse que toda persona no comprendida en esas incapacidades, tiene plena capacidad para heredar a título universal o a título particular.

### **3.7 Incapacidad para testar**

Como quedó expuesto, existe incapacidades para heredar o ser legatario que el Código llama causa de indignidad. Estas incapacidades no deben de confundirse con las incapacidades para testar, que se verán a continuación. Según lo dispone el Artículo 945 del Código Civil, están incapacitados para testar:

1º. El que se hay bajo interdicción.

2º. El sordomudo y el que hubiere perdido el uso de la palabra, cuando no pueden darse a entender por escrito. Esta disposición obedece a que el testamento, sea cualquiera su forma, debe constar por escrito.

3º. El que al estar bajo interdicción no gozare de sus facultades intelectuales y volitivas por cualquier causa, en el momento de testar. De acuerdo con lo que dispone el Artículo 42 inciso 4º. Del Código de Notariado, el notario debe dar fe, a su juicio, de la capacidad mental del testador, o sea que el Notario le corresponde determinar si quien desea hacer testamento goza o no de sus facultades intelectuales y volitivas.

### **3.8 Incapacidad penal**

Es la carencia de capacidad para discernir entre lo que está permitido hacer y lo que está prohibido representa, en lo que a los delitos se refiere, la causa principal de exención de responsabilidad penal o de atenuación de la misma; ya que es susceptible de diversos grados, y puede estar originada en consideración a la edad o a la enajenación mental. Por otra parte quien ha sido condenado penalmente, de modo especial si está privado de Libertad, se encuentra afectado por una limitación por una limitación de su capacidad civil de carácter relativo.

Los cargos de tutor y protutor envuelven una especie de función pública, para cuyo desempeño se deben de reunir las condiciones más exquisitas en orden a la moralidad y buena fe. Por ello las legislaciones de muchos países, desde un principio exigieron determinados requisitos para que una persona pudiera determinarlos, como fue establecer normas para determinar la incapacidad de los tutores y protutores, a la vista de las mismas podemos

establecer ésta regla general: para ser tutor o protutores preciso tener la plena capacidad civil y probada moralidad.

Los autores españoles de principio del siglo acostumbraron a dividir las incapacidades atendiendo a cuatro puntos de vista.

### **3.9 Incapacidad procedente de delito**

Estas incapacidades comprenden: Los que hubieran sido penados por los delitos de robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores o escándalo público. Estos delitos suponen en su autor una falta de probidad o un extravío en su línea sexual.

La comisión de ellos autoriza suponer que puede sufrir perjuicio el patrimonio material o espiritual del menor incapaz y ello constituye su razón de ley. Los condenados a cualquier pena privativa de libertad mientras están sufriendo la condena. En su redacción la legislación española preceptuaba que no podían ser tutores o protutores los condenados a cualquier pena mientras no la extinguían.

La orientación de varias legislaciones coinciden exactamente, la citada Ley de España de 1,958, tiene un sabor más moderno. OYUELA los afirma acertadamente que los que están sufriendo una pena corporal o por mejor decir, una pena privativa de libertad es lógico que queden inhabilitados, dada por lo menos la imposibilidad física de desempeñar su cargo mientras dure la prisión.

### **3.10 Incapacidad procedente de faltas de moralidad**

Este grupo comprende los siguientes apartados: A) Los que hubieren sido removidos legalmente de otra tutela anterior, no obstante la adición general de ésta inhabilitación, entendemos que la remisión de la anterior tutela a de ser debida a falta de negligencia en la administración. Si es por motivo diverso, creemos, de acuerdo con los precedentes romanos consignados en el digesto, que no habrá lugar a ésta causa de incapacidad. B) Las personas de mala conducta o que no tupieren manera de vivir conocida.

Como dice un actor si el código priva de la patria potestad a los padres de mala conducta, con mayor o igual motivo ha de arrebatar el poder punitivo al tutor o protutor incurso en igual defecto o vicio. Ya se consignaba ésta causa en la legislación de partidas de España; algunos códigos modernos prefieren señalar, dado el carácter penal del precepto las distintas causas que lo determinan.

### **3.11 Incapacidad resultante de la falta de confianza**

Estas son las siguientes: a) Los quebrados, concursados y no rehabilitados. En éstos por virtud de declaración de quiebra o del concurso pierden la facultad de administrar sus bienes propios, lógicamente deben de quedar incapacitados para administrar los bienes de los demás; b) Los que al deferirse la tutela tengan pleito pendiente con el menor, sobre el estado civil o sobre la propiedad de tal circunstancia.

Toda vez que la existencia de pleito denota ya un estado anímico de oposición y próxima enemistad, incompatible con la función tuitiva de ésta institución, c) Los que adeuden a menores sumas de consideración, a menos,

que, con conocimiento de la deuda hayan sido nombrados por el padre o, en su caso por la madre.

La legislación de partidas siguiendo la orientación de las leyes romanas, estableció que los que fueran deudores de los mozos no podían ser guardadores de los mismos. Sin embargo el tribunal Supremo, en sentencia del 16 de octubre de 1,908, estimó que no se infringe éste precepto si la deuda quedaba plenamente justificada. d) Los parientes llamados a tutela legítima y el tutor testamentario que no cumplieren con la obligación de poner en conocimiento del Juez Municipal el hecho que da lugar a la tutela, en el momento que lo sepan.

En ese sentido el Tribunal Supremo, en sentencia del 1 de mayo de 1,894, ha declarado que incurre en ésta causa, el que, sabiendo su nombramiento testamentario como tutor el 20 de septiembre de 1,891, en que testó la causante, se lleva la menor al día siguiente de aquella y se incauta de sus bienes ejerciendo el cargo de tutor, sin ponerlo en conocimiento del Juez Municipal el 20 de febrero de 1,892.

### **3.12 Incapacidad proveniente de ciertas incompatibilidades**

En este apartado se encuentran:

- a. Los que están sujetos a tutela, la razón de la exclusión es clara, Cómo se ha de tolerar que una persona sea tutor y esté al mismo tiempo sujeto a tutela? Si acaso se nombrara tutor a un loco, decía el Digesto, ello solo podría entenderse para el caso de que aquel recobrará la razón. Qué de los sometidos a la patria potestad? Aún cuando tratándose de tutores testamentarios.

- b. Los religiosos profesos: Entregado el religioso profeso por completo a la vida espiritual, no puede ocuparse de las cosas de éste mundo y en ello se funda la inhabilidad que estudiamos.

La legislación guatemalteca no hace énfasis al respeto, pero vale la pena al respecto hacer mención que también deben de ser incapacitados para ejercer el cargo de tutor los extranjeros y para los demás cargos públicos en que se suman masivas responsabilidades de carácter civil, político y social: La ley dice que los extranjeros naturalizados tienen los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones como los guatemaltecos naturales, sin embargo deben de quedar con algunas limitaciones como por ejemplo para tutores que es el caso que nos ocupa en éste momento.

### **3.13 Defectos físicos y enfermedad mental**

**INFLUENCIA SOBRE LA CAPACIDAD:** Según DIEGO ESPIN CANOVAS; Se suele distinguir a efectos sobre la capacidad entre enfermedades físicas y mentales. Las enfermedades o defectos físicos y mentales. Las enfermedades o defectos físicos no tienen en el Derecho Moderno la influencia en el Derecho Feudal, en que la personalidad dependía de la aptitud para llevar las armas, por lo que ciegos, sordomudos, etc. eran capaces para suceder por Derecho Feudal.

En el derecho moderno los defectos físicos no constituyen, generalmente, causas de incapacidad, sino que más bien condicionan o limitan el ejercicio de determinados actos que con dichos defectos no se está en condiciones de realizar. Únicamente la sordomudez es causa de incapacidad, si bien los modernos métodos educativos de los sordomudos hacen que las tendencias de



las legislaciones modernas sea la de aumentar el grado de capacidad de éstos seres en relación con la mayor aptitud adquirida para el ejercicio de los derechos.

En realidad, la incapacidad del sordomudo se considera proveniente más que del defecto físico, de la debilidad intelectual que ocasiona, debilidad que la ley presume de la exigencia de aquellos defectos, por lo que se estima que ni un defecto completo de educación atrofiado en los sordomudos la inteligencia, estamos en el caso de la imbecilidad o enfermedad mental. También en algunas legislaciones se considera como causa de incapacidad la ceguera cuando es de nacimiento o de primera infancia, pero también a éste defecto le son de aplicar las consideraciones hechas sobre la sordomudez.

Frente a las enfermedades o efectos físicos que en el derecho moderno no son, por regla general, causa de incapacidad, las enfermedades mentales, por el contrario, constituyen una de las causas de incapacidad. En éstas enfermedades se distinguen las de carácter permanente y las que suponen un estado transitorio, como el producido por la embriaguez.

Sonambulismo, delirio febril etc. Solamente la enfermedad mental permanente da lugar a la incapacitación general del que la padece, mediante el correspondiente procedimiento judicial. Los estos de perturbación pasajera no están regulados en gran parte de las legislaciones Latinas; en cambio, el Código Alemán declara que el estado de inconciencia o las perturbaciones meramente transitorias de la actividad del espíritu no determinan la incapacidad de obrar, pro son nulas las declaraciones de voluntad emitidas en tales estados.

De acuerdo con la orientación del derecho moderno, no considera la enfermedad y los defectos físicos como causas de incapacidad fuera del caso

del loco y del sordomudo. Solo estos casos los defectos físicos no producen una incapacidad general, sino que tan solo privan del ejercicio de aquellos actos para los cuales es un obstáculo determinado defecto físico.

En este sentido, es decir, como incapacidad para determinados actos concretos, tienen influencia sobre la capacidad los siguientes defectos: la impotencia que priva del matrimonio. Los ciegos y en general los que no sepan o no puedan leer, no pueden hacer testamento cerrado; Los ciegos o los totalmente sordos o mudos están inhabilitados para ser testigos en los testamentos y en general los ciegos y los sordos en los casos cuyo conocimiento depende de la vista y del oído.

La ceguera y la sordera, además de producir la incapacidad para ciertos actos, condicionan el ejercicio de otros, principalmente los testamentos, sometiénolos a requisitos especiales que también se exigen en casos de simple mudez.

De la sordomudez y de la enfermedad mental son carácter permanente nos ocupamos a continuación. En cuanto a los trastornos mentales no determinan incapacidad permanente, pero se estima que son nulas las declaraciones de voluntad emitidas en esas condiciones, citándose en apoyo de dicha nulidad la disposición que declara la incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

**La incapacidad del loco:** La demencia, a la cual equipara el Código Alemán, la imbecilidad, es una de las causas de incapacidad que enumera el Artículo 32-2. El código sujeta a tutela a los locos de mentes, aunque tengan intervalos lúcidos, pero para el sometimiento a la potestad tutelar es precisa la

previa declaración judicial de incapacidad. El loco puede encontrarse, por tanto, sin estar incapacitado judicialmente o declarada judicialmente su incapacidad.

La incapacidad del loco judicialmente declarada es plena. El Código Alemán, a diferencia de lo que hace con la incapacidad del sordomudo no regula la graduación de la incapacidad del loco. Además, en diferentes ocasiones el código se preocupaba por señalar la incapacidad del loco en relación con determinados actos; así se les declara incapaces para contraer matrimonio, para otorgar testamentos, salvo en intervalos lúcidos, para prestar el consentimiento necesario para contratar, para ser testigo en general y en los testamentos.

Todas éstas incapacidades especiales afectan al loco, esté o no judicialmente su incapacidad. La declaración judicial de incapacidad es causa de suspensión de la patria potestad e inhabilita para los cargos titulares.

El Código Alemán: establece expresamente la capacidad del loco para otorgar testamento en intervalo lúcido, exigiendo determinados requisitos que garanticen su lucidez. A la vista de ésta disposición, la doctrina se ha planteado la cuestión de que se tendrá el loco en intervalo lúcido, capacidad para realizar algún otro acto de los que tienen carácter personalismo. El debate ha girado, principalmente, en torno a la posibilidad de contraer matrimonio durante intervalo de lucidez. Se niega la validez de dicho matrimonio ante la consideración de que los fines matrimoniales son opuestos al estado del loco, aunque tenga intervalos lúcidos.

A favor de su validez se alega que el matrimonio no solo puede contraerse para crear una nueva vida marital, sino también para legalizar situaciones anteriores, como, por ejemplo, legitimar, por subsiguiente matrimonio, hijos naturales habidos fuera de él; se sita también, en apoyo de ésta interpretación,

un texto literal jurídico la analogía con el criterio de permitir el loco hacer testamento en momento de lucidez.

Los actos realizados por el loco después de su incapacitación son nulos, discutiéndose el carácter de ésta nulidad, en relación con los contratos y basados en lo que regula la nulidad relativa o anulabilidad, se refiere a los incapacitados, se sostiene que el consentimiento otorgado por el incapaz no termina la inexistencia del contrato, sino solo una impugnabilidad del acto, es decir una nulidad relativa. Por el contrario, con más fundamento se afirma que la falta de consentimiento que se da a los contratos realizados por el loco, supone la inexistencia del contrato.

A nuestro juicio el caso del trato del loco es un caso de nulidad absoluta o inexistencia, ya que adolece de la falta de uno de los requisitos esenciales exigidos, sin que sea equiparable al caso del menor de edad con discernimiento, cuyo consentimiento, aunque puede ser impugnado, no implica la falta absoluta del mismo, único defecto que en orden al consentimiento determina la inexistencia del contrato.

La declaración de la incapacidad no implica la nulidad de los actos anteriores de incapacitado. En cuanto a los actos realizados por el loco que no ha sido declarado incapaz adolecen de la misma invalidez que los del loco declarado incapaz, pero es menester probar que al tiempo de realizarlo se encontraba en estado de demencia. Por consecuencia la incapacidad del loco es una incapacidad natural que arranca de la propia enfermedad y no de su declaración judicial, sin que ésta suponga a éste respecto más variación que la de dispensar la de la prueba de la demencia al que impugne un acto realizado por el loco.

### **3.14 Incapacidad del sordomudo**

La legislación española, en su Artículo 32 cita la sordomudez entre las causas de la incapacidad, pero de otros preceptos del código se deduce que la sordomudez en sí no basta para producir una incapacidad general, sino únicamente cuando se da en personas que no sepan leer y escribir, es decir cuando imposibiliten la comunicación del pensamiento.

El sordomudo que no sabe leer y escribir está sujeta a tutela, pero se requiere la previa declaración judicial de la incapacidad; pero ésta tutela a diferencia del loco, no es plena, sino graduada, fijándose en la declaración de incapacidad su extensión y legítimos según el grado de incapacidad de los sometidos a ella.

La incapacidad del sordomudo no sabe leer ni escribir es, por tanto, mayor o menor según los términos de la declaración. Aunque el Código Español no lo declara, se estima subsistente la incapacidad del sordomudo que no sabe leer ni escribir para otorgar testamento. La jurisprudencia reconoce la necesidad de graduar la extensión de ésta incapacidad.

### **3.15 La legislación guatemalteca y las personas con incapacidad que pueden intervenir en actos o contratos**

ARTÍCULO 8 del Código Civil Decreto 106, establece en su parte conducente: que la capacidad se adquiere para el ejercicio de los derechos civiles por la mayoría de edad. Se puede decir entonces que los menores de edad, son incapaces; pero el mismo ARTÍCULO 8 del mismo cuerpo legal

establece que los menores que han cumplido 14 años son capaces para algunos actos determinados por la ley.

Como por ejemplo, se puede tomar como casos concretos lo que establece el Artículo 81: que dice que puede contraer matrimonio el mayor de dieciséis años con la mayor de catorce, con la debida autorización de sus padres o quien ejerza en ellos la patria potestad.

El Artículo 132 del Código Procesal Civil y Mercantil: por los menores de edad prestarán declaración los representantes legales. Sin embargo si se trata de mayores de dieciséis años podrá pedir el articulante que la diligencia se practique con el menor en presencia de su representante legal.

Artículo 31 El Código de Trabajo dice: que tiene capacidad para contratar su trabajo, para percibir y para disponer de sus retribuciones convenidas y en general para ejercer los derechos y acciones que se deriven del presente código de sus reglamentos y de las leyes de Previsión Social, los menores de edad de uno u otro sexo que tengan 14 años o más y los insolventes y fallidos.

El Código Procesal Penal: También establece en el Artículo 213, **DECLARACIÓN DE MENORES E INCAPACES:** Si se tratare de menores de 14 años o de personas que por su insuficiencia o alteración de sus facultades mentales o por madurez no comprendieren el significado de la facultad de abstenerse, se requerirá de decisión del representante legal o en su caso de su tutor designado el efecto.

Con lo anterior se establece pues que los menores de edad son incapaces por su minoría de edad, pero que sin embargo son capaces para determinados

actos establecidos por la ley. Como en otros casos también de otras personas que más adelante se establecen en este mismo capítulo.

**INCAPACIDAD:** ARTÍCULO 9: Los mayores de edad que adolecen de enfermedad que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción. Pueden así mismo ser declarados en estado de interdicción, las personas que por el uso de bebidas alcohólicas o de estupefaciente, se exponen en ellas mismas al igual que a sus familias a graves perjuicios económicos.

La declaración de interdicción procede, desde la fecha en que se estableció en sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos; pero los actos anteriores a tal declaración pueden ser anulados si se prueba que la incapacidad existía notoriamente en la época en que se verificaron.

ARTÍCULO 10: Las perturbaciones mentales transitorias no determinan la incapacidad de obrar, pero son nulas las declaraciones de voluntad emitidas en tales situaciones.

ARTÍCULO 11: Después de la muerte del individuo, los actos realizados por él mismo no podrán impugnarse por incapacidad sino cuando la interdicción ha sido pedida antes de su muerte, o cuando la prueba de la incapacidad resulte del mismo acto que se impugna.

ARTÍCULO 12: La interdicción puede solicitarla indistintamente el Ministerio Público, los parientes del incapacitado o las personas que tengan contra él alguna acción que deducir; y termina cuando cesa la causa que la motiva y así lo declare la autoridad judicial a instancia de quienes tienen derecho a pedirla o del mismo declarado incapaz.

ARTÍCULO 13: Quienes padezcan de ceguera congénita o adquirida en la infancia, y los sordomudos tienen incapacidad civil para ejercitar sus derechos, pero son capaces los que pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

ARTÍCULO 14: finalmente este Artículo dice: que los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes legales.

### **3.16 Relación con otros derechos notariales en argumentos de solemnización al notariado latino.**

#### **3.16.1 Breve análisis comparativo**

La institución notarial guatemalteca pertenece a uno de esos grupos, que como es sabido, se denomina notariado latino, por oposición, básicamente, al Notariado Anglosajón. Sin embargo aún dentro del notariado latino o de tipo latino, existen características propias de uno o de otro sistema nacional y de varios autores sostienen que existen también como otro grupo, el notariado germano.

Según el criterio de clasificación que se adopte sea más o menos general, así también, se hace más o menos difícil coincidir en la existencia de sistemas característicos. En las líneas que siguen procuraremos delinear las características generales de éstos diversos tipos de notariado, para lo cual ofrecemos una clasificación que nos ha parecido aceptable y a su vez, haremos un intento por ubicar con la especificidad posible el sistema notarial patrio, no en cuanto a su género próximo que ya señalamos arriba, sino en cuanto a los puntos que distan de género, pasando finalmente a examinar, si en la práctica se ha justificado ese distanciamiento.



### 3.16.2 Clasificación

Como escribe GIMÉNEZ ARNAU, “Según se atiende a la naturaleza de la función al alcance de la misma, al modo de realizarla a la intervención del estado en ella o a los efectos del documento notarial, se puede establecer distintos criterios de clasificación del notariado en el derecho comparado. Con miras a la solemnización en argumentos mejores al notariado latino.

Siguiendo el criterio de la naturaleza de la función, que a su vez determina la naturaleza del funcionario, BELVER CANO ofrece la siguiente clasificación”<sup>85</sup>.

- a) **Notariado de profesionales libres:** Tipo Libre inglés en que al notariado es profesional privado e instrumento es un principio de prueba que ha de ser convalidado judicialmente.
- b) **Notariado de profesionales públicos:** Tipo profesional público alemán en que el notariado es una función pública de concesión del Estado, obligatoria y reglada y el instrumento tiene el valor de prueba reconstruida.
- c) **Notariado de profesionales funcionarios públicos:** Tipo funcionario público latino en que el notariado es una magistratura con delegación del Estado, obligatoria. Reglada y jurisdiccional restringido y el acto notariado y su instrumento público es la forma exterior válida de la mayoría de los actos jurídicos necesarios para su eficacia y prueba preferente, salvo la declaración de falsedad y nulidad.

Quedan situados dentro de éste grupo Francia, Italia, España, Portugal,

---

<sup>85</sup> Volver Cano, Antonio. **Principios del régimen Notarial comparado.** Pág. 19.

Bélgica y los países sudamericanos.

d) **Notariado de funcionarios judiciales:** En que el notariado es una magistratura judicial de la Jurisdicción cerrada y obligatoria y el instrumento público es una resolución judicial pública, erga omnes, los países incluidos en éste tipo que podría llamarse notariado germano, son ciertos estados alemanes y ciertos cantones Suizos.

Por otro lado, RUFINO LARRAUD<sup>86</sup> hace una síntesis a manera introductoria de varios criterios de clasificación y afirma que: una posibilidad sería de separar aquellos Notarios que están sujetos a predeterminación de números fijos de los oficios respectivos, notariado numerarios, para distinguirlos de aquellos en los cuales no existe esa limitación como en caso de Guatemala y precisamente el Uruguay; no poco interés, consistiría en atenerse al contenido preponderante a la función que se asigna inmediatamente al agente, escribanos, consejeros o juristas fedatarios o notarios fedantes.

Un tercer criterio podría tomarse en cuenta el hecho de que la organización corporativa se realizare o no mediante colegiación obligatoria: También se podría clasificar los sistemas según la naturaleza de la relación funcional, distinguiendo los notarios de funcionarios públicos, de aquellos en que el agente no tienen tal carácter.

En cuanto a este último punto, el autor al final citado indica que aunque la casi unanimidad de las leyes orgánicas y códigos notariales clasifican al agente como funcionario público, la doctrina entiende que no es tal por su naturaleza,

---

<sup>86</sup> Mayora Alvarado, Eduardo. **Breve análisis comparativo del derecho notarial.** Pág. 3.

sino que es un particular que desempeña una función pública, sistema que nosotros creemos que corresponde al sistema notaria patrio.

En sustento a ésta opinión resulta también interesante que LARRAUD al referirse al notariado uruguayo afirma que está organizado como profesional liberal, con absoluta dependencia técnica y plena libertad para administrar el oficio y prestar el servicio<sup>87</sup>, como ocurre con el notariado guatemalteco y concluye con que el notario es un diplomado universitario, que habilitado para ejercer la función notarial, ejerciendo conforme el régimen general de ella es un particular que ejerce, con diploma universitario, una función que la mayoría de autores considera pública, en parte al menos en su aspecto de fehaciencia.

Para los efectos de estas notas, quisiera proponer entonces que, sin perjuicio de la validez de nuestra clasificación, es aceptable la siguiente:

- a) El notariado libre por oposición al público, ejerciendo por particulares, no necesariamente juristas, que desarrollan una función meramente fedataria de efectos limitados en cuanto a la eficacia del documento general, ajena a su contenido, que responde como género al tipo anglosajón, y
- b) El notariado público de profesionales juristas, que aún cuando no sean funcionarios públicos, sí ejercen una función de carácter público, con efectos, no solo en cuanto a la autenticidad del instrumento, sino también en cuanto a su eficacia; y que además, por su condición de juristas, participan íntimamente en la redacción del contenido del instrumento notarial. Este tipo corresponde como género al notariado latino.

---

<sup>87</sup> Ob. Cit. Pág. 4.

Al proponer ésta clasificación no escapa a nuestra atención que, como precisamente se colige de la clasificación de BELVER CANO, que antes reprodujimos, muchos autores consideran que el notario latino sí es un funcionario público. Afortunadamente no nos hemos trazado como objetivo en ésta ocasión resolver éste punto de doctrina, bastante debatido por cierto. Para el análisis del derecho comparativo que nos ocupa que pudiera proporcionar mejores argumentos para solemnización del notario latino, el contenido de la función notarial en uno y otro tipo, ofrece ya suficientes diferencias para permitirnos lanzar algunas conclusiones.

En ésta línea de pensamientos, nos interesa además puntualizar una subclasificación en cuanto al notariado de otro tipo latino, siendo ésta que, sin perjuicio de la semejanza de su función notarial, existe naciones de notariado de tipo latino, no numerario; y otras, de notariado de tipo latino numerario.

En el notariado de tipo latino numerario, el principio es el de un número limitado de actuantes por oposición al ejercicio libre, que se sigue en Guatemala. Como un ejemplo del primero, en la República de Argentina, el número de notarías viene determinado en proporción a cierto número de habitantes y se accede al ejercicio del cargo por oposición, además, claro está haberse obtenido el título universitario respectivo y efectuado los trámites de Colegiación e inscripción en el registro que al efecto se lleva en la Corte Suprema de Justicia, se queda habilitado para el ejercicio de la profesión de notario.

#### **- Características de los tipos de notariado latino y anglosajón:**

En un afán más descriptivo de generalidades y no de particularidades, el Notariado de tipo anglosajón, responde a las siguientes características:

- a. El agente realiza una función meramente fedataria respecto de actos que se producen en su presencia, prácticamente adoptando el papel de un testigo, por así decirlo de profesión en el ámbito extrajudicial.
- b. Consecuentemente salvo algunas excepciones, su intervención en cuanto al documento y a la eficacia de su intervención, respecto al contenido del documento son muy limitadas.
- c. Lo anterior excluye la necesidad de su formación jurídica, además, que el documento en que el notario interviene, no adquiere, respecto de su contenido, ni eficacia probatoria ni autenticidad especial, sino en lo que a las firmas se refiere; y

Tal sistema notarial, se explica y fundamenta en un sistema contractual y procesal también característicos, en que los contratantes y los ciudadanos en general, no tienen fijada su expectativa de seguridad jurídica de sus manifestaciones de voluntad, en la intervención del notario. Pero por lo tanto, la solemnidad en lo contractual, no es sinónimo de eficacia, sino que más bien, el fondo, la causa eficiente de la transacción, sirve de base para titular los derechos de los contratantes: es más relevante el porque se pactó la obligación, que el cómo quedó plasmado el pacto.

El notario latino no responde a una concepción necesariamente contraria, pero sí distinta. La seguridad de las transacciones, sí viene determinada en buena medida por la forma y solemnidad del acto y claro está, de ahí deriva la gran importancia que en el contexto del tráfico jurídico, adquiere la función notarial.

Así como procesalmente, la forma de determinar con certeza los derechos y obligaciones de las partes, no se fundamente en derecho de tipo anglosajón en la solemnidad del documental, al documento notarial se le atribuye el valor de plena prueba. Obviamente las expectativas de seguridad jurídica de los contratantes en sus declaraciones de voluntad, en nuestro medio, descansan en gran medida, en la intervención de un notario, Más aún, ocurre con frecuencia en nuestra patria que el acta notarial, por ejemplo, se le atribuye por el público una eficacia probatoria y jurídica, que en muchos casos técnicamente no tiene.

De cualquier forma las características del sistema o tipo notariado latino, responden a la preeminencia que en el contexto jurídico sobre todo extrajudicial, pero también en el judicial, tienen la función notarial. Estas características generales pueden reducirse a las siguientes:

- a. El agente reúne las calidades de profesional del derecho y funcionario público, o al menos, que ejerce una función pública.
- b. Realiza una función directiva o docente, modeladora de la voluntad de las partes y autenticadora del acto o contrato.
- c. Cumple además una función fedataria respecto de determinados hechos que suceden en su presencia o le constan.

Por todo ello, está sujeto a un régimen legal y/o reglamentario de vigilancia que por otra parte no le resta, sino en lo fundamental autonomía técnica y funcional; y ejerce su función dentro de una organización corporativa,

Es importante, destacar que varios autores contemplan como una característica esencial del notario de tipo latino la demarcación territorial de la notaría, es decir, la limitación del número de notarios e incluso el acceso al oficio

por oposición u la garantía de inamovilidad. En pocas palabras consideran característico del notariado latino, la organización numeraria.

### **3.17 Nuestro sistema dentro del contexto descrito**

Si convenimos de que el notariado de tipo latino responde a una concepción altamente formalista, que persigue un grado de solemnización de actos y contratos, con el objeto, a su vez, de dotarlos de una especial eficacia jurídica y autenticidad probatoria, entonces no deja de ser justificado que la organización notarial refleje también especial disciplina que garantice la seguridad buscada.

Así, el sistema de notariado numerario coincidiría mejor con esa concepción, ya que admite mayores mecanismos de control, por razones obvias, que el notariado no numerario. La inclusión pues, que hacen los autores antes citados, es éste elemento como una característica propia del notariado de latino, no es incidental.

Por ejemplo, en la República de Argentina en donde históricamente a privado el sistema de notaría numeraria, algunas de sus provincias adoptaron temporalmente el sistema opuesto y según se comenta en la obra de LARRAUD, los inconvenientes de su aplicación fueron tales y tantos, que el notariado de cada demarcación donde estaba en vigencia reaccionó contra su aplicación y se obtuvo su inmediata derogación.

El sistema guatemalteco se aparta de la característica de la limitación del número de oficios, como es sabido. Hasta que punto esto se justifica o no técnicamente, es difícil precisar. Sin embargo ya decíamos antes que las especiales facultades probatorias y eficacia jurídica del instrumento notarial en el notariado latino, responden a características fundamentales en torno tanta al

agente, como al régimen de su función. Además las expectativas de los contratantes y del sistema jurídico en general, se centran en la solidez de la institución notarial.

Aunque sería injusto afirmar en su totalidad que el notariado guatemalteco no está sujeto a controles y vigilancia que procuren garantizar la seguridad jurídica que debe prevalecer en el que hacer notarial. La Dirección de Archivo General de Protocolos, inspecciona los protocolos de los notarios, éstos están obligados a remitir a esa dependencia testimonios especiales de los instrumentos que autorizan, así como avisos de las protocolaciones que realizan y de las cancelaciones que efectúan.

Sin embargo, soslayar que en la práctica, precisamente por seguir un sistema de notariado profesional libre, el número de escribanos en ejercicio es mayor que el que las autoridades respectivas pueden supervisar respectivamente.

Otro ingrediente interesante en nuestro sistema notarial es que aunque no necesariamente, la profesión de abogacía suele encontrarse fundida en la de notario en la misma persona.

El cliente, que suele ser ajeno a materias de técnica jurídica normalmente no discierne la diferencia entre ambas calidades y muchas veces también el propio profesional actúa sin plena conciencia de éste aspecto. Entonces, en la audiencia profesional, este último en tanto abogado, debe velar por la protección de los intereses de sus clientes; pero como notario debiera realizar una función docente respecto de ambas partes, tendiente a extraer su voluntad exacta para finalmente, darle forma jurídica y plasmarla en el instrumento público.



Por otro lado, en términos de calidad del escribano, nuestro sistema también permite la figura del “Notario Eventual”, que dedican doce a la vez, principalmente en ocasiones a otra profesión, no se ve obligado o su actividad no le permite, dedicar renovados esfuerzos a profundizar científicamente en lo notarial.

Pero entiéndase que el objeto de éstas notas no es hacer una crítica de nuestro notariado, sino que puntualizar los extremos en que otros notariados comparados de otros países distan regularmente del esquema general del notariado latino.

Además nuestro tipo no numerario ha permitido que muchas más personas tengan acceso a los servicios de un notario, el de su elección que de otra forma, hubiese sido imposible, o al menos más difícil. Esta última circunstancia se suma también a que la profesión del notario en nuestro medio no tiene un carácter, por si decirlo, exclusivista y el notario, se ve más obligado, a través de su buena ejecutoria a formarse un prestigio que le asegure una clientela estable y una posición profesional digna.

En el cuarto seminario realizado en Acapulco en 1,988 se trato el tema de las competencias notariales latinas ganadas y perdidas por el notariado de ésta parte del mundo. En aquella oportunidad, los distintos dirigentes notariales expusieron la situación real de sus Notariados respecto a los asuntos propios de su competencia como titulares de la fe pública notarial.

En el quinto seminario, llevado a cabo en la República Dominicana 1,994, al tratar los temas de incumbencias y perfil del notariado latino, se expuso nuevamente sobre la pérdida de competencia, en vinculación con los honorarios notariales las críticas que se le formulan, etc.

En el transcurso de éstos años se han producido importantes situaciones en diversos países del continente que de alguna manera han afectado la institución del notariado. La mayoría de nuestros países se encuentran inmersos dentro de las nuevas corrientes argumentadas en cuanto a lo económico y de libre mercado, que de una manera u otra ven en el notario de tipo latino características que no van acorde con aquellas. La limitación de actuantes, dentro del criterio “números clausus” y la aplicación de aranceles, las consideran trabas del notariado al libre juego de la oferta y la demanda.

Hay otros factores que pudieran ser que atentan contra el notariado latino, que merece estudiarlos para ver si es que atentan o nos pudieran proporcionar algún argumento de solemnización que nos pudiera dar mejores lineamientos en nuestro notariado: como pueden ser sus costos o la velocidad de las transacciones, como su rigurosidad formal.

Con todos estos hechos, las economías neoliberales intentan prescindir de la intervención del notario, reemplazándolo, encontrando formulas supuestamente más expeditivas y menos burócratas, que puedan eventualmente brindar alguna seguridad y menos sustitución a la otorgada por el notario. En éste contexto, no está demás decirlo, que existen grandes intereses económicos, principalmente de los Bancos, Financieras y compañías de seguros que se vuelven en los principales sustitutos de la seguridad que brinda el instrumento público notarial.

Valdría quizá la pena que en nuestro país introdujéramos importantes reformas legales, tal como ha sucedido en los últimos años en algunos países como: México, Argentina y Perú, han experimentado la dacción de normas legales que han introducido importantes reformas en su legislación, como la

creación de los corredores de comercio en el primero de los nombrados, para realizar algunas competencias notariales, en una suerte de competencia con los notarios; por su parte en Argentina; se dictaron normas de regulación de la economía de dicho país, que involucró al notariado, eliminado el arancel y abriendo el ingreso al notariado.

Otros países como Chile, han enfrentado propuestas de desregulización del notariado. Recientemente en Perú , se ha dictado un decreto que modifica el Código Civil, permitiendo el acceso al Registro Público de Documentos Privados, llamados formularios registrales, donde constarán actos y contratos que las partes celebren con el mismo valor que un instrumento público notarial.

Estos formularios serán preimpresos por la autoridad registral y bastará a los abogados llenarlos y certificar la firma de los contratantes, dejando constancia de su capacidad, libertad y conocimiento con que proceden, ejerciendo así parte de la función notarial sin ser notarios. Debemos informar también, que el gremio de abogados se encuentran muy interesados en presentar al Congreso de la República una propuesta de ley para declarar el ejercicio abierto del notariado, dentro del clima de competencia que preconiza la economía de libre mercado.

Este panorama nos ha llevado a formular nuestra propuesta, que el notario latino se sienta a estudiar y a reflexionar sobre los efectos que las economías de libre mercado, basadas en la libre competencia, la eliminación de trabas y sobre costos a las inversiones y generación de empleo, puedan tener en los sistemas jurídicos y notariales que imperan en nuestra región, así mismo, para aprovechar las experiencias de los países que han experimentado reformas en ese sentido y, por último, para tomar las medidas preventivas y evitar que acciones similares puedan tener un efecto expansivo.

El notario americano, puede y debe responder a los actuales momentos por los que atraviesa la realidad económica mundial, su aporte puede y debe ser aprovechado y no por el contrario, relegado o subestimado por decir lo menos. El tema merece especial interés y puede muy bien encontrarse una respuesta en el propio notariado de reevaluar la figura del notariado y la seguridad absoluta que da su intervención.

No fue la intención de ese seminario analizar las ventajas y desventajas del notariado latino en el otorgamiento de instrumentos públicos como tampoco fue encontrarle una solución a los casos no previstos o con cierto grado de negatividad del notariado latino, Es por el contrario una excelente oportunidad para analizar la realidad de nuestro notariado dentro del contexto de los principios que forman el notariado latino y por otro lado, para buscar y encontrar respuestas ala nueva realidad que se va bosquejando.

Por ello pedimos al notariado latino, haga llegar a la coordinación se seminarios, en forma sucinta, la realidad de su notariado y las alternativas que estime necesarias para la adaptación del notariado a los cambios económicos en que no movemos.

Cómo es su notariado, libre o cerrado, existe alguna modalidad de ingreso a la función? Los honorarios se cobran a través de aranceles o rige la ley de la oferta y la demanda.

Hablando de seminarios al respecto, se deberían de formular algunas interrogantes que nos sirvieran para encontrar conclusiones validas para nuestro Notario latino, a fin de que el notariado latino se encuentre en condiciones de brindar su aporte a la sociedad con al seguridad y la celeridad que el mundo de

hoy demanda, aprovechando para ello de las bondades que el nuevo desarrollo tecnológico ha puesto a su alcance.

Empero, si queremos fijar una posición técnica en cuanto al problema y para ello, creemos necesario enfatizar que, perteneciendo nuestro notariado al del tipo latino, es necesario que esas expectativas de seguridad, certeza y solemnidad que derivan de la propia esencia del derecho notarial comparado de otros países, debe de tenerse bien presente para no incurrir en el error de fijar los fines de la función notarial, dotar de certeza y eficacia jurídica a los actos y contratos que le incumben sin proveer los medios necesarios para ello.

Estos medios no se limitan a un adecuado y estricto control de la profesión notarial, pero si lo implican necesariamente al igual que la seguridad jurídica implica necesariamente la institución de la cosa juzgada en lo procesal.

Por consiguiente, arribamos a la conclusión que, habiéndose apartado nuestro derecho notarial del principio de característica de la demarcación territorial o numeraria de los oficios, es necesario que los controles aplicables a la función notarial actualmente sean revisados con miras a garantizar que ese distanciamiento no defraude a la práctica, las tantas veces citadas expectativas de certeza y seguridad en las que en definitiva descansa gran parte de nuestro sistema contractual y procesal probatoria.

En la medida en que nuestro sistema notarial guatemalteco alcance argumentos de solemnización que refleje solidez, seriedad, disciplina y profesionalismo en esa medida nuestro sistema legal brindará estabilidad, confianza a la sociedad en un segmento importantísimo del sistema del derecho, cual es lo contractual y en lo relativo también a la jurisdicción voluntaria extrajudicial.



## CAPÍTULO IV

### **4. El porque de la necesidad de asociarse de testigos por parte del notario cuando autorice actos o contratos en que intervengan otorgantes con incapacidad física mental**

Por problemas relevantes que afectan el ejercicio profesional del notariado: Guatemala no es la excepción, no es ajena de actos y contratos otorgados por personas con entera incapacidad o por personas que aún ya no existen en el preciso momento de ser otorgados y que con el correr del tiempo resulta lesivo para cualquier miembro de la sociedad.

Como ha sido también el tráfico de niños o niñas ilegalmente, lo que ha provocado recelo entre las y los notarios, que tramitan adopciones de conformidad con las normas de los Códigos, Civil, Procesal Civil y Mercantil y la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Se perciben corrientes que tienden a eliminar la tramitación notarial de adopciones y no hay acuerdos para aprobar una ley específica, actualmente hay trece proyectos de ley marco Centro Americano, que promueve el Parlamento Centro Americano, PARLACEN.

Los problemas que han generado los actos y contratos que en cierta forma son cuerpos sin alma, así como la adopción ilegal de niños y niñas, han tendido a que se desvalorice la fe pública del notario o notarial por instituciones del Estado que exigen el cumplimiento de requisitos adicionales a los que señalan las normas que rigen esta institución y se ha cuestionado públicamente la honorabilidad de la profesión, cuando la honorabilidad es de la persona que la desempeña.

Entre los requisitos exigidos por instituciones del Estado, debe ser recomendable que como primicia importante debe estar la necesidad del notario de asociarse de testigos en el otorgamiento de instrumentos públicos cuando uno o ambos otorgantes tengan impedimento físico o mental, esto es como un caso específico, pero más que todo se debe de generalizar la imperatividad para el o los notarios de asociarse de testigos en el otorgamiento de cualquier instrumento público, haya o no impedimento físico o mental en los otorgantes.

Lo anterior no es con el fin de dividir la fe pública del notario o notarios, sino con la finalidad de valorizar o fortalecer la misma y acreditar a los notarios en el ejercicio de la profesión o su intervención en el otorgamiento de instrumentos públicos, cualquiera que sea su naturaleza.

Este es un requisito que debe de programarse desde las aulas universitarias hasta el respectivo colegio hacia el conocimiento, estudio e incorporación del mismo, para contribuir a resolver la desconfianza existente en los notarios y la desvalorización de la fe pública. Para el efecto deberá mejorarse la calidad notarial en las siguientes esferas: en lo académico. Para capacitarse adecuada y competitivamente; en lo personal para tener, mantener y ostentar una conducta moral y ética y en lo gremial, para controlar su desempeño e impedir que los malos elementos perjudiquen a los buenos notarios.

Es evidente que exigencias como éstas significan costos, pero también significan oportunidades.

En el ámbito notarial, los notarios deberán darle impulso y atención a los preceptos legales que les confiera confianza por la sociedad en sus actos y contratos que autorizan, que a la larga redundarán en buenos ingresos para



profesionales de buena conducta ética y moral. Debe recordarse que con buenos pioneros se desarrolló el Oeste de los Estados Unidos y en nuestro país, Alta Verapaz e Izabal. El punto crucial de la transformación de la norma notarial, para el fortalecimiento y valorización de la fe pública es el relacionado con la imperatividad para el notario de asociarse de testigos en el otorgamiento de instrumentos públicos. Ello implicará estudios y decisiones no solo en el notario en sí, sino en su misma notaría.

La IMPERATIVIDAD, entendida como la obligación para el notario de asociarse de testigos en los actos o contratos que autorice, traerá como buenas consecuencias una reputación intachable para el notariado, mantener y expandir la participación del notariado en el mercado negocial nacional e internacional, en una condición sumamente aceptable que permitirá su crecimiento, y que a la vez se convertirá en una de las importantes profesiones técnicas, organizativas e institucionales del notariado moderno, con factores que mejorarán la competitividad como la estrategia, la tecnología, la capacitación, la investigación y desarrollo, como también el encadenamiento con notarios nacionales e internacionales.

La legislación de Guatemala, siempre ha exigido a los notarios para la autorización de instrumentos públicos la comparecencia de así aún en la anterior Ley de Notariado, Decreto Legislativo 2153 en vigencia hasta la promulgación del actual código, encontramos que el Artículo 11 establece que salvo lo dispuesto por la ley, en casos especiales en toda escritura, acta o diligencia notarial, intervendrán dos testigos instrumentales idóneos.

Por ello, tanto en la escritura pública en general que la citada ley del notariado anterior, además de lo indicado, especificaba como requisito del instrumento, en el inciso 3º. del Artículo 22, “La presencia de dos testigos aptos

según la Ley y vecinos del lugar donde se otorga el instrumento, expresando sus nombres y apellidos”.

Agrega como exigencia especial el propio inciso, que en los casos de testamentos y donaciones por causa de muerte su revocación o modificación, los testigos serán por lo menos tres. Lo últimamente expresado se encuentra ratificado por el Artículo 849 del Código Civil anterior, Decreto Legislativo 1932 que en su inciso 3º, exigía como requisito y formalidades en la escritura pública de testamento la concurrencia de un testigo hábil más de manera que los testigos que concurren sean tres.

En las actas notariales la propia Ley de Notariado en su Artículo 45 establecía, que en toda acta notarial, el notario debería asociarse de dos testigos de las calidades expresadas por la ley; como en la legalización de firmas también dicha ley, además del expresado en general en los instrumentos públicos, en el inciso 2º, del Artículo 36, exige que se hagan constar los nombres y apellidos de los signatarios y testigos quienes deberían llenar los requisitos legales.

Sin embargo tales disposiciones están ya modificadas, pues como dejamos indicado, el código de notariado de Guatemala, al referirse a los testigos deja a criterio de los notarios el asociarse de ellos, señalando únicamente la obligación que tiene de ser asistido por dos testigos en los casos que deba autorizar una escritura de testamento o de donación por causa de muerte.

Es decir que fuera de los dos casos expresados, el notario podrá actuar en todo caso sin necesidad de testigos y únicamente le confiere la ley la facultad de hacerlos comparecer en el instrumento público, en los casos que él considere

necesaria su presencia; si tomamos en consideración que la fe pública es la facultad de que están investido los funcionarios para dar certeza y veracidad a los hechos que presenciaron, a los actos, contratos y actuaciones que pasan antes de sus oficios.

El notario en su carácter de tal, está investido de tal facultad después de haber llenado todos los requisitos exigidos por la ley, es decir que lo vertido en los documentos que son autorizados por él, debe ser tenido como cierto y creído sin ninguna reserva, no se justifican circunstancias en las fe pública que constituyen el fundamento y razón de su ejercicio profesional pueda encontrarse debilitada y perderse en parte, para que haya necesidad de apuntarla o reforzarla con testigos.

De tal manera que dice un comentarista, que como lo indica el citado artículo, que si el notario puede realizar y fraccionar, los documentos para los cuales está autorizado por la ley, sin necesidad de testigos por su fe pública con llevan todas las facultades para que tengan fuerza de veracidad tales documentos, que entonces no hay razón para que pueda suponerse actos en los cuales necesita la presencia de testigos y menos aún que esté obligado por la ley asociarse de ellos en otros.

Contrario *sensu*, yo me inclino, por impugnar la supresión de los artículos de la ley anterior, los cuales obligan al notario a asociarse de testigos en la autorización de todo instrumento público, tal obligación debe estar vigente, no solo para apuntalar y fortalecer la fe pública en el cual necesariamente el notario debe ser asistido por dos o tres testigos con las formalidades de ley. Pues el notario disfruta de fe pública para dar certeza jurídica a los actos e instrumentos que autoriza, pero la misma debe estar investida por la presencia

de dos o tres testigos para evitar malas reputaciones e intachabilidad a los notarios.

Al responsabilizar más al notario haciéndolo titula y único depositario de fe pública asociado de dos o tres testigos, indudablemente se le está obligando a cumplir con un requisito más exigido por la ley y con ello estará garantizando la exactitud de las declaraciones de voluntad que recibe.

La transformación que se ha venido sucediendo en las normas notariales con respecto a los testigos, que fueron anteriormente y sobre todo en los testamento, un número crecido, ha ido disminuyendo paulatinamente, pues incluso hubo época, en el derecho, sobre todo en Francia, como afirma PLANIOL, se exigía la presencia de más de un notariado, para la autorización de determinados actos, la cual es evidente que ha venido disminuyendo y declinado.

Hasta el caso de que hemos indicado, que en nuestra legislación es potestativo del notario de asociarse de testigos o no, siendo obligatorio, como ya indicamos, en los testamento y donaciones por mortis causa, lo cual no hace pensar de que llegará la oportunidad en que también en los testamentos y donaciones desaparecerá la obligación del notario de asociarse de testigos.

A medida que la vaya aumentando la sociedad, lo tecnología y otros sistemas intensivos como por ejemplo la credibilidad más en documento privado la sola fe pública del notario irá en decadencia y recuperar su nivel de altura significaría un costo muy elevado tanto en tiempo como en lo económico, previniendo lo anterior es de suma importancia la creación de una norma que obligue al notario asociarse de testigos en el ejercicio d su profesión o bien sería

la reforma del Artículo 51 que estipula que el notario podrá, cuando lo correcto sería debe, conforme lo determinaba la ley anterior.

#### **4.1 Amenazas al sistema notarial guatemalteco**

En el nuevo milenio podrían aparecer las siguientes amenazas al sistema notarial guatemalteco.

##### **4.1.1 Libre circulación de notarios**

La libre circulación es uno de los principios generales de la globalización. Una consecuencia de éste principio podría ser la libre circulación de notarios miembros de otros países que han globalizado sus economías.

Las naciones han resuelto éste problema conceptualizado a sus notarios con funcionarios públicos nacionales que ejercen su función bajo la forma de una profesión liberal. En ese sentido no se puede imponer al Estado la obligación de admitir el ejercicio de funciones relacionadas con el poder público, por personas que no ostenten la calidad de nacionales y no estén habilitados por el propio Estado. Esto sería violar la soberanía del Estado.

##### **4.1.2 Libre globalización de documentos**

En la globalización impera el principio de la libre circulación de documento Notarial, para el efecto, será conveniente estudiar los documentos notariales de los países del área y facilitar su armonización con el derecho vigente en Guatemala en un momento determinado, así como crear una red de comunicación y un encadenamiento notarial de los países integrados para favorecer su libre circulación.

### **4.1.3 Legalización y titulación administrativa**

Dentro de la esfera del interés social, existen disposiciones legales que facultan a funcionarios administrativos para legalizar o autenticar documentos, como los mandatos de menor cuantía otorgados en acta autorizada por alcaldes o jueces locales o los créditos de menor cuantía formalizados en documento legalizados por funcionarios de bancos de desarrollo.

Sobre éste tema, podemos adelantar que existe en el Congreso de la República un proyecto para derogar la Ley de Jurisdicción Voluntaria en sede notarial y un candidato presidencial ha enviado al Congreso de la República un proyecto para tramitar en las municipalidades la titulación supletoria de inmuebles en función social. Aunque debe recordarse que hace más de veinte años un jurista del derecho notarial había preparado un proyecto sobre la materia respetando la fe pública notarial, valga la redundancia decir que hace más de veinte años, cuando todavía no existía entre dichos en cuanto a la reputación del notario.

En fin, los contadores públicos certifican puntos de actas de sesiones de los órganos de las sociedades anónimas y muchos funcionarios públicos certifican documentos de trámites administrativos a su cargo.

Los notarios deben neutralizar estas prácticas asociándose de testigos en el otorgamiento de sus actos o contratos, pues con ellos se invade el territorio de la fe pública notarial, campo exclusivo de los notarios.

#### **4.1.4 Utilización dolosa de signos y símbolos notariales**

Según versión del señor Registrador del Registro de la Propiedad de Inmueble, en los últimos cinco años se han presentado a los registros públicos, documentos escritos en papel que imita al papel especial de protocolos, autorizados por notarios inventados o existentes, cuya firma ha sido suplantada con un sello que es imitación del que se tiene registrado en la Corte Suprema de Justicia. Estas prácticas deben ser requeridas y denunciadas por el Colegio de Abogados y Notarios hasta lograr su total erradicación con formalidades legales.

Alfonso Carrillo Castillo, atribuye a los desaciertos en los procedimientos notariales, debilidades en el sistema notarial guatemalteco y denomina las siguientes:

1. Falta de Capacitación Académica: Se dice que el notario recibe poca atención en los estudios universitarios, alcanzando tan solo el diez por ciento de las materias que se cursan en las escuelas del derecho.
2. Exceso de notarios: Normalmente egresan cada año cerca de trescientos notario de la diferentes universidades del país: el siglo XXI lo comenzarán 7,000 notarios en ejercicio.

En la actualidad ejercen 3,600 notarios (3,000 en el área metropolitana y 600 en el interior) lo que se considera excesivo y desproporcionado, dado que el país cuenta con diez o más millones de habitantes (según la entidad que los cuente); de lo que se está seguro es que 3.5 millones están inscritos para votar y de que el veinte por ciento o sea 700 viven en el área metropolitana.

Es decir que hay un notario por cada 4,800 ciudadanos del interior del país y un notario para cada 240 ciudadanos del área metropolitana. Los índices de los países consultados van de un notario por cada 5,000 habitantes hasta un notario por cada cien mil personas.

3. Falta de control de los notarios: La Corte Suprema de Justicia que tienen a su cargo la vigilancia del ejercicio notarial, por medio del Archivo General de Protocolos en la capital y Jueces de Primera instancia en los departamentos, carece de personal y medios económicos para el efecto. Tampoco el colegio de Abogados y Notarios cuenta con las normas efectivas para sancionar las violaciones éticas y morales cometidas por algunos notarios.
4. Un solo idioma: El notario no recibe educación bilingüe y ahora, que el mundo funcionalmente se hace más pequeño y los negocios se redactan en diferentes idiomas, el notario se ve en dificultad para leer y entender los documentos contractuales y discutirlos con los profesionales de otros países.
5. La automatización: En el nuevo milenio, muchos negocios comerciales y bursátiles se harán por medio de documentos electrónicos, por ordenadores conectados a una red internacional con el respaldo de los principios mercantiles de la verdad sabida y buena fe guardada, conservación y protección de las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, economía, reducción de costos y objetividad.

Esto hará que el notario vea disminuida su participación en los negocios bancarios, financieros y muchos contratos mercantiles.



6. El documento notarial: En el país, la escritura pública, va cediendo su lugar al documento privado, contentivo de contratos mercantiles que, sin notarización, son aceptados sin problemas por los empresarios.

Ello es así por que a tales documentos se les aplican los principios civiles del negocio jurídico y los principios mercantiles antes enunciados, especialmente de la economía, reducción de costos y objetividad.

Por esa razón el trabajo del notario se irá reduciendo a medida que los empresario preferirán los documentos privados (pagarés y versus mutuos, facturas cambiarias y versus compra-venta a plazos, facturas de vehículos, versus escrituras de compra-venta, sociedades y versus murtuales, aportaciones a sociedades versus compra-ventas de inmuebles, comités de vecinos versus sociedades civiles, etc.

De no prevenir reformando la ley o creando una norma que impida seguir éstas prácticas se tendrá al notario guatemalteco como una especie en vías de extinción, porque su ámbito de trabajo se circunscribirá a los documentos sujetos a registro (compraventas, prendas e hipotecas, sociedades y mandatos).

7. El Cliente: Los propios notarios acostumbran al cliente a sustituir las escrituras públicas por documentos menos onerosos: los documentos privados comerciales. Se han dado charlas sobre los contratos sin intervención del notario y los contratos comerciales y su importancia en el éxito empresarial. También los notarios han despersonalizado su función notarial y se ven envueltos en contratos de masas.

Los negocios ya no se conforman en la notaría sino en las formas o minutas que le dan ya hechas al notario y éste las eleva a escrituras públicas.

## **4.2 Cómo superar las debilidades de la fe pública**

Siempre Alfonso Carrillo Castillo, dice que mejorando la capacitación académica, ética y moral del profesional del notario, son bastante aceptables sus comentarios, pero yo también sigo diciendo que creando obligaciones legales para el notario, como es el tema que nos ocupa, de asociarse de testigos en el otorgamiento de cualquier instrumento público. Consideramos que el notario actual como del nuevo milenio debe ser un profesional con mayores obligaciones e igual preparación que la de un abogado y con estudios de especialización en derecho notarial.

El profesional del derecho, después de obtener su licenciatura, deberá practicar la profesión de abogado por un cierto tiempo (tres años mínimo) y para acceso a la función notarial, deberá recibir una especialización en derecho notarial, en lo que respecta a ética, moral y cumplimiento de obligaciones formales. Su formación y éxito notarial estarán garantizados además de la práctica de la profesión de abogado, la especialización en su alma mater en cuanto a ética, moral y responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones impuestas por la ley.

Especialización la entendemos en el sentido de hacer y poseer estudios especiales, nunca conocimiento parcial o fragmentario, sino reintegración de todos los conocimientos y disciplinas en una sola dirección.

La existencia de una especialización jurídica llamada derecho notarial no significa que sea suficiente el mero conocimiento de tal derecho para ingresar y profesar el notariado. Significa que todo el derecho positivo tiene que ser conocido para ser actuado por el notario. Esto es así por que el notario es

mediador e intérprete, además es el profesional del derecho que está más cerca de los hechos y frecuentemente los dirige.

El notario no se mueve únicamente dentro del ámbito de la ley sino también en la esfera de los hechos, dentro del círculo mayor de la autonomía de la voluntad, mediador entre su cliente y la ley, el notario instruye a cada uno sobre lo que puede querer y desarrolla una actividad de intérprete no solo de la ley, sino de la voluntad de las partes en su mismo nacimiento, y por tanto el notario conforma jurídicamente los actos humanos.

Un buen ejercicio en la abogacía, puesta a prueba en los tribunales de justicia es base necesaria para que el notario perfeccione su calidad de perito en derecho y esté en posibilidad de aconsejar debidamente a su cliente y elaborar los contratos que requieren los más encarnizados debates.

Con el tiempo, el profesional irá adentrándose en el campo propio del notario, con el cual se dará el fenómeno de la separación práctica de ambas separaciones, lo cual constituirá un ideal que nos atrevemos proponer en éste trabajo.

#### **4.3 Mejorando el control de su ejercicio**

Es indudable que en el nuevo milenio es Estado y seguirá depositando en el notario el ejercicio de la fe pública porque la comunidad necesita contar con una persona entendida en leyes, que tenga la formación moral y ética, complementada con un alto grado de responsabilidad exigido por la ley para recoger verazmente la voluntad de las personas y plasmarla en un documento con vida y certeza jurídica.

El notario profesional con funciones públicas retribuidas por arancel, deberá ser controlado, supervisado y disciplinado desde su ingreso y permanencia en el área de la fe pública, por una entidad que bien puede ser el Colegio de Abogados y Notarios o un Instituto Notarial, una superintendencia notarial, o un registro notarial. Sí bien el notariado debe gozar de plena autonomía en el desempeño de su función, necesita estar organizado jerárquicamente y depender de manera directa de la entidad antes mencionada.

Esta entidad tendría las siguientes funciones:

- a. Dictar las normas para el cumplimiento de las leyes y reglamentos relacionados con el notario.
- b. Resolver las consultas de los notarios e ir creando el criterio notarial del país.
- c. Ejercer la inspección y vigilancia de las notarías de los archivos de protocolos por medio de oficinas departamentales.
- d. Imponer correcciones disciplinarias a los Notarios que infrinjan sus deberes propiamente notariales, hasta la suspensión definitivas de sus funciones fedatarias en el otorgamiento de instrumentos público, respetando naturalmente su legítimo derecho de defensa.
- e. Velar por la disciplina, el cumplimiento de los servicios notariales y el decoro del gremio notarial.

#### **4.4 Mejorando el uso de la informática**

El notario deberá incrementar el uso de todas las tecnologías de procesamiento, banco de datos y transmisión de información con el uso de tecnicismo legal, que contribuya a su respeto, confianza y seguridad en lo que autorice que prácticamente me estoy refiriendo a un sistema de modernización basada en la creación o reforma de la ley. Para modernizarse los notarios necesitan abarcar los siguientes campos de información.

La proporcionada por los sistemas y servicios de redes del gobierno, universidades y empresas privadas sobre leyes vigentes, aranceles, registros, etc. La que suministra el propio notario a su entorno, sus requerimientos de materiales y equipos, la calidad y cantidad de instrumentos públicos que esté manejando, los vencimientos de plazos y temidos, las necesidades de asistencia técnica y crediticia.

La información interna de su notaría como una unidad de negocios, para lo cual debe de desarrollar programas que contribuyan en todo a su honorabilidad y formalidad en sus intervenciones fedatarias.

#### **4.5 Mejorando la coordinación interinstitucional**

Con el fin de sumar confianza, mediante esfuerzos físicos, técnicos y económicos que permitan mayor alcance de las investigaciones, la educación y la capacitación relacionadas con el proceso de transformación de los notarios, se debe de establecer una coordinación de los notarios con las instituciones de investigación como los Institutos de Derecho Notarial, Mercantil, Bancario, Financiero y con las universidades.

Para mejorar la competitividad de las notarías frente a otras soluciones que invadan, disminuyan o perjudiquen su que hacer comercial, se debe de tomar muy en cuenta como alternativa, la imperatividad para el notario de asociarse de testigos en el otorgamiento de instrumentos públicos, haciendo pues la operación de la creación de una norma o reforma al actual Código de Notariado, incluyendo también la rebaja de costos, la simplificación de los documentos notariales, la velocidad de los trámites, etc. de forma que se puedan atender eficazmente con mayor certeza jurídica los requerimientos de los clientes.

La ley también debe impulsar la necesidad de notarizar y protocolizar los documentos privados, como la única forma de resguardar su legitimidad y garantizar su conservación.

## **CAPÍTULO V**

### **5. Propuesta de reformar la ley**

#### **5.1 Reformando el código de notariado**

La reforma del Código de Notariado es una vía para que el notario enfrente con éxito los retos que se le presenten con relación al ejercicio de su profesión, tanto en la actualidad como en los cambios sociales que pudieran darse en el nuevo milenio.

Naturalmente que no debe de olvidarse que la codificación en un desarrollo de la legislación y significa, además de madurez en la materia, una cierta madurez en la formulación de esa materia que se solidariza en la fe pública, la cual ha venido decayendo por lo que es necesaria una reforma al Código Notarial para que la misma mantenga su cometido.

La codificación no solo tiene en cuenta los textos de las leyes, sino los de la jurisprudencia y la misma experiencia de los codificadores.

Los preceptos sobre el notariado deberán figurar únicamente en el Código de Notariado, como prevé el Decreto 314 del Congreso de la República.

Se debe luchar por la reforma del Código de Notariado a fin de influir, además del ordenamiento del instrumento público y de la figura del notario-conceptualizado como anteriormente se ha expuesto todo lo que históricamente ha sobrevivido en la legislación notarial en los usos, prácticas y tradiciones

notariales del país y mejorar, dentro de las instituciones existentes, aquellas que han demostrado necesitar innovaciones.

Tal el caso de las actas notariales que de constancia de hechos han pasado a la constancia de declaraciones no negociables como en la jurisdicción voluntaria en sede notarial y en cierta medida de voluntades, como en las del matrimonio.

De la reordenación y ubicación del Archivo de Protocolos para constituirse exclusivamente como un custodio de protocolos y proceso de jurisdicción voluntaria en sede notarial; otra será la entidad que tenga a su cargo el registro, inspección y vigilancia del notario.

De la ubicación del Registro de poderes en el Registro Civil y del Registro Civil de origen del testador y no del registro de la propiedad. Como lo orgánico se requieren preceptos de carácter administrativo y disciplinario que estructuren el sistema notarial guatemalteco sobre bases reales y actualizadas porque la normativa del Código de Notario vigente, ha sido sobrepasada con creces.

La reforma legal debe tomar una decisión sobre el sistema del notario libre y el notario restringido o de número, si la decisión es sobre el primero deberá contemplarse los siguientes aspectos:

- a. Que el notario es un especialista del derecho con una práctica determinada y, en consecuencia, después de graduarse de abogado, deberá seguir la especialización notarial, servidas por las propias escuelas facultativas y hacer la práctica de la abogacía por un plazo determinado (tres años mínimo).



- b. Que debe someterse a un examen de especialización para el ejercicio de la función pública notarial.
- c. Que debe ingresar al Colegio de Notarios y someterse al control permanente de su moralidad como requisito habilitante de su función pública notarial.

Si la decisión fuera sobre el segundo, deberán contemplarse materias como las siguientes:

- a. La forma de ingresar al notariado, autoridades que establecen las regiones, el número de notarios en cada región, las finanzas, las patentes y los plazos de ejercicio.
- b. La práctica y examen teórico y prácticos sobre derechos y aspectos fiscales de frecuente aplicación por el notario.

En ambos deberá observarse lo siguiente:

- a. Los requisitos habilitantes, las condiciones personales de aspirantes, la documentación necesaria para el ingreso, tribunal de ingreso etc.
- b. Deberes y prerrogativas de los notarios del deber de residencia y de las ausencias inhabilitaciones temporales, suspensiones y retribución de los notarios. El cese del notario sus causas, tiempo y forma.
- c. Organización del notario. Organización corporativa de los colegios notariales. Del gobierno del colegio.

- d. De la organización jerárquica y disciplina, de la Dirección General del Notariado de la Junta Directiva, de las correcciones disciplinarias.
- e. Organización mutualista de los notarios de las sobrevivencias a los notarios de las pensiones y auxilios a las familias de los notarios fallecidos.

La calidad de función pública característica fundamental del concepto del notariado y debe estar reconocida de manera explícita en el código el que la debe dotar de autoridad en todo cuanto afecte al servicio de la función notarial con los derechos prerrogativos que conceden a tales efectos las leyes fundamentales.

Finalmente en el nuevo Código de Notariado se debe de incluir lo referente a la organización administrativa, disciplinaria y sancionatoria del que hacer notarial, a fin de que éste profesional especializado cumpla con las normas legales, éticas y morales, que es la única forma de fortalecer la credibilidad en su alta función pública.

## **5.2 Educación moral y éticamente del notario**

El estudio de la realización de los valores plantea hasta que grado la sociedad se va perfeccionado o degradando moralmente.

Los medios con que cuenta el individuo para llevar a efecto la moralización reciben el nombre de agentes moralizadores, entre los que tenemos: la familia, la escuela, las instituciones sociales y económicas y del Estado. Para el objeto de este trabajo hablaremos de dos de ellos.

### **5.3 La escuela universitaria**

No se puede olvidar que todas las profesiones reciben su dignidad y su nobleza en relación con la norma ética que ésta destinada a beneficiar al hombre, pero, lentamente la información sobre los principios morales y el estudio de la ética no forman parte de los planes de estudio de las escuelas Universitarias.

### **5.4 El Colegio Profesional**

El Estado se desentendió totalmente del control del profesional, su posibilidad de ejercicio se deja simplemente al hecho de obtener los títulos profesionales y al cumplimiento de las normas de colegiación obligatoria.

El Colegio no ejerce la función que la Constitución Política le ha impuesto, como son la superación científica, técnica y material de las profesiones universitarias y el control de su ejercicio.

La primera, porque el colegio no proporciona, ni controla, ni impulsa la superación ética y moral del profesional. Debería capacitar durante cierto número de horas al año al notario, para mantener vigente el derecho de ejercer su profesión. En cuanto al control de su ejercicio, tampoco el Colegio cumple con sancionar drásticamente a los infractores de sus normas morales, éticas y fedantes públicamente.

El profesional se inscribe en el Colegio en donde llena automáticamente una serie de requisitos, incluyendo referencias sobre sus cualidades y responsabilidades morales. Es decir que la realización de la moral no tiene directores, ni mentores ni vigilantes.

Las autoridades del Colegio no cumplen con lo dispuesto en el Artículo 90 de la Constitución Política, en el sentido de que la colegiación tiene entre sus fines la superación moral de los profesionales universitarios.

En la especialización, el profesional deberá recibir cursos sobre la ética como ciencia de la moral y como requisito final obligatorio para recibir el título y la posibilidad de que se pueda depositar en él la fe pública notarial.

Esto se hace tanto más necesario porque el arribo del siglo XXI se vive en el país una época de grandes conclusiones morales que alcanzan todos los órdenes de la existencia humana y que en el campo del espíritu ha determinado una confusión de ideas y valores.

Esa crisis de valores plantea el problema de promover cambios, alternativas, para un mejor desarrollo moral, verdaderamente humanos. La ética al reflexionar sobre estos problemas conduce a cobrar conciencia y pugnar por un mundo mejor.

Los anarquistas declaran la guerra a las normas morales, al derecho, a la religión, al Estado, a la familia. Solo reconocen una norma. La que proviene de la naturaleza, y solo un objeto de la moral: la moral.

## CONCLUSIONES

1. La palabra testigo procede del vocablo testado que significa referir, narrar, o sea, dar fe a favor de otro; esto sería dentro del campo jurídico. En general, testigo es toda persona que presencia un hecho, no importando los innumerables nombres con que se le conoce, ya que por lo regular, es por la forma en que presencia en sí o cómo lo declaren.
2. Los testigos instrumentales en ningún caso deben de faltar en el otorgamiento de instrumentos públicos autorizados por el notario, para su mayor certeza jurídica e intachabilidad del quehacer del notario en sus actos y contratos que autoriza a requerimiento de parte.
3. Los testigos instrumentales deben de ser requeridos por el notario, por imperatividad de la ley, propuestos y ampliamente conocidos por las partes, de reconocida honorabilidad y que llenen todas las formalidades impuestas por la ley.
4. En virtud de que la fe pública que inviste al notario ha ido debilitándose, se le pide asociarse de testigos en el otorgamiento de instrumentos públicos cualquiera que sea su naturaleza y cuando haya impedimentos físicos en cualquiera o en los otorgantes.
5. La incorporación de las etnias, de los desplazados y desarraigados a la vida nacional y su necesidad de asentamiento requerirá de los servicios notariales, para el inventario, catastro, registro y legislación de la tenencia de la tierra.

6. Son debilidades del notario las siguientes: La pérdida de la credibilidad en la fe pública, la preparación superficial que reciben los notarios, su concentración en el área metropolitana; etc.
  
7. El área de trabajo del notario se verá reducida, a medida que los empresarios y no empresarios prefieran los instrumentos privados por falta de credibilidad en los profesionales del derecho notarial.

## RECOMENDACIONES

1. El notariado guatemalteco debe descentralizarse y desconcentrarse para colaborar con los esfuerzos que haga la entidad competente, con iniciativa para devolver a la población el auge de confianza y cultura que tenían hace más de sesenta años.
2. Los notarios se deben de acomodar a los cambios que traerá la globalización del comercio, y contribuir a la solución de los problemas económicos y sociales del país.
3. El notario debe ser controlado, supervisado y disciplinado, desde su ingreso en el área de la fe pública, por una entidad autónoma del Estado, que bien puede ser un instituto notarial, una superintendencia notarial, un registro notarial o un colegio de notarios.
4. Se debe de reformar en el Congreso de la República, el Código de Notariado; para que se incluyan preceptos que regulen el sistema guatemalteco sobre bases reales y actualizadas, incluyendo la imperatividad para el notario de asociarse de testigos en el otorgamiento de cualquier instrumento público y conceptualización del notario y disposiciones de carácter administrativo, disciplinario y sancionatorio.
5. El Colegio Profesional de Abogados y Notarios, debe atender la educación moral del notario, como forma de ponerle énfasis a la crisis de valores que se está adueñando de Guatemala y que la tienen al borde de la anarquía y de ingobernabilidad.





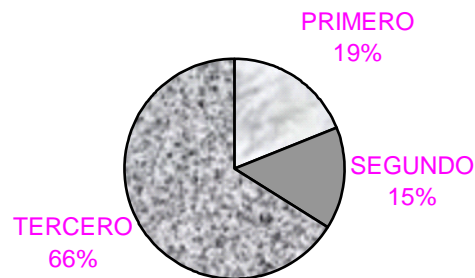
# A N E X O



A continuación se describen las gráficas y los comentarios de cada una de ellas

## GRÁFICA 1

### DE 59 ABOGADOS Y NOTARIOS ENTREVISTADOS



#### Descripción de la gráfica 1

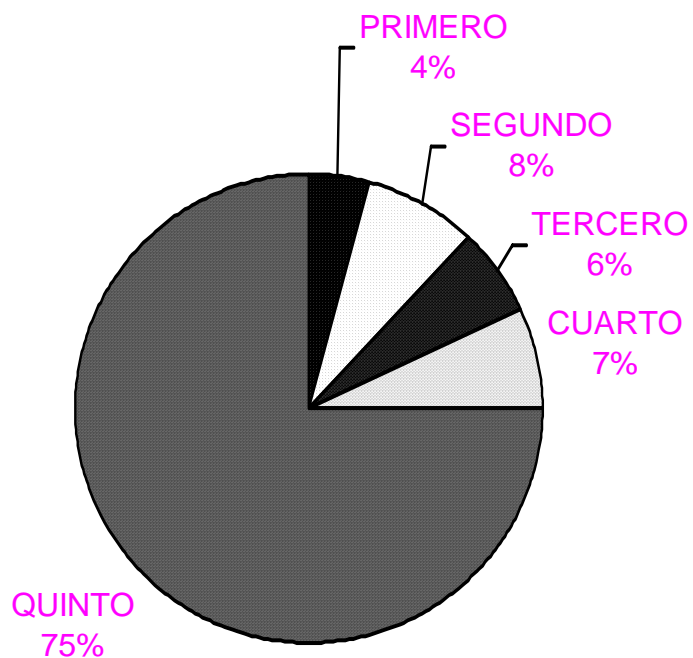
**PRIMERO:** Esta se refiere a la encuesta de notarios en la que el 19% manifestó que la fe pública no debe ser dividida y que por lo tanto no se debe de reformar la ley, argumentando que el notario debe de asociarse de testigos en otorgamiento de instrumentos públicos, esto cuando los otorgantes padezcan algún impedimento.

**SEGUNDO:** El 15% dice que cada uno está en su derecho de hacer lo que la Ley no prohíbe y que por lo tanto estaba en mi derecho de solicitar la autorización y trabajar sobre dicho punto de tesis.

**TERCERO:** El 66% manifestó que es muy buena una reforma legal al respecto y no solo por ello sino para enfrentar cambios que se pudieran dar en el próximo milenio.

## GRÁFICA 2

### 360 PERSONAS ENTREVISTADAS



## **Descripción de la gráfica 2**

15 = 4% dice confiar en los notarios

28 = 8% dice que nunca han necesitado de los servicios de un notario

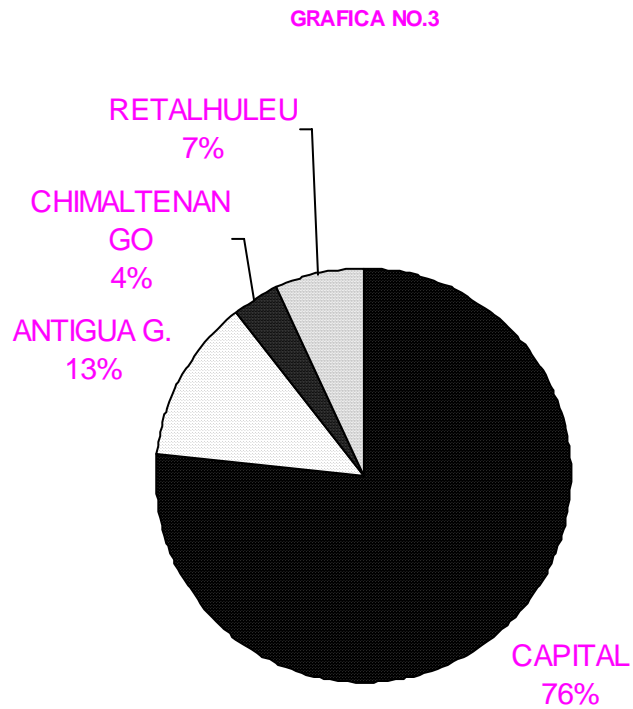
22 = 6% dice que desconoce si la actuación del notario es buena o mala.

25 = 7% dice que los notarios deberían de ser sustituidos por personas con mucha formación espiritual.

270 = 75% dicen que han sido perjudicados cuando solicitan los servicios de un notario, tanto en lo económico como en seguridad jurídica de sus instrumentos públicos

### GRÁFICA 3

Lugares donde se realizó la encuesta a las personas



#### Descripción de la gráfica 3

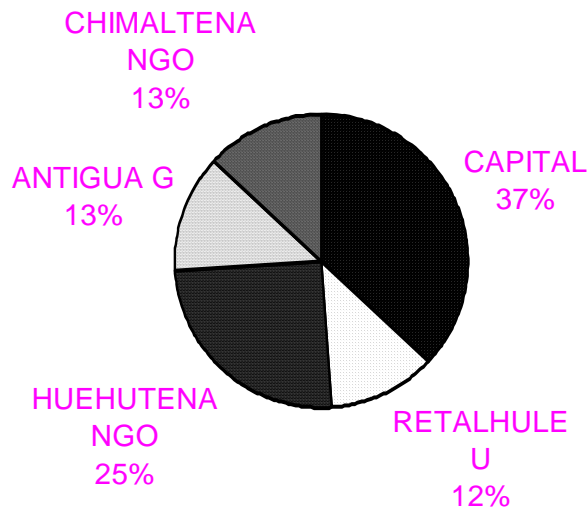
En la Capital	276 = 76%
En el Departamento de Antigua Guatemala	46 = 13%
En el Departamento de Chimaltenango.	13 = 4%

En el Departamento de  
Retalhuleu

26 = 7%

**Gráfica 4**

**GRAFICA NO. 4**

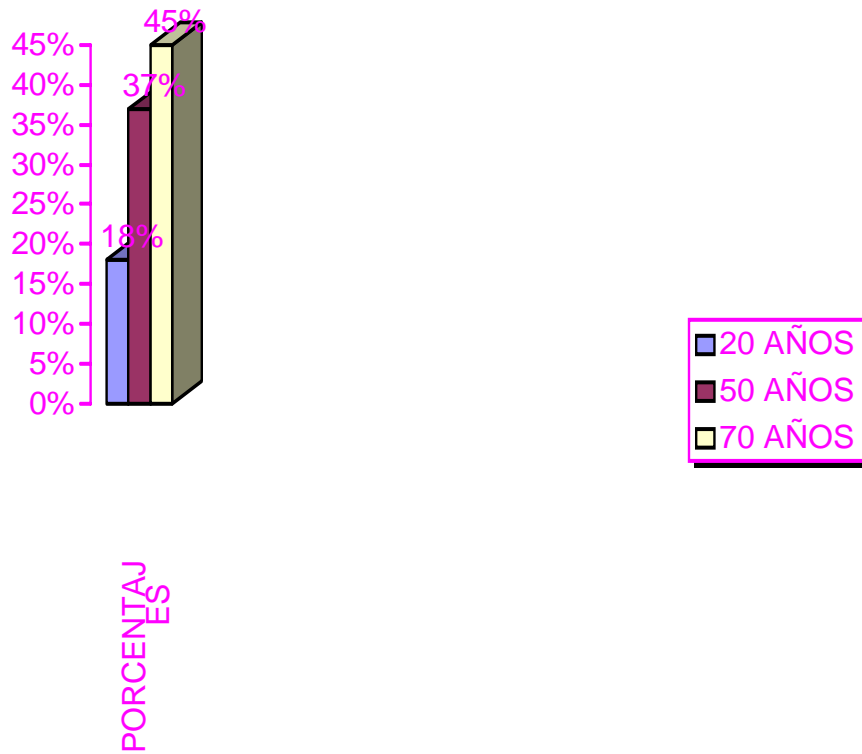


**Descripción de la gráfica 4**

Lugares donde se entrevistó a los 59 notarios

- 37% en la Capital
- 12% en Retalhuleu
- 25% en Huehuetenango
- 13% en Antigua Guatemala
- 13% en Chimaltenango

**GRAFICA NO.5**



**Descripción de la gráfica 5**

Edades de las personas entrevistadas: De 20 a 50 años de edad. Ellas dicen que los notarios tienen cosas buenas y malas, es decir que no trabajan a cabalidad y conciencia.



De 51 a 72 años de edad: Dicen que se desconfía mucho de los notarios, porque ya no son como los de antes y hacen hincapié al tiempo del General Jorge Ubico.

### **PROPUESTAS DE RESOLUCION QUE DEBEN SER EMITIDAS POR UN CONGRESO INSTITUIDO LEGALMENTE**

1. Que el mercado negocial del país se verá incrementado en el nuevo milenio lo que requerirá del esfuerzo multidisciplinario de los profesionales del derecho notarial como encargados de la función pública.
2. Que es conveniente que el notario guatemalteco tenga una formación jurídica, ética y moral y especializada en derecho notarial.
3. Que el sistema notarial guatemalteco debe estructurarse sobre la base del notario especializado en lo jurídico ético y moral encargado de una función pública que actúan en todo el ámbito del derecho privado no contencioso.
4. Que el sistema notarial guatemalteco debe contar con una entidad autónoma del Estado que controle, supervise y discipline al notariado.

### **QUE SE RESUELVA**

Instar al Colegio de Abogados y de Notarios de Guatemala, que integra una comisión específica, formada por los decanos de las facultades de derecho de las universidades del país y el presidente del Instituto Guatemalteco de derecho notarial para crear e implementar los estudios de especialización del notario.

Instar al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala que integra una comisión para redactar un proyecto de Código de Notariado que contemple lo siguiente:

- a. Al notario como profesional que ejerce su función pública se le impongan normas imperativas en el cumplimiento de su que hacer notarial, para inyectar confianza en la población y mantener en alto al gremio notarial.
- b. La creación de una entidad autónoma del Estado que controle, supervise y discipline al notario desde su ingreso y mientras se mantenga en el área de la fe pública.
- c. Que recoja todas las normas notariales dispersas en las leyes del país, especialmente las de jurisdicción voluntaria en sede notarial, las que deberán atender exclusivamente los notarios, incluyendo, además, la titulación supletoria, el divorcio y la separación por mutuo consentimiento.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil.** Tomo I y II. (s.e.), (s.l.i.), (s.f.)

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco.** (s.e.), (s.l.i.), (s.f.)

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** (s.e.), (s.l.i.), (s.f.)

CARRILLO CASTILLO, Alfonso. **Entorno negocial en el año 2000.** (s.e.), (s.l.i.), (s.f.)

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** (s.e.) Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1994.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español.** (s.e.), (s.l.i.), (s.f.)

Fundación Tompás Moro. **Diccionario jurídico Espasa.** (s.e.), (s.l.i.), Editorial Espasa Calpe, S.A. 1999.

LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho** Tomo I y II.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio al derecho notarial. Instrumento público y la jurisdicción voluntaria.** (s.e.), (s.l.i.), (s.f.)

MAYORA ALVARADO, Eduardo. **Breve análisis comparativo del derecho notarial.** (s.e.), (s.l.i.), (s.f.)

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** (s.e.) Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1980.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho notarial.** (s.e.), (s.l.i.), (s.f.)

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** (s.e.), (s.l.i.), (s.f.)

SALAS, Óscar A. **Derecho notarial de Centro América y Panamá.** (s.e.), (s.l.i.), (s.f.)

SOPENA, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado Sopena.** (s.e.) Editorial Ramón Sopena, S.A. Barcelona, España, 1982.

### **Legislación:**

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

**Código de Notariado.** Dto. No. 314 del Congreso de la República de Guatemala.

**Código Civil y Código Procesal Civil.** Dto. Ley No. 106.

**La ley de Colegiación Profesional.** Dto. 72-2001 del Congreso de la República.

**Ley del Organismo Judicial.** Dto. 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.