

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

**LA FALTA DE CERTEZA JURÍDICA DE LOS TESTIMONIOS DE
LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, EXPEDIDOS POR LOS NOTARIOS
GUATEMALTECOS EN FORMA TRANSCRITA Y LAS INCONVENIENCIAS
QUE CONLLEVA EN LA PRÁCTICA NOTARIAL**

SERGIO MARTÍN ESTRADA RIVERA

Guatemala, febrero de 2009

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOSCIALES

LA FALTA DE CERTEZA JURÍDICA DE LOS TESTIMONIOS DE
LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, EXPEDIDOS POR LOS NOTARIOS
GUATEMALTECOS EN FORMA TRANSCRITA Y LAS INCONVENIENCIAS
QUE CONLLEVA EN LA PRÁCTICA NOTARIAL

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

SERGIO MARTÍN ESTRADA RIVERA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los Títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero de 2009

**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. Cesar Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdéz López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Sergio Amadeo Pineda Castañeda
Vocal:	Lic. Manuel Vicente Roca Menéndez
Secretario:	Lic. Saulo de León Estrada

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. José Luis de León Melgar
Vocal:	Licda: Rosa María Ramirez
Secretaria:	Licda: Silvia Marilú Solórzano de Sandoval

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.)

Bufete Profesional

Abogados Asociados

Lic. Juan Carlos Godínez Rodríguez

Abogado y Notario

10a. Avenida 13-58, Of. 303, Edificio Duarte Zona 1, Guatemala, C. A.

Tel.: 251-7587

Guatemala, 26 de Abril de 2007



Licenciado

Bonerge Amilcar Mejía Orellana

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Ciudad Universitaria

Estimado Señor Decano:

De conformidad con el nombramiento emitido por el decanato a su cargo con fecha abril del año 2004, procedí a ASESORAR el trabajo de tesis del Bachiller **SERGIO MARTÍN ESTRADA RIVERA**, el cual se tituló "**LA FALTA DE CERTEZA JURÍDICA DE LOS TESTIMONIOS DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, EXPEDIDOS POR LOS NOTARIOS GUATEMALTECOS EN FORMA TRANSCRITA Y LAS INCONVENIENCIAS QUE CONLLEVA EN LA PRACTICA NOTARIAL**" y para tal efecto emito el siguiente dictamen.

El Bachiller Sergio Martín Estrada Rivera dentro de su trabajo de tesis hace un análisis sobre aspectos importantes de la fe pública notarial, especialmente en cuanto se refiere a la crisis institucional que enfrenta ésta esencial facultad del Notario como consecuencia de la falta de credibilidad que adolece en el medio guatemalteco, tema por demás importante, que era necesario abordarlo de la manera como lo realizó el sustentante.

Otros aspectos también importantes que aborda el Bachiller Sergio Martín Estrada Rivera y que constituye la razón de ser de su investigación lo es la necesidad de reformar el sistema notarial guatemalteco mediante la modernización de la legislación de la materia, la incorporación del gremio a los avances tecnológicos de nuestros días y la necesidad de reforzar los aspectos de la formación ética de los notarios que egresan de las distintas universidades del país.

En virtud de lo anterior y tomando en cuenta que el referido trabajo de tesis cumple con los requisitos establecidos en el artículo 32 DEL NORMATIVO PARA LA ELABORACIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES Y DEL EXAMEN GENERAL PÚBLICO, considero que el mismo puede ser discutido en el Examen Público correspondiente, previo dictamen del Revisor que le sea asignado.

No habiendo más que agregar al presente dictamen, me despido de usted:

Atentamente:

Lic. Juan Carlos Godínez Rodríguez
Asesor de Tesis.

Licenciado
Juan Carlos Godínez Rodríguez
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 5720

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, uno de junio de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) ROBERTO ANTONIO PASTOR COJULÚN**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **SERGIO MARTÍN ESTRADA RIVERA**, *Intitulado: "LA FALTA DE CERTEZA JURÍDICA DE LOS TESTIMONIOS DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, EXPEDIDOS POR LOS NOTARIOS GUATEMALTECOS EN FORMA TRANSCRITA Y LAS INCONVENIENCIAS QUE CONLLEVA EN LA PRACTICA NOTARIAL"*.

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


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUJÁN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slth

LICENCIADO
ROBERTO ANTONIO PASTOR COJULU
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 07 de Noviembre de 2007

Licenciado
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho:

Señor Decano:

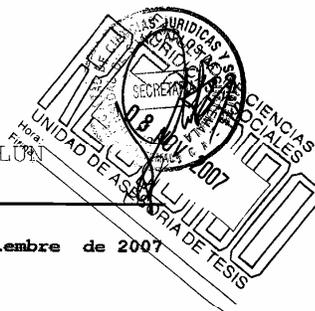
Me dirijo a Usted, con el objeto de manifestarle que por resolución emanada de esa Decanatura, el día treinta y uno de mayo del año dos mil siete, se me nombró como Revisor de Tesis del Bachiller **SERGIO MARTÍN ESTRADA RIVERA** quien elaboró el trabajo de tesis intitulado "**LA FALTA DE CERTEZA JURÍDICA DE LOS TESTIMONIOS DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, EXPEDIDOS POR LOS NOTARIOS GUATEMALTECOS EN FORMA TRANSCRITA Y LAS INCONVENIENCIAS QUE CONLLEVA EN LA PRÁCTICA NOTARIAL**".

El trabajo de Tesis fue asesorado por el Licenciado **JUAN CARLOS GODÍNEZ RODRÍGUEZ**, quien sugirió la temática y la bibliografía a consultar, emitiendo dictamen favorable el día veintiséis de Abril del año dos mil siete.

He revisado el trabajo de Tesis elaborado por el Bachiller Sergio Martín Estrada Rivera, y en el encontré que es un trabajo con redacción clara, concreta y que se analiza de manera objetiva el tema de las formas de reproducir la escritura matriz según la legislación vigente en nuestro país y sus respectivas consecuencias e incidencias, las conclusiones y recomendaciones son congruentes con los objetivos de la investigación, generando un planteamiento efectivo para el mejor ejercicio de la función notarial en nuestro medio.

El Trabajo de Tesis revisado es de gran utilidad por su contenido científico ya que aporta soluciones objetivas a una problemática muy actual, generando conclusiones a través del análisis de casos concretos desarrollado de un modo inductivo - deductivo, presenta el problema de la crisis de certeza jurídica que la fe pública notarial atraviesa en la actualidad realizando importantes aportes en materia de soluciones a la problemática mediante las recomendaciones y conclusiones que son congruentes con la hipótesis planteada, habiendo hecho uso de las técnicas y bibliografía sugeridas especialmente en cuanto respecta a la formulación de la

10^a. CALLE 18-67, zona 1 Apto. 4, Condominio Jardines del Centro, Guatemala,
C.A. 001001, TELEFAX: 2433-4312 - 2250-4206



LICENCIADO
ROBERTO ANTONIO PASTOR COJULÚN
ABOGADO Y NOTARIO

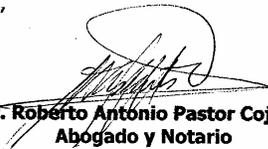


investigación realizada con notarios de distintas localidades lo cual le permitió al sustentante determinar los extremos indicados en las conclusiones respectivas.

En virtud de lo anterior, considero que el trabajo de Tesis presentado reúne los requisitos exigidos por las normas de la Facultad, razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** para su aprobación y discusión en el Examen General Público de Tesis previo a optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Agradeciéndole su atención, me suscribo con las muestras de mi consideración y respeto.

Deferentemente,



Lic. Roberto Antonio Pastor Cojulún
Abogado y Notario
Colegiado 1512

LIC. ROBERTO ANTONIO PASTOR COJULÚN
ABOGADO Y NOTARIO
COL. 1512

10ª. CALLE 18-67, zona 1 Apto. 4, Condominio Jardines del Centro, Guatemala,
C.A. 001001, TELEFAX: 2433-4312 – 2250-4206

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12 GUATEMALA, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, tres de julio del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante SERGIO MARTÍN ESTRADA RIVERA, Titulado LA FALTA DE CERTEZA JURÍDICA DE LOS TESTIMONIOS DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, EXPEDIDOS POR LOS NOTARIOS GUATEMALTECOS EN FORMA TRANSCRITA Y LAS INCONVENIENCIAS QUE CONLLEVA EN LA PRÁCTICA NOTARIAL Artículo 31, 33 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

CMCM/slh



DEDICATORIA

- A DIOS:** Fuente de mis creencias y de mi devoción, que me ha brindado la vida y quien por su infinita misericordia, ha permitido que alcance el pináculo de éste éxito académico, que es el fruto de un largo pero fructífero esfuerzo.
- A MIS PADRES:** Licenciado Salvador Estrada Pérez, quien con su sabia instrucción ha sabido ser mi más grande mentor y el mejor amigo, por su incondicional amor y su gran paciencia, de quien me complace y me enorgullece ser su hijo y alcanzar para satisfacción recíproca este logro académico y Lluvia Magali Rivera de Estrada ejemplo de rectitud e inagotable paciencia, por sus oportunos regaños, su cariño materno y su permanente ayuda.
- A MI HIJO:** Sergio David, por ser mi inagotable fuente de inspiración, afanes y objeto de mi amor
- MI FACULTAD:** Por darme la oportunidad de perseguir mis sueños de convertirme en un profesional del derecho y ser el lugar en donde encontré mis mejores amigos y años.
- MIS AMIGOS:** Todos ellos por su apoyo y cariño incondicional.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.	i

CAPÍTULO I

1. La fe pública notarial.	1
1.1. Fe en sentido genérico.	1
1.2. Características de la fe.	2
1.3. Clases de fe.	3
1.3.1. Fe privada.	3
1.3.2. Fe pública.	3
1.4. Fe pública.	4
1.4.1. Antecedentes	4
1.4.2. Naturaleza jurídica.	4
1.4.3. Definición.	6
1.4.4. Características.	7
1.4.5. Requisitos.	7
1.5. Clases de fe pública.	8
1.5.1. Atendiendo al sujeto u organismo que la realiza.	8
1.5.2. Atendiendo a la forma de constatación.	9
1.6. Fundamento legal de la fe pública.	10
1.7. La fe pública notarial.	11
1.7.1. Generalidades.	11
1.7.2. Fe pública notarial intra protocolo.	11
1.7.3. Fe pública notarial extra protocolo.	12
1.7.4. Definición de fe pública notarial.	12
1.7.5. Naturaleza jurídica de la fe pública notarial.	13
1.7.6. Característica de la fe pública notarial.	13
1.7.7. Valor probatorio que genera la fe pública notarial.	14
1.7.8. Autenticación.	14

	Pág.
1.7.9. Constatación.	15
1.7.10. Notoriedad.	15
1.7.11. Fundamento legal de la fe pública notarial.	15
1.7.12. La ética y la fe pública notarial	16

CAPÍTULO II

2. La función notarial.	19
2.1. Definición de la función notarial.	19
2.2. Definición.	20
2.2.1. Ámbito o delimitación de la función notarial	21
2.2.2. Contenido de la función notarial.	22
2.2.3. La forma.	23
2.2.4. Asesoramiento.	25
2.2.5. Legalización.	27
2.2.6. Legitimación.	28
2.2.7. Estructura.	29
2.2.8. Autenticación o dación de fe.	30
2.3. Naturaleza jurídica.	31
2.4. Fines de la función notarial.	34
2.5. La función notarial en Guatemala	36
2.6. Requisitos para ejercer el notariado	36
2.7. Impedimentos para ejercer la función notarial.	37
2.8. Quienes no pueden ejercer la función notarial.	38
2.9. Actividades que desempeña el notario en la función notarial.	38

CAPÍTULO III

3. El instrumento público.	43
3.1. Antecedentes.	43
3.2. Definición.	45

	Pág.
3.3. Fines.	46
3.4. Valor.	46
3.5. Clases.	47
3.6. El instrumento público en la legislación guatemalteca.	47
3.7. Eficacia del instrumento público	48
3.8. La escritura como instrumento público.	52

CAPÍTULO IV

4. Formas de reproducción de los instrumentos públicos.	63
4.1. Copia simple legalizada.	64
4.2. Testimonio.	65
4.3. Testimonio especial.	65
4.4. Expedición del testimonio.	66
4.5. Orden de expedición de los testimonios.	67

CAPÍTULO V

5. Testimonios expedidos en forma transcrita y la certeza jurídica	71
5.1. Causas que originan la falta de certeza jurídica de los testimonios de los instrumentos públicos expedidos en forma transcrita	72
5.2. Principales consecuencias generadas por la falta de certeza jurídica de los testimonios de los instrumentos públicos expedidos en forma transcrita	76
5.2.1. Desde la perspectiva de los particulares.	77
5.2.2. Desde la perspectiva de los funcionarios y empleados públicos.	77
5.2.3. Desde la perspectiva del notario.	78
5.3. Modificación del Código de Notariado.	79
5.3.1. Formación ética del notario.	80

	Pág.
5.3.2. Cumplimiento de las normas.	82
5.3.3. Modernización del sistema notarial guatemalteco.	84
CONCLUSIONES	87
RECOMENDACIONES.	89
BIBLIOGRAFÍA	93

INTRODUCCIÓN

La expedición de testimonios de los instrumentos públicos a través de la transcripción de los mismos, genera algunos inconvenientes y desventajas con relación al sistema de reproducción por fotocopias como lo son: a) de carácter técnico: debido a que si el testimonio se redacta a máquina o a mano, resulta bastante difícil que el mismo sea redactado sin errores para que sea un reflejo auténtico y exacto del instrumento que reproduce y si es redactado mediante el uso de computadora da lugar a que en el testimonio se introduzcan mejoras o subsanación de errores mediante la supresión de las palabras mal escritas, lo cual impide que el testimonio que se autoriza sea verdaderamente una copia fiel de la escritura matriz; y b) de carácter jurídico: éste es el problema de fondo que justifica la presente investigación, ya que, en la ilegalidad se origina la falta de certeza jurídica que adolecen los testimonios transcritos, debido a que se ha dado en la práctica la utilización de este sistema para autorizar testimonios de instrumentos públicos que no han sido firmados por las partes, lo cual es estrictamente prohibido por la ley, sin perjuicio de que en muchas ocasiones se ha dado el caso de que Notarios expiden testimonios por el sistema de transcripción haciendo constar hechos, negocios y circunstancias que en la escritura matriz no existen, o existen en una forma distinta.

Los problemas enumerados han generado en diversos sectores una evidente desconfianza en la fe pública notarial lo cual debilita la organización notarial y su estructura de fe pública, dando lugar en algunas instituciones públicas incluso a acciones ilegales, que van desde exigir a los notarios una fotocopia simple de la escritura matriz, hasta la exhibición de la hoja u hojas de papel especial para protocolo, que contienen los instrumentos públicos reproducidos por el sistema de transcripción cuya fidelidad es dubitada.

Lo anterior, sumado al hecho de que prácticamente todos los notarios hábiles actualmente tienen la posibilidad de acceder debido al alto crecimiento y avance de la tecnología al uso de una fotocopidora que le permita extender los testimonios de los

instrumentos públicos que autoriza a través de este sistema sustituyendo el sistema de transcripción, el mismo ha caído en un desuso progresivo y su tendencia es a extinguirse, como se analiza en la presente investigación.

El trabajo de investigación que se presenta consiste de cinco capítulos, en los cuales se analiza a fondo la actuación notarial desde distintos ángulos, partiendo de una perspectiva general, hacia la particularidad de la expedición de testimonios de instrumentos públicos, se inicia así, en el primer capítulo con una exposición ordenada de las características de las que está investida la fe pública notarial en el medio guatemalteco, abordando en el segundo capítulo el tema de la función notarial, estableciendo la definición del concepto, su naturaleza, fines y las actividades que en el ejercicio de dicha función desarrolla el notario. En los capítulos tercero y cuarto se desarrolla el tema del instrumento público y las formas de reproducción del mismo de conformidad con nuestra legislación, exponiendo de una manera clara y ordenada las características propias de los instrumentos públicos autorizados en nuestro medio por los notarios, y el procedimiento realizado por el notario para la expedición del testimonio en las distintas formas de reproducción establecidas en el Código de Notariado. En el último capítulo se analiza el tema de la expedición de testimonios de instrumentos públicos en forma transcrita, realizando un análisis crítico al respecto, ya que en la actualidad resulta evidente que los avances tecnológicos y la accesibilidad que el Notario guatemalteco tiene a estos, presentan un panorama completamente distinto al que existía en la época en que fue redactado el Código de Notariado, al punto que la forma más usual de reproducir el contenido del instrumento público resulta ser a través del sistema de fotocopias, lo cual le da un carácter más fidedigno a la reproducción.

CAPÍTULO I

1. La fe pública notarial

1.1. Fe en sentido genérico

Para poder entender en el sentido completo de la palabra lo que es fe, es necesario conocer inicialmente el origen de esta, en esa virtud, analizar el género de esta especie. Decía San Agustín, “A la fe nadie puede ser obligado”. Esta afirmación se basa en un dogma religioso, como lo es la fe divina, pero en si fe, como lo indica Luís Carral y de Teresa “Es la simple creencia en lo que no se ve”¹, y tiene su base esta afirmación en el hecho de que nadie puede ser obligado a tener fe en algo o en alguien, la fe nace de la persona misma en algo o alguien en quien se quiere creer.

Oscar A. Salas indica que “Fe quiere decir creencia, convicción, persuasión, certeza, seguridad, confianza en la verdad de algo que no se ha visto por la honradez o autoridad que se reconoce a la persona que da testimonio de ello”.² Sin embargo el tratadista Argentino Neri en su tratado de Derecho Notarial, indica que existen diversas nociones de fe, las cuales son: “A) Fe del latín *fides*, es una virtud fundamental del ser humano que lleva en si la expresión de seguridad, de aseveración, de que una cosa es cierta sea que se manifieste con o sin ceremonial esto es solemnemente o no, en cualquier orden, privado o público”.³ En este sentido indica, la fe podría definirse como “La creencia de lo que no hemos visto por el testimonio del que lo refiere”;⁴ “ B) El hombre dice, es un ser que posee el don de la receptividad de las impresiones que le causan todo cuanto lo rodea, sensible y pensante y de todas las impresiones que recibe, graba, se convierte en un sujeto que puede emitir expresión de certidumbre, de convicción y

¹ Carral y de Teresa, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**, pág. 51.

² Salas, Oscar, **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**, pág. 91.

³ Muñoz, Neri, **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**, pág. 407.

⁴ **Ibid.**

depende de su estado intelectual para generar certidumbre de haber alcanzado una verdad...⁵ ; “C) Indica que la primera virtud teologal por la que nos es permitido creer o tener seguridad o abrazar confianza acerca de un hecho cualquiera, es la fe”⁶ . Según el Concilio Vaticano, la fe como principio de la justificación del hombre, es una virtud sobrenatural, con la que, por la inspiración y el auxilio de la gracia de Dios, creemos son verdaderas las cosas por él reveladas.

Como consecuencia de las diferentes posiciones que se han vertido en torno a la fe en sentido general, se puede concluir en que la definición más apropiada de fe en sentido general es la que menciona Bernardo Pérez Fernández del Castillo que dice: “Es creer en aquello que no se ha percibido directamente por los sentidos: acepto lo que el otro dice; acepto que tal acontecimiento es cierto; creo que tal acto efectivamente se realizó”⁷; pero se puede mencionar en forma más específica la expuesta por Argentino Neri quien indica que “La fe es una propiedad insita a todo ser pensante, su existencia a la par del alma y de la razón humana es bien evidente. Es por ello que está en lo cierto cuando se afirma que la fe es una verdad de sentido común. “⁸

1.2. Características de la fe

Son características de la fe: Creencia, conocimiento, certeza, convicción, elementos que son indispensables para que realmente podamos creer en ese algo que no se ve ni se toca, pero que existe, y que en un momento dado puede producir consecuencias de toda naturaleza atendiendo a la clase de fe que estemos practicando, pues no es la misma consecuencia la fe que se tiene en los hombres, que la fe que se tiene en el estado, o la que se tiene en Dios.

⁵ **Ibid.**

⁶ **Ibid.**

⁷ Pérez Fernández del Castillo, Bernanrdo, **Derecho notarial**, pág. 160.

⁸ **Ibid.**

1.3. Clases de fe

Luego del análisis anterior, y siguiendo las ideas de Argentino I. Neri ⁹, se puede establecer que la fe en términos generales es susceptible de dividirla, división que históricamente se ha dado, tomando en cuenta la concepción original de esta institución.

De tal forma que la fe se divide en: A) Fe divina: Desde este punto de vista la fe se analiza en relación a la existencia de Dios, a la creencia de las cosas divinas, se basa en cuestiones puramente teológicas, y que nacen en el alma misma del hombre. B) Fe humana: Esta clase de fe, atiende a la persona en si, a la creencia que podemos tener en las personas, en sus manifestaciones, sus atributos, sus capacidades, entre otras. Sin embargo tomando en cuenta que existen dos clases de personas, la Individual y la Jurídica, esta fe se puede subdividir en Privada y Pública.

1.3.1. Fe privada

Esta clase de fe se basa en las manifestaciones de los hombres, en sus testimonios, sus aseveraciones, sus atributos, en general todo lo que está relacionado con los hombres mismos, sin ningún ser superior a ellos, derivando en correctos y veraces los actos por ellos realizados, basados en su propia autoridad.

1.3.2. Fe pública

En esta clase de fe, la creencia se basa no en el hombre, sino en el estado, es la creencia que tenemos en todos los actos emanados del ente estatal, por intermedio del funcionario público, que es el elemento humano que lo representa, la diferencia con la anterior es que en esta fe, todos los actos de los funcionarios que representan al estado, tienen el respaldo del estado mismo.

⁹ Castillo, **Ob. Cit**; pág. 438.

1.4. Fe pública

1.4.1. Antecedentes

Los más lejanos antecedentes sobre Fe pública se remontan al antiguo derecho romano. “El régimen contractual se fundaba en el vínculo del “nexum”, sin ir más allá del préstamo y de la compra, que se realizaban “per aes el libram”, mediante la “mancipatio” y con intervención del “libipens” y de varios testigos romanos.¹⁰ En este caso puede apreciarse que la fe pública debía prestarla el “libripens” que era el funcionario encargado de documentar los actos, y los testigos romanos, de tal suerte que la capacidad fedante no era una facultad propia ni exclusiva del libipens.

1.4.2. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la fe pública es necesario buscarla en relación al Estado. En efecto, el Estado ejerce sobre el pueblo un poder que el mismo pueblo, formalmente y en ejercicio de su soberanía, le ha conferido. El ejercicio de ese poder, material y formalmente lo realiza a través de los organismos del Estado; estos son el Organismo Legislativo, el Organismo Ejecutivo y el Organismo Judicial.

El pueblo está constituido por un grupo de personas que, dentro de sus virtudes, tiene la fe. Y cuando se dice “fe” en este análisis, se está pensando en la fe que va a incidir en la creación de derechos y deberes jurídicos. Esa fe, en tanto sea una virtud insita del ser humano, interesa al Derecho; pero cuando esa fe se exterioriza con el objeto de crear, extinguir, transmitir o modificar derechos y obligaciones, se está ante una manifestación expresa o tácita de creencia. Esa manifestación de creencia es similar a la manifestación de voluntad. “Señala Puig Brutau, referido por Puig Peña, como los actos jurídicos no constituyen un grupo

¹⁰ Antokoletz, Daniel, **Tratado de derecho romano**, pág.124.

uniforme... Así Von Thur, en la doctrina alemana, los clasifica en: a) manifestaciones de creencia, b) manifestaciones de sentimiento, y c) manifestaciones de voluntad”.¹¹ El Pueblo, cuando en ejercicio de su soberanía le otorga al Estado un poder, con el mismo le hace manifiesta la confianza (creencia) en que cumplirá con los deberes que la constitución del Estado le asignan. El pueblo tiene confianza en que el estado garantizará la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo. De tal manera que la confianza del pueblo es hacia “su” Estado. El Estado, una vez constituido y habiendo recibido la manifestación de creencia del Pueblo, y en ejercicio de su poder tiene el derecho subjetivo de que el pueblo le tenga confianza; a su vez, para el pueblo se convierte en un deber jurídico tener confianza en el Estado. De esta manera, cuando el Estado no cumple con los deberes asignados por la constitución, el pueblo, no obstante tener el deber jurídico de tener confianza en el Estado, principia a retirarle esa confianza a través de la resistencia legítima y pacífica garantizada por la Constitución. Sin embargo, cuando el Pueblo, luego de la resistencia con sus deberes, le retira la confianza, y cuando se pierde la confianza, se entra en una situación de irrespeto total al Estado. Este es el momento en que entra en crisis esa confianza pública que el pueblo tiene en el Estado. El Estado tiene el derecho subjetivo, esto es, tiene la facultad de exigir del pueblo la confianza en el ejercicio del poder, lo cual implica que cumplirá con los deberes que como Estado, está obligado a cumplir. El estado para el cumplimiento de esos deberes recurrirá a toda una estructura de gobierno que incluirá desde funcionarios de los organismos reconocidos constitucionalmente, hasta los funcionarios de menor jerarquía. De ahí, por qué cada uno de los integrantes del pueblo, debe tener confianza tanto en los Presidentes de los Organismos del Estado como en el cualesquiera de los funcionarios del Estado, ya que todos, teóricamente, tienen el deber de cumplir con los deberes que la Constitución garantiza. Esa confianza hacia el Estado, es precisamente la fe pública, la que se manifiesta jurídicamente a través de una manifestación colectiva y tácita de creencia. Luego de este análisis, se puede establecer, entonces, cuál es la

¹¹ Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, pág. 554.

naturaleza jurídica de la Fe pública. En efecto, el titular de la fe pública es el Pueblo. El Pueblo es quien tiene confianza (fe) en el Estado. Pero una vez constituido legítimamente el Estado, el Pueblo tiene el deber de poseer confianza en el Estado.

No es que el Pueblo le dé confianza al Estado como si le entregara una cosa para que el Estado se convierta en depositario. No, el poseer confianza en el Estado se traduce en una manifestación de creencia en él. Correlativamente, frente al Pueblo, el Estado tiene un derecho subjetivo que también no consiste en pedir que se le entregue una cosa, sino que se haga algo a través de una manifestación de creencia.

Entonces, la fe pública debe verse como una virtud del pueblo que se exterioriza a través de una manifestación expresa o tácita de creencia. Para el Pueblo, esa manifestación de creencia constituye un deber jurídico y para el Estado es un Derecho Subjetivo.

1.4.3. Definición

La Fe pública, entonces, es una manifestación expresa o tácita de creencia en el Estado, la cual constituye un deber jurídico del pueblo que consiste en darle credibilidad al Estado de que el mismo va a cumplir con los deberes que constitucionalmente tiene asignados; y para el Estado constituye un derecho subjetivo, ya que puede exigir y de hecho exige, que el Pueblo tenga confianza en que está cumpliendo con los deberes que le han sido encomendados.

Posteriormente puede observarse que ese derecho de recibir la manifestación expresa o tácita de creencia en el Estado, el mismo Estado la delega en funcionarios de distinta naturaleza.

1.4.4. Características

La fe pública tiene como característica fundamental la de ser emanada de la soberanía del Pueblo hacia el Estado y, consecuentemente, de éste hacia sus funcionarios.

1.4.5. Requisitos

Siguiendo el criterio de Luis Carral y de Teresa,¹² es posible enunciar los cuatro requisitos de la Fe Pública:

Una fase de evidencia lo que implica que el autor del documento sea persona pública, vea el hecho ajeno o que narre el hecho propio. La evidencia consiste, entonces, en que el autor vea por sí mismo el hecho ajeno o narre el propio.

El acto de evidencia puede producirse llanamente o revestido de solemnidad. En el primer caso se trata de un acto – hecho simple evidente pero que no trascenderá de eso. En el segundo caso se esta frente a un conjunto de garantías legales que aseguran la fiel percepción, expresión y conservación de los hechos históricos.

La fase de objetivación que consiste en que la fe pública que se da al acto quedará objetivada en un documento, el cual será para su autor, emancipada de él.

Por último, una fase de coetaneidad, lo cual consiste en que la evidencia, la solemnidad y la objetivación deben producirse al mismo tiempo.

¹² Carral, **Ob. Cit**; pág. 53.

1.5. Clases de fe pública

1.5.1. Atendiendo al sujeto u organismo que la realiza

a) Administrativa

Esta constituida por el derecho que tiene cualquier funcionario público a recibir la manifestación expresa o tácita de creencia que tiene el pueblo en el Estado, concretamente en cuanto a los actos administrativos

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, de autonomía o de jurisdicción. Se ejerce por medio de documentos expedidos por las autoridades mismas que ejercen la actividad administrativa en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones de la Administración pública. En ese sentido las resoluciones, decretos o dictámenes de la Administración pública así como las certificaciones extendidas con forme las leyes, reglamentos y estatutos, están dotados de fe pública administrativa.

En Guatemala, la fe pública administrativa ha sido delegada por el Estado a funcionarios administrativos, secretarios, directores, jefes, oficiales mayores, etc., en algunos casos avalados por el superior jerárquico y en otros por si mismos.

b) Legislativa

Está constituida por el derecho que tiene el Organismo Legislativo a recibir la manifestación expresa o tácita de creencia que tiene el Pueblo en el Estado, concretamente en cuanto a los actos puramente legislativos.

La fe pública legislativa tiene por objeto dar credibilidad a las disposiciones emanadas por el Organismo legislativo, mismas que pasan a ser leyes de la

República. Esta fe pública la ostenta el Organismo Legislativo como tal y no en forma individual sus integrantes.

c) Judicial

Está constituida por el derecho que tiene el secretario de los órganos jurisdiccionales a recibir la manifestación expresa o tácita de creencia que tiene el pueblo en el Estado, concretamente en cuanto a los actos Jurisdiccionales.

d) Notarial

Está constituida por el derecho que tienen los Notarios de recibir la manifestación expresa o tácita de creencia que tiene el pueblo en el Estado, concretamente en cuanto a los actos notariales.

e) Registral

Está constituida por el derecho que tienen los funcionarios competentes de los Registros Públicos a recibir la manifestación expresa o tácita de creencia que tiene el pueblo en el Estado, concretamente en cuanto a los actos y hechos inscritos en los respectivos Registros. La fe pública registral la poseen los registradores, para certificar la inscripción de un acto que consta en un registro público, el cual tiene autenticidad y fuerza probatoria desde que fue inscrito, en el caso de Guatemala existen muchos registros públicos como el de la propiedad, mercantil, civil, etc.

1.5.2. Atendiendo a la forma de constatación

a) Fe pública originaria

Se da cuando el hecho se traslada al papel en forma de narración, captando directa y coetáneamente por la vista y el oído del funcionario “de visu et

auditu suis sensibus". Se trata de un documento directo (percibido por los sentidos del funcionario) e inmediato (narrado en el mismo momento).

b) Fe pública derivada

Es aquella en la que el funcionario no actúa sobre hechos, cosas o personas, sino únicamente sobre otros documentos. El hecho sometido a la "videncia" del funcionario es otro documento preexistente. Se trata de fe pública derivada cuando vemos la fórmula "concuerta con su original" u otra semejante.

1.6. Fundamento legal de la fe pública

El fundamento constitucional de la Fe Pública radica en la soberanía del pueblo consagrada en el Artículo 141 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Esa soberanía se ejerce a través del poder del Estado establecido en el Artículo 152 del mismo cuerpo legal. Por último, constitucionalmente, el Estado tiene asignados, básicamente, deberes jurídicos que debe cumplir, establecidos en los Artículos 2 y 140 de la misma Constitución.

Luego, la Fe Pública legislativa, judicial y registral y, en general la administrativa, está establecida en los Artículos del 171 al 177 del Decreto 2-89 del Congreso de la República "Ley del Organismo Judicial".

En cuanto a la Fe pública notarial, el Decreto 314 del Congreso de la República, Código de Notariado, establece en su Artículo 1 que "el notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que se intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte". A continuación en el artículo 60 dice: "El notario, en los actos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, levantará actas notariales en las que hará constar los hechos que presencie o circunstancias que le consten."

La fe pública, también es un valor jurídico tutelado, razón por la cual, si alguien comete un delito en contra de la fe pública, será sancionado con las penas establecidas en el Código Penal. Los Artículos del 313 al 334 del Código Penal (que corresponden al Título VIII del citado Código) establecen los delitos contra la fe pública. Sin embargo existen otros delitos que atentan en contra de la fe pública que no se encuentran incluidos en este Título.

1.7. La fe pública notarial

1.7.1. Generalidades

La institución notarial tiene el especial privilegio de proveer de autenticidad y fe pública a muchos de los actos y contratos de carácter extrajudicial, y en fin de cuentas el notario asume el rol de un testigo público veraz, dando por su medio al estado general precisamente fe pública.

Sin duda alguna, el ministerio notarial aspira a provocar la confianza pública respecto de los documentos en que se plasman declaraciones humanas que conlleven voluntad jurídica, así como investir de valor probatorio a tales instrumentos; de ello se colige que la fe pública que ejercita el notario constituye un elemento determinante y absoluto de confianza y garantía, en tanto que el atributo que infunde credibilidad al instrumento debidamente firmado y sellado, signos característicos e inequívocos de la autoridad y jerarquía de que está investido el Notario.

1.7.2. Fe pública notarial intra protocolo

Entendiéndose por esta a la fe pública sustantiva o de fondo que el notario da de los instrumentos que facciona y autoriza dentro del registro notarial o protocolo notarial a su cargo, de conformidad con la ley. Esta fe pública trasciende a las copias o testimonios que concuerdan con tales instrumentos, en atención al

principio de que lo accesorio sigue la naturaleza de su principal, “accessorium sequitur natura sui principale”.

1.7.3. Fe pública notarial extra protocolo

Es la fe pública que da el notario de todos los documentos notariales que facciona y autoriza fuera del protocolo o registro notarial a su cargo y que la ley no exige solemnizarlos en escritura pública, tales como las actas notariales en general, certificaciones, constancias, inventarios, la mayoría de actuaciones y resoluciones de la jurisdicción voluntaria desarrollada en sede notarial, etcétera, y hacen plena prueba, tal y como lo preceptúa genéricamente el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco. En tales circunstancias, la autenticidad dada a todos los documentos aquí relacionados, participa de idénticos efectos de que goza todo instrumento público en el ámbito de la fe pública.

1.7.4. Definición de fe pública notarial

Diversas y variadas son las definiciones de fe pública notarial (también denominada Extrajudicial), dependiendo de cada uno de los autores que las han elaborado. A continuación se citan tres definiciones así, Rufino Larraud indica al respecto: “la fe pública notarial consiste en la potestad de asegurar la verdad de hechos y de actos jurídicos que constan a quien la ejerce y que, en virtud de sus aseveraciones, serán tenidos por auténticos mientras no se demuestre judicialmente su falsedad.”¹³

González Palomino al respecto manifiesta: “La fe pública notarial consiste en la certeza y eficacia que da el poder público a los actos y contratos privados por medio de la autenticación de los notarios.”¹⁴

¹³ Larraud, Rufino, **Curso de derecho notarial**, pág. 91.

¹⁴ González Palomino, Carlos Emérito, **Derecho notarial**. pág. 96.

Bernardo Pérez del Castillo expresa: “La fe pública Notarial es una facultad del Estado otorgada por la ley. La fe del Notario es pública por que proviene del Estado y por que tiene consecuencias que repercuten en la sociedad. La fé pública del notario significa la capacidad para que aquello que certifica sea creíble. Esta función del notario contribuye al orden público, a la tranquilidad de la sociedad en que actúa, y da certeza que es una finalidad del derecho”.¹⁵

1.7.5. Naturaleza jurídica de la fe pública notarial

La fe pública notarial, desde el punto de vista del estado, constituye una potestad, es decir un poder, autoridad o facultad que le permite delegar en el notario la función fedante; y desde el ámbito del Notario es un atributo, cualidad o derecho cuyo ejercicio se torna en el principal elemento de la función notarial, y en particular de la función autenticadora, ya que en virtud de la misma alcanza su plenitud el documento notarial, al quedar investido por medio de ella de una presunción de veracidad, así como de seguridad y valor. Frente a ello, la sociedad está obligada a creer, en forma expresa o en forma tácita, en la autenticidad de los documentos que son autorizados por el Notario.

1.7.6. Característica de la fe pública notarial

Emana de la soberanía del pueblo, quien la deposita en el Estado, el cual ya constituido se la confiere o delega al Notario.

Es parte integral de la fe pública en general, en su condición de atributo inherente a la soberanía.

Es un atributo o cualidad que tiene el notario de infundir autenticidad y certeza a los documentos que produce.

¹⁵ Pérez Fernández, **Ob. Cit**; pág. 161.

Se traduce en la obligación que tiene la sociedad de creer en los documentos creados y autorizados por el notario.

Es única y personal, pues como expresión de la soberanía nacional, no existe otro profesional ni funcionario alguno que pueda arrogarse su ejercicio, es decir que compete exclusivamente al notario, y no puede ejercitarla quien no satisfaga los requisitos previstos en la ley.

Es indelegable, toda vez que el notario no puede delegarla ni adjudicarla en ninguna circunstancia o condición y bajo ningún título a otra persona.

Es eminentemente extrajudicial ya que la misma se aplica dentro del ámbito de la fase normal del derecho, donde las voluntades de los particulares son concordantes.

Es autónoma, en tanto que el Notario no depende de ningún superior jerárquico que se constituya en contralor de su actuar profesional. El que hacer del notario carece de revisión o instancia posterior. En suma, la función notarial se inicia y concluye estrictamente ante el Notario.

1.7.7. Valor probatorio que genera la fe pública notarial

1.7.8. Autenticación

Constituye el mandamiento legal que ordena que se apruebe que un hecho o un acto jurídico existe ciertamente, en virtud de haber sido autorizado por un Notario investido de fe pública; y por tanto, el documento notarial continente de la relación jurídica que se genera a partir del hecho o acto, constituye una prueba anticipada (preprueba) de los derechos de las partes y la garantía de los terceros interesados.

1.7.9. Constatación

La autenticidad de los documentos que autoriza el Notario fundado en la fe pública notarial, y la posibilidad de ofrecer los mismos como medios de prueba, están determinadas por el procedimiento formal de percepción o constatación propio de la actividad profesional del notario, y de ello se deriva que el contenido de tales documentos configura una verdad que se funda en la afirmación de *visu et auditu* (visto y oído), lógicamente sujeto a la contingencia de alguna impugnación. En tal sentido el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil establece en la parte conducente que: “Los documentos autorizados por notario..., producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad...”.

1.7.10. Notoriedad

El Notario también puede autenticar hechos que aunque no le consten de vista y oído en forma directa, si puede dar fe notarial de los mismos en atención a su dominio colectivo o conocimiento popular. En la legislación guatemalteca, tal situación está contemplada expresamente para el caso de la denominada identificación de persona, concretamente en el Artículo 442 del Código Procesal Civil y Mercantil.

1.7.11. Fundamento legal de la fe pública notarial

En este apartado resulta necesario dejar plasmado el fundamento constitucional de la fe pública, como pilar jerárquico superior para el ejercicio de la misma. Así, el Artículo 2º. De la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa: “Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”. Destaca pues, en el precitado precepto que es un deber del Estado garantizar la seguridad de las personas, y una de las formas

de lograrlo es a través de la certeza jurídica que le confiere a los hechos y actos la fe pública notarial. Además, la fe pública se caracteriza por ser un atributo inherente a la soberanía, y al respecto el Artículo 141 constitucional regula: “Soberanía. La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, ejecutivo y Judicial...”. Las anteriores disposiciones indudablemente irradian sus efectos hacia el ámbito de la fe pública eminentemente notarial cuando en el Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala se establece que: “Artículo 1º. El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.”; disposición que se complementa con lo establecido por el Artículo 60 del mismo cuerpo jurídico – normativo que literalmente reza: “El notario, en los actos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, levantará actas notariales en las que hará constar los hechos que presencie y circunstancias que le consten”.

1.7.12. La ética y la fe pública notarial

El Notario está autorizado, de conformidad con la ley para dar fe, de los contratos y demás actos extrajudiciales, que son sometidos a su función.

En el medio guatemalteco el Notario como profesional conciente del papel que desempeña, es depositario de la fe pública notarial, que ha adquirido desde el momento de obtener el título profesional de Notario, esta misión encomendada tiene una gran importancia y del buen uso que se haga de la misma depende en gran parte la credibilidad que las personas depositan en los trámites en que intervenga el notario.

Desde el momento en que el Notario se encuentra investido de fe pública notarial, tiene la obligación de que en todos los actos en los cuales se requieren sus servicios profesionales actúe únicamente con la verdad teniendo como base de todas sus actuaciones sus valores morales y principios de Ética Profesional.

En las distintas universidades del país, es necesario que el estudiante desde el inicio de su carrera pueda obtener principios sólidos sobre Ética profesional y hacerle conciencia de la importancia del buen uso de la fe pública en todos los actos en los que sea requerido.

Resulta preocupante que en la actualidad se desconfía del Notario y es este el tema central de la presente investigación, ya que no se le da el lugar que corresponde a este profesional del derecho y es por el mal uso que algunos notarios le han dado a la profesión, consecuencia de la falta de valores morales que deben regir la conducta humana y en especial la de los profesionales del derecho.

Tanto el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, asociaciones Notariales y el Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, les corresponde crear los mecanismos necesarios para que al Notario se le devuelva la credibilidad en todos sus actos y atacar públicamente todo acto que perjudique la dignidad del profesional del derecho, cuando éste actúe dentro del marco que le señala la ley.

La fe pública depositada en el Notario debe de tenerse como verdadera en todos sus actos mientras no se compruebe lo contrario y en este sentido debe de jugar un papel muy importante el Tribunal de Honor que funciona en el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, el que tiene la obligación de velar por el fiel cumplimiento de los notarios en todas las funciones en las cuales se requiere sus servicios profesionales, y debe de castigar drásticamente a los Notarios que hagan mal uso de la fe pública encomendada por cuya culpa se ha perdido la confianza depositada en el Notario. El Tribunal de Honor debe de actuar siempre sin compadrazgos de ninguna clase y hacer público como medio de castigo el nombre del Notario a quien se le ha confirmado su participación en actos fuera de la ley.

En el Código de Ética profesional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, se establecen los siguientes Principios:

“Artículo 1.- El Abogado debe ser un servidor de la justicia y un colaborador de su administración.

Artículo 2.- Guardar el Secreto Profesional, constituye un deber y un derecho para el Abogado.

Artículo 3.- El Abogado debe de obrar con honradez y buena fe”. De lo cual puede deducirse que dado que para obtener el título de Notario es necesario obtener el título de Abogado, el encuadramiento de la persona del abogado previsto en los artículos precitados incluyen al Notario, pudiendo establecerse que el Notario debe obrar con honradez y buena fe, tal como está previsto en el Código referido.

La fe pública de la cual el Notario es depositario debe ser utilizada éticamente, dado que el uso no ético que algunos notarios han hecho de ella ha degenerado la condición fedante del notario al grado que muchas instituciones y personas particulares desconfían de la certeza y la verdad de las actuaciones notariales.

CAPÍTULO II

2. La función notarial

2.1. Definición de la función notarial

Al definir la función notarial se encuentra la dificultad de no disponer de un concepto de lo que es Función, sí se recurre a la doctrina y a la teoría general del derecho, para adquirir una noción general de función pública se comprueba igual vacío. Es preciso entonces construir estas nociones partiendo de la experiencia jurídica.

De las funciones públicas conocidas administrativa, legislativa, jurisdiccional, etcétera, es esta última la que más interesa por algunas afinidades con la función notarial. . .

Ahora bien ¿cuáles son los caracteres de esta función; y en qué medida estos caracteres pueden ser generalizados?

Los caracteres o notas propias de la función jurídica pública son:

1º. Constituye una actividad. Toda función es actividad de alguien. La función se traduce en un realizar, en un hacer. Lo primero que aparece pues en la función jurídica pública, es el ser actividad;

2º. Esa actividad es el cometido de alguien; ese hacer está confiado a alguien. La función jurisdiccional es una actividad del Estado y hay alguien que ejerce esa función en nombre del Estado.

3º. Ese alguien es un órgano; puede ser un órgano del Estado el ente a quien se confía el ejercicio de la función. Puede también ser un órgano privado, aunque esta es excepcional, el Escribano, constituye el ejemplo más significativo.

4º. La función se crea, se reconoce en el derecho para cumplir determinados fines. Toda función es teleológica. La función jurisdiccional no existe porque sí, existe para realizar algo, tiene un fin determinado: poner término a un conflicto entre partes. Dictar la sentencia que compone el litigio, conforme a derecho y hacer ejecutar lo decidido. No se concibe una función que no tenga un fin determinado.

5º. En toda función, finalmente, encontramos una o más facultades o poderes, que son fundamentales para su existencia.

Siguiendo con la imagen de la función jurisdiccional: hay potestades, el Juez, como órgano de la función jurisdiccional está dotado de poderes jurídicos propios: el poder de juzgar o de decidir el conflicto, subrogándose a las partes; el poder de hacer cumplir la decisión; el poder de instrumentar, de hacer cumplir lo que ha decidido, etcétera.

En síntesis la función pública es actividad; actividad de alguien, que es órgano de la función; la función persigue fines determinados; la función comprende poderes, facultades, los que sean necesarios según el carácter o naturaleza de la misma.

2.2. Definición

Aclarado, hasta dónde el análisis de la realidad lo ha permitido, es posible definir la Función Notarial de la siguiente manera: “Función Notarial es la función pública, de ejercicio privado, que tiene por objeto dar forma jurídica y autenticidad a los negocios y hechos jurídicos voluntarios con fines de permanencia y eficacia”.

En términos menos complejos es posible afirmar que la función notarial es el que hacer del notario, o sea las distintas actividades para las que está facultado el notario de conformidad con la ley.

2.2.1. Ámbito o delimitación de la función notarial

En primer lugar es necesario señalar que la función notarial gira en torno a las formas jurídicas o auténticas. En efecto si la función notarial tiende a realizar el derecho notarial, tiene que referirse a las formas jurídicas y a la autenticidad.

Sin embargo, no es suficiente decir que la función notarial gira en torno a las formas jurídicas y a la autenticidad, por que estas son nociones muy generales, ya que también es forma jurídica y vale como instrumento público la sentencia de un órgano jurisdiccional, las resoluciones que emiten los órganos del Estado, la sanción de una ley por el Poder Legislativo, etc., en una palabra los conceptos de formas jurídicas y autenticidad desbordan lo notarial.

Es preciso delimitar más concretamente el ámbito de la función notarial. El carácter formativo autenticante que le atribuimos se vincula a: 1) los negocios jurídicos, tomando el concepto en su más amplio sentido y 2) los hechos jurídicos voluntarios o actos no negociables.

Integrando los puntos señalados puede deducirse que la función notarial se realiza dando forma jurídica y autenticidad a los negocios y hechos jurídicos. Sin embargo surge la interrogante si ¿esta función ocurre en el campo general del derecho o sólo en el derecho privado? Al respecto algunos autores señalan que sólo en el campo del derecho privado; en el del derecho público, sólo cabe cuando la ley expresamente lo señala así. O sea, que en el ámbito del derecho privado la competencia del notario es genérica y en el del derecho público, es específica y concreta. Sin embargo en el presente trabajo se concluye que la competencia

notarial por el contrario es genérica, estando excluidos solo los negocios y actos, que la ley expresamente asigna a otros órganos.

En síntesis, en cuanto al ámbito o delimitación de la función notarial corresponde expresar que se circunscribe a: dar forma jurídica y autenticidad, a los negocios y hechos jurídicos voluntarios, tanto en el campo del derecho público como privado, aunque normalmente actúa en el primero y está además facultado para tramitar algunos asuntos de jurisdicción voluntaria.

2.2.2. Contenido de la función notarial

Al analizar el ámbito de la función notarial, se ha considerado en sus proyecciones, o sea, partiendo del estudio del ámbito donde se desarrolla la función notarial se determinó que el notario actúa dando forma jurídica y autenticidad a los negocios y hechos jurídicos voluntarios, tanto en el campo del derecho público como en el derecho privado y que además está facultado para tramitar algunos asuntos de jurisdicción voluntaria. Esto es estudiar la función notarial hacia fuera. Ahora resulta necesario examinar lo que es la función notarial internamente, considerada hacia adentro, es decir como se realiza.

El contenido de la función notarial, puede resumirse en dos grandes aspectos: la forma y la autenticación (dar forma y autenticidad). Son los fundamentos, la razón de ser de la función notarial. Dicho contenido puede ilustrarse para mayor claridad en el siguiente esquema.

Negocio

Interna (estructura)	Hecho Voluntario
FORMA Externa (Documento)	Constitución de Escrituras, Actas, Resoluciones de jurisdicción voluntaria, Reproducción, Copias, Testimonios

CONTENIDO
DE LA FUNCION
NOTARIAL

2.2.3. La forma

La forma comprende dos vertientes una interna y otra externa, la forma es en su aspecto interno estructural; y en su aspecto externo documental.

Es posible tomar como ejemplo un testamento para ilustrar los aspectos de la forma de la siguiente manera: Una persona contrata los servicios de un Notario a efecto de redactar su testamento. Le plantea su caso y lo que desea hacer “Deseo otorgar mi testamento, que usted lo redacte en el protocolo a su cargo y que no comparezca ninguna persona más al acto para que nadie se entere de mi última voluntad”. El notario le expresará que no puede otorgar su testamento de esa forma ya que la ley exige como formalidad especial del acto que comparezcan los testigos instrumentales, cumpliendo en este momento una función asesora. El Notario hará un proyecto de testamento, creará así una estructura, en la misma forma que el arquitecto confecciona un plano. Eso es estructurar, dar forma interna. Luego el testador, conforme con lo proyectado por el Notario, da orden de faccionar la correspondiente escritura; el Notario transfiere la estructura interna a la escritura pública y la inserta en el protocolo. Crea así el documento, dándole forma externa.

Al pensar en una obra artística, una poesía, una novela; podemos separar, el contenido, de su forma externa. El libro no es la poesía, sino la forma externa. El disco no es la canción su no su forma sensible. Así mismo el negocio jurídico en sí es el contenido de la escritura y su forma externa la constituye la impresión sobre la hoja de protocolo.

La misma estructura corresponde al acta notarial. El Notario percibe el acto o hecho voluntario, por ejemplo, el acta de un Matrimonio. Lo representa mediante un relato fiel (Forma Interna) y lo escribe en un documento, el acta notarial (Forma Externa) que luego protocoliza (Registro).

La función notarial comprende además de la forma, también la autenticación, y esta a su vez comprende; la evidencia y la aseveración.

Es importante señalar que no siempre la función notarial se ha considerado con un contenido tan complejo como el que se diseñó en este trabajo. Originalmente, o sea en los primeros tiempos del derecho notarial, se consideraba la función notarial como meramente autenticante. Se concebía al Notario como un autenticador: La potestad autenticadora es una de las más relevantes y ello explica el por qué la doctrina veía solamente esta potestad, como símbolo y representación de lo notarial.

Recurriendo al testimonio de viejos autores, comentaristas de la legislación notarial, se observa que se limitaban a indicar que las atribuciones de los notarios pueden dividirse en dos grandes grupos o secciones:

La autorización de los instrumentos públicos o actos solemnes, en que se consignan los contratos y últimas voluntades.

La autorización de las actuaciones judiciales tanto en la parte civil como en la criminal.

Incurriendo en esta limitación incluso algunos autores más modernos como González Palomino, quien no obstante sus brillantes atributos, confirma este enfoque indicando que la función notarial es una función pública, de carácter administrativo, que consiste en fijar, en el instrumento público, con arreglo a las leyes, hechos evidentes para él Notario, en el mismo instante en que se producen mediante su afirmación pasiva.

Véase la singularidad de la definición: evidencia y aseveración son los elementos, los rasgos de la autenticación.

La doctrina moderna en cambio, considera la función notarial como asesora, formativa y autenticante, ésta es la posición clásica u ortodoxa actual.

Larraud, define la función notarial como “asesora, tuitiva, de dirección u orientación en las relaciones jurídicas de derecho privado.”¹⁶ Tiene vocación documental. No le da relieve especial a al facultad autenticadora.

Crear la forma pública o auténtica de los negocios y hechos jurídicos voluntarios -actos jurídicos- es una de las tareas del notario en el ejercicio de la función notarial.

El dar forma, propio de la función referida, se refiere tanto a la forma en su aspecto interno -estructural-, como su aspecto externo –documental-.

En el proceso de constitución de la forma, en sus dos aspectos citados: estructural y documental, el notario da seguimiento a cuatro etapas o funciones típicas que todos los autores admiten aunque denominan de formas diversas:

2.2.4. Asesoramiento -función directiva o asesora-

Como se ha indicado con anterioridad, el notario cumple una función de asesoramiento en la constitución de la forma interna de los negocios y hechos jurídicos. Cuando se solicita su intervención profesional, para realizar algo que está dentro del campo de la función notarial, el primer contacto con el o los requirentes de sus servicios, es para recibir el esquema primario de su querer jurídico, de su voluntad contractual. Tomando conocimiento de lo que las partes desean, procurando descubrir cabalmente sus propósitos, el notario asesora y orienta a los requirentes proponiéndoles los medios jurídicos idóneos para alcanzar el fin que persiguen.

¹⁶ Larraud, Rufino, **Curso de derecho notarial**, pág. 76.

Con el objeto de ilustrar la función descrita se cita un ejemplo práctico: A y B van a formar una sociedad, a la que van a aportar capitales y esfuerzo personal para la explotación de un determinado objeto. Concurren al Notario para que los oriente, para saber cuál será la mejor solución para encarar el negocio. No tienen generalmente la idea de constituir determinada sociedad, a menos que se trate de personas versadas en derecho. Por el contrario requieren el consejo del profesional, al que sólo comunican sus deseos de unir esfuerzos para la explotación de una empresa comercial. El Notario determinará que es lo que conviene, que forma de sociedad adoptar.

Si les conviene tipos de sociedad en los que la responsabilidad es ilimitada, o por el contrario de responsabilidad limitada y dentro de estos grupos, las especies más indicadas serán sociedad colectiva, sociedad en comandita, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima, etc. El notario despliega así ante los interesados un catálogo de posibilidades, ayudándoles a encontrar la mejor solución.

Seleccionado el tipo conveniente de sociedad, el notario aconseja la mejor manera de combinar los distintos elementos; denominación, plazo, forma de administración, previsiones para los casos de disolución y liquidación, incidencia fiscal, etcétera.

El ejemplo citado, pasa a ser simplemente el diálogo entre un técnico y un profano, que constituye una primera etapa de la forma de los negocios y hechos jurídicos voluntarios. Del acierto que opera el notario en esta etapa primaria, dependerá en el futuro el éxito o el fracaso de los propósitos que se persiguen.

Esta función es desarrollada eficazmente por el notario ya que éste es un profesional del derecho versado en los aspectos legales, es así como el puede interpretar la voluntad de las partes. Después de recibir la solicitud de sus clientes,

él la interpreta, los dirige, los asesora sobre el negocio que pretenden celebra, aconsejando sobre el particular.

2.2.5. Legalización

La legalización se cumple de manera práctica, El Notario frente al caso, teniendo en cuenta la solución para el mismo, rechaza o elimina toda proposición contraria a las normas; purifica el negocio jurídico de todo lo que es o puede ser contrario a derecho.

El notario se ajusta al principio de legalidad, consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala.

La legalización como etapa de la función notarial o como función que desarrolla el notario es un tanto compleja, ya que se desarrolla en dos momentos, que tienen distinta significación y alcance. En el primero, el notario subsume la voluntad de los interesados, en la especie jurídica que ha sido seleccionada y en esta forma subordina el caso al régimen legal de dicha especie. Continuando con el ejemplo citado y suponiendo que el notario estima que la sociedad de Responsabilidad Limitada es la que mejor se ajusta a las conveniencias de los requirentes. Al someter a las partes a dicha forma de sociedad, los introduce dentro de un determinado y preciso régimen jurídico, esta etapa puede concebirse como legalización de carácter genérico o legalización genérica.

Luego el Notario confronta las distintas estipulaciones contractuales queridas por los interesados, con las normas aplicables, aceptando las que son conformes a derecho y rechazando las que son contrarias. Por ejemplo: las partes desean que la sociedad se suscriba con un capital pagado equivalente al tres por ciento del capital autorizado, lo cual el notario rechaza por ser manifiestamente ilegal. En ese momento el notario cumple con la etapa de legalización de carácter específico o legalización específica.

2.2.6. Legitimación

La legitimación no es una noción fácil de dar. Este concepto surgió en el derecho procesal y de allí pasó a otras ramas de derecho. En verdad sería propio de la Teoría General del Derecho que debía ocuparse de todas aquellas nociones o conceptos que desbordan los derechos específicos.

Carneiro define la legitimación diciendo: “Consiste en el deber del ser o no ser del agente, o también del paciente, sujeto de la relación jurídica, respecto del bien sobre el cual se desarrolla, para que produzca determinadas consecuencias de derecho.”¹⁷

Para el efecto resulta procedente citar un ejemplo práctico: suponiendo que A desea vender a B un bien inmueble. En este caso, la tarea de asesoramiento es sencilla, ya que se trata de un típico contrato de compra venta. En la etapa siguiente: legalización, el notario adoptará las normas relativas a este contrato.

Pero la tarea del notario no se reduce a la simple legalización del negocio jurídico. Debe comprobar si el vendedor es propietario y puede por lo tanto transferir el dominio al comprador.

Como puede apreciarse es algo distinto al consentimiento, la cosa y al precio, o sea a los elementos esenciales de la compraventa. Al requirente B le interesa hacerse propietario y no ser molestado luego en su propiedad, por reivindicaciones de otros derechos reales. Mientras la legalización asegura la validez del negocio jurídico, la legitimación asegura la eficacia de los derechos adquiridos.

La compraventa puede ser válida, si se han cumplido los requisitos legales de este contrato, particularmente los esenciales de consentimiento, cosa y precio.

¹⁷ Carneiro, José, **Derecho notarial**, pág.

Pero no asegura por sí la transferencia del dominio, si el vendedor no lo tenía. La legitimación es la operación de comprobación de la titularidad invocada, que asegura el dominio al adquirente.

Tal es la función de la legitimación, comprobar la existencia de la situación jurídica que invoca el sujeto y que es presupuesto necesario de la relación jurídica o su extinción; por ejemplo: que el enajenante es propietario actual; que el cedente del crédito hipotecario es titular del derecho; que el acreedor que recibe el pago es titular del crédito; que el apoderado es efectivamente mandatario; que el representante legal es realmente tutor, padre, etcétera.

En resumen como antes se dijo la legalización se resuelve en la validez del acto; la legitimación asegura la eficacia que permite a los requirentes alcanzar su fin.

2.2.7. Estructura -función modeladora-

La etapa o función subsiguiente consiste en crear la estructura, elaborar la forma interna correspondientes.

Tratándose de los negocios jurídicos, la estructura es el tenor del negocio o contexto del mismo. En un primer momento adopta la forma del proyecto. Con las modificaciones convenidas por las partes se convierte finalmente en el texto del contrato o negocio.

El texto del contrato, como relato, es en realidad una reproducción del querer jurídico. La voluntad es un estado de ánimo del sujeto, que se exterioriza con palabras. Estas representan esa voluntad, de la que constituyen la imagen.

Por esto hay autores como Carnelutti que distinguen entre el hecho y su representación. Aquel, es un acontecimiento del mundo exterior, que el notario recoge y representa en el documento.

2.2.8. Autenticación o dación de fe -función autenticadota-

Cuando se habla de autenticación se está hablando de la fe pública. Pero en el ejercicio de la función notarial, no basta con la realización del proceso de formación del documento notarial visto. La misión no termina con la creación del documento, sino que como etapa final, se debe autenticar lo que ese documento contiene. Para hacerlo verdadero, el notario necesita la más relevante de las potestades, la de dar fe, afirmando la existencia real de los hechos presenciados y la fidelidad de su representación. Para que pueda autenticar, o sea ejercer la fe pública de que está investido, es necesario que tenga la evidencia de los hechos que asegura ocurridos, la evidencia de la voluntad de las partes, del pago del precio, de la entrega de la cosa, del otorgamiento y la fidelidad del relato contenido en el documento. El resultado es la autenticidad, la calidad de verdadero que la ley le atribuye consecuentemente al instrumento notarial.

El contenido de la función notarial es el mismo según la diversidad de autores sin embargo algunos denominan de formas distintas la funciones o etapas que desarrolla el notario en el ejercicio de su actividad, o bien desglosan en varias algunas de las etapas enumeradas con el objeto de ser más específicos al describir las actividades que realiza el notario en cada una, así por ejemplo Nery Muñoz las clasifica de la siguiente manera: "...las actividades o funciones que desarrolla el notario en su actividad profesional son: a) Receptiva; b) Directiva o asesora; c) Legitimadora; d) Modeladora; e) Preventiva; y f) Autenticadora."¹⁸

¹⁸ Muñoz, **Ob. Cit**; pág. 42

Se puede apreciar que no obstante diferir en la denominación y en la cantidad de funciones o etapas, las descritas por el Licenciado Muñoz, se encuentran contenidas en la enumeración realizada en el presente trabajo.

2.3. Naturaleza jurídica

En el curso de este capítulo se ha descrito cómo es la función notarial, ahora se intenta averiguar que es esta función, cual es su naturaleza jurídica.

Al consultar la doctrina, es posible entrar en contacto con distintas tesis, que procuran una respuesta al problema referido.

Algunos autores, expresan que la función notarial es función administrativa, contándose entre ellos González Palomino, Pietro Carusi y otros que sustentan que la función notarial es una función administrativa por ser una función pública que no es legislativa ni jurisdiccional. O bien que la función notarial es una función o un servicio público y que en consecuencia la función notarial participa e la naturaleza de la función administrativa.

Sin embargo resulta difícil admitir que la función notarial participe de la naturaleza de la función administrativa, salvo en los países en los cuales el notario es un funcionario del Estado. En todos los demás, que por ahora son la inmensa mayoría, la función notarial no es función del Estado, no se ejerce en su nombre ni compromete su responsabilidad. El Estado no ha establecido el ejercicio de esta función como cometido propio.

Esta teoría se robustece con el argumento vertido por algunos autores quienes afirman que el notario cumple una función administrativa debido a que actúa en nombre del Estado, dado que algunas leyes lo definen como funcionario público investido de fe para autenticar y legitimar los actos que requieren su intervención, tal es el caso del Código Penal Guatemalteco, que entre sus

disposiciones generales regula que: “los notarios serán reputados como funcionario cuando se trate de delitos que cometa con ocasión o motivo de los actos relativos al ejercicio de su profesión”. No obstante el carácter público de la función y de la institución notarial, el notario ejerce como un profesional libre e independiente. El notario resulta tener una función pública pero no por eso es funcionario público. Además ejerce según los principios de la profesión libre ya que no actúa con la representación del Estado.

Existe otra corriente que goza también de cierta relevancia en la doctrina, sostiene que la función notarial es una función legitimadora, argumentando que en la tarea de realización del derecho, el Estado no se limita a formularlo mediante normas abstractas y declararlo en los casos concretos (funciones legislativa y jurisdiccional), sino que, además colabora en la formación, demostración y plena eficacia de los derechos en su vida normal y pacífica, mediante instituciones que aseguren la legitimidad y autenticidad de los hechos y actos jurídicos y la publicidad de los derechos que de tales actos se originan (función legitimadora).

Según los autores que apoyan esta tesis, hay entre las funciones del Estado además de las clásicas, una función particular, de relevancia que colabora en la formación, demostración y plena eficacia de los derechos en su vida normal y pacífica, mediante instituciones que aseguran la legitimidad y la autenticidad de los hechos y actos jurídicos y la publicidad de los derechos que de tales actos se derivan. El Estado tiene una preocupación que en materia de realización del derecho, en el plano privado, se atienda a la forma, a la demostración y eficacia de los actos jurídicos. El notariado provee a esa necesidad social. Y para que el acto sea oponible a terceros, debe proveerse a su debido conocimiento. De ello se ocupan los Registros Públicos. En resumen: a la legitimidad y autenticidad atiende la función notarial; la publicidad, los registros, asegurándose en esa forma, la realización pacífica y eficaz del derecho.

Como juicio al respecto de esta corriente doctrinaria cabe señalar que la función legitimadora, es tan solo una de las etapas o funciones que desarrolla el notario en el desempeño de su la función notarial.

Otra corriente doctrinaria señala que la función notarial es una mera función privada. Esta corriente doctrinaria establece que funciones públicas son las que pertenecen al Estado, y que éste ejerce directamente o por intermedio de terceros, un régimen de concesión. La función notarial no es una función que corresponda al Estado en la mayoría de los países latinos. De tal suerte que según esta corriente solo el Estado ejerce funciones públicas y la función notarial no la ejerce el Estado, dicha función es meramente privada.

Como juicio a esta corriente doctrinaria cabe destacar que la misma parte de un supuesto que no ha sido demostrado, a saber, que toda función publica pertenece al Estado.

El carácter público de la Función no se establece por pertenecer al Estado, o sea un elemento externo. Así el interés que sirve; la finalidad que persigue, los poderes jurídicos que la forman o integran, etc., son los elementos definitorios de la función pública.

El ordenamiento jurídico, por otra parte, pone de manifiesto funciones públicas, confiadas a particulares, tal es el caso de la función jurisdiccional que tienen los árbitros en el arbitraje.

Finalmente, una importante parte de la doctrina, afirma que la función notarial, es función pública de ejercicio privado.

En esta posición encontramos a autores como Zanobini,^k que expuso la tesis de las funciones públicas ejercidas privadamente, de los Reyes Peña, Couture, Giorgi, Larraud y otros.

En el presente trabajo, al analizar los caracteres de la función pública, se dejó sentado que es actividad jurídica, encomendada a un órgano, apoyada en potestades legales, para la satisfacción o desarrollo de intereses o necesidades colectivas.

Estas notas están presentes en la función notarial. En efecto, es actividad jurídica, en sí misma -en cuanto procura dar forma y autenticidad a los negocios y actos jurídicos no negociales- y en relación con los derechos e intereses de los requirentes, sobre los cuales actúa. Está sometida al Notario, que la ejerce privadamente, en su propio nombre y bajo su exclusiva responsabilidad, salvo en los pocos países en los cuales el Notario es funcionario del Estado.

En definitiva entonces, la función notarial es función pública, que por excepción, en la mayoría de los países latinos, aún aquellos de Notariado numerario, se ejerce privadamente.

Es tal vez, un fenómeno singular, que no puede predecirse cuanto tiempo más persistirá. En el mundo que vivimos ha servido, en cuanto ha funcionado perfectamente durante siglos. Su futuro depende de la celeridad con que se opere la socialización de las actividades, funciones y tareas de la sociedad y de la rapidez con que se operen las transformaciones económicas y de la dirección que éstas tomen.

2.4. Fines de la función notarial

La función notarial, mediante las formas públicas o auténticas, asegura la permanencia y eficacia de las relaciones jurídicas y de los hechos con trascendencia para el derecho.

La fugacidad de los hechos, proclives a perderse sin dejar rastros de su existencia, a desaparecer rápidamente, se combate con las formas jurídicas y

dentro de este género se encuentran los documentos elaborados por el notario en el ejercicio de la función notarial.

El documento público es una modalidad refinada de la prueba escrita, que cumple de manera insuperable los fines propios de ésta.

El documento público conserva los hechos y asegura además su autenticidad de manera que pueda contarse con la veracidad de los mismos. Los hechos han existido seguramente, son esos que el documento relata y de su realidad debemos estar ciertos, mientras la falsedad alegada y demostrada, no pruebe otra cosa.

Más aún, dentro de las organizaciones latinas, el propio documento es conservado de manera efectiva en los Registros Notariales y éstos en el Archivo General de Protocolos. Conservación a todos los niveles es una de las características del instrumento público elaborado por el notario y esto por lo tanto genera permanencia temporal y espacial de aquello que el documento contiene: negocio, acto resolución, etcétera.

La función notarial asegura además la eficacia de lo que ha sido materia de la intervención de un notario.

Eficacia en un doble sentido: de la prueba o demostración de los hechos que han caído bajo los sentidos del notario y de permitir alcanzar el fin jurídico que las partes proponían como meta. Si todo ha funcionado normalmente, tendremos un acto válido y legítimo.

En una forma muy apropiada y puntual Luis Carral y De Teresa, al tratar el tema, indica que tres son las finalidades que persigue la función notarial: seguridad, Valor y Permanencia.

2.5. La función notarial en Guatemala

El autor Nery Muñoz relaciona con claridad magistral la forma de desarrollarse la actividad notarial en Guatemala indicando que “En Guatemala, el Notario, no es un funcionario público, es un profesional del derecho que presta una función pública. Aunque tampoco podemos olvidar que algunas de nuestras leyes, lo reputan como funcionario público, pero la ley específica, el Código de Notariado, no lo reconoce como tal.”¹⁹

En efecto en Guatemala el Notario es un profesional del derecho que presta una función pública que consiste en dar fe, en una forma liberal y el ejercicio de su profesión está regulado por el Código de Notariado. Dicho cuerpo legal preceptúa que el Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.

2.6. Requisitos para ejercer el notariado

El Decreto 314 establece en el artículo segundo, que los requisitos para ejercer el Notariado son: 1º. Ser guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar y domiciliado en la República. 2º. Haber obtenido el título facultativo en la República o la incorporación con arreglo a la ley. 3º. Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación y la firma y sello que usará con el nombre y apellido usuales. 4º. Ser de notoria honradez.

El artículo quinto del mismo cuerpo legal citado establece que no obstante las prohibiciones contenidas en el artículo que precede pueden ejercer el notariado: 1º. Los miembros del personal directivo y docente de la Universidad de San Carlos y de los establecimientos de enseñanza del Estado. 2º. Los Abogados consultores, consejeros o asesores, los miembros o secretarios de las comisiones técnicas, consultivas o asesores de los organismos del Estado, así como los

¹⁹ **Ibid**, pág.48.

directores o redactores de las publicaciones oficiales. Cuando el cargo que sirvan no sea de tiempo completo. 3º. Los miembros del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. 4º. Los miembros de las Corporaciones Municipales que desempeñen cargos ad honorem, excepto el Alcalde. 6º. Los miembros de las juntas de Conciliación, de los Tribunales de Arbitraje y de las Comisiones Paritarias que establece el código de Trabajo y los miembros de las Juntas electorales y de los Jurados de Imprenta.

Agregándose a lo anterior lo establecido en el Artículo 6 del decreto 314 el cual establece que pueden también ejercer el Notariado: 1º. Los jueces de Primera Instancia, en las cabeceras de su jurisdicción en que no hubiere notario hábil (en desuso), o que habiéndolo estuviere imposibilitado o se negare a prestar sus servicios. En tal caso, harán constar en la propia escritura el motivo de su actuación notarial. La infracción de este precepto o la inexactitud del motivo de su actuación como Notario, no anula el documento pero sí obliga al Juez al pago de una multa equivalente al doble de los honorarios que le correspondieren conforme arancel. La multa será impuesta por la Corte Suprema de Justicia e ingresará a la Tesorería de Fondos Judiciales. 2º. Los Cónsules o los agentes diplomáticos de la república, acreditados y residentes en el exterior, que sean Notarios hábiles conforme a la ley. 3º. Los empleados que están instituidos precisamente para el ejercicio de funciones notariales, las que no podrán ejercer con carácter particular.

2.7. Impedimentos para ejercer la función notarial

De conformidad con lo establecido en el Artículo 3 del Código de Notariado, tienen impedimento para ejercer el Notariado: 1º. Los Civilmente incapaces. 2º. Los toxicómanos y ebrios habituales. 3º. Los ciegos, sordos o mudos, y los que adolezcan de cualquier otro defecto físico o mental que les impida el correcto desempeño de su cometido. Y 4º. Los que hubieren sido condenados por alguno de los delitos siguientes: falsedad, robo, hurto, estafa, quiebra o insolvencia

fraudulenta, cohecho o infidelidad en la custodia de documentos, y los casos de prevaricato y malversación que señalan los artículos... del Código Penal. Como puede apreciarse el código de notariado establece con claridad las razones por las que una persona no puede ejercer la profesión de notario, siendo los primeros tres supuestos ampliamente obvios, y el cuarto supuesto implica o supone que cualquier persona que haya incurrido en los supuestos determinados no llena el requerimiento de notoria honradez que es uno de los requisitos habilitantes para el ejercicio de la función notarial.

2.8. Quienes no pueden ejercer la función notarial

El Código de Notariado prevé que las personas que encuadren dentro de las figuras que se tipifican en el Artículo citado en el punto anterior, no pueden llegar a ser notarios y por lo tanto no pueden ejercer la función notarial, sin embargo los notarios que incurran en alguna de las circunstancias establecidas en el artículo cuatro del citado cuerpo normativo no pueden ejercer la función notarial por la especial circunstancia en que se encuentran a saber: 1º. Los que tengan auto de prisión motivado por algunos de los delitos a que se refiere el inciso 4º., del Artículo 3º. Del mismo Código. 2º. Los que desempeñan cargo público que lleve aneja jurisdicción; y 3º. Los funcionarios y empleados de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las Municipalidades, que devenguen sueldo del Estado o del municipio y el Presidente del Congreso de la República.

2.9. Actividades que desempeña el notario en la función notarial

El Código de Notariado regula el contenido de la función notarial, indicando con claridad cual debe ser la forma de los instrumentos y como debe producirse la autenticación de estos, cuando son autorizados por notario, regulando correctamente lo relativo al protocolo y los instrumentos públicos y a las formalidades especiales para los testamentos y otras escrituras. Resulta importante destacar que en la redacción de la legislación guatemalteca existe una

plena confianza en la fe pública que ostenta el notario, ya que el notario guatemalteco a diferencia de los notarios de otros países no está obligado a asociarse de testigos, salvo el caso de los testamentos o donaciones por causa de muerte. (Artículo 51).

Es importante observar que el sistema notarial guatemalteco, no obstante la confianza que denota en la fe pública notarial, asigna al notario dentro del ejercicio de sus funciones, algunas obligaciones que garanticen y den seguridad jurídica al sistema, como la obligación de los notarios de remitir al Archivo General de Protocolos un testimonio especial de los instrumentos que autoriza, ya que de esta manera se conserva en ese archivo un duplicado del protocolo a cargo del Notario, que le permite fiscalizar la actividad que desempeña el notario. De los instrumentos que requieren reserva, como los testamentos o donaciones por causa de muerte, se envía el testimonio especial en plica. También debemos señalar la potestad de revisión anual que en los protocolos a cargo de los Notarios puede verificar el Director del Archivo de Protocolos.

En los párrafos anteriores se observan algunas formalidades y garantías de la función notarial, a continuación se realiza una enumeración de las actividades que está facultado el notario para desempeñar así:

Matrimonios: Respecto a la autorización de matrimonios civiles, el notario se encuentra facultado para celebrarlos de conformidad con las formalidades establecidas en los Artículos del 92 al 106 del Código Civil que establece los requisitos y formalidades para la ejecución de este acto.

Notificaciones y discernimientos: No obstante el hecho de que la función notarial se desarrolla en la fase normal del derecho es decir en donde no existen derechos o intereses controvertidos, el Código Procesal Civil y Mercantil prevé que el notario pueda actuar como Auxiliar del Juez a instancia de parte, al tenor de lo establecido en el Artículo 33 de dicho cuerpo legal, que indica que “ El juez podrá,

a instancia de parte, encomendar a un notario la realización de determinados actos, incluso notificaciones y discernimientos”. Esta norma se refiere a toda clase de procesos, aún cuando se exprese que la intervención del Notario puede ocurrir a instancia de parte, la actividad notarial realizada en estos casos no implica una posición en particular por parte del notario, sino que simplemente realiza una actividad notarial que no incide en el fondo del litigio o en el asunto no litigioso si se tratara de jurisdicción voluntaria judicial. Con igual claridad se encuentra regulada en el cuerpo legal citado, la forma y los requisitos de las notificaciones realizadas por notario, lo cual está establecido en los Artículos 71 y 72.

Trascripción de documentos: El notario está facultado para transcribir documentos que por alguna razón un tercero dentro de un proceso no puede o no desea incorporar en original al proceso, habiendo sido intimado por el Juez para hacerlo. Así lo prevé el Artículo 181 párrafo 1º. Del Código Procesal Civil y Mercantil indicando “Los documentos que se encuentren en poder de terceros, que no tengan derechos exclusivos sobre ellos, pueden los terceros cumplir la intimación que para presentarlos les haga el Juez a petición de parte, presentando una transcripción autorizada por Notario, a cargo del peticionario. Así mismo el notario interviene en la producción de medios científicos de prueba certificando su autenticidad. (Artículo 92 CPCYM).

En los procesos de ejecución: En lo referente a la ejecución singular, sobresale la actuación del Notario en varios aspectos. El embargo y el secuestro pueden ser ejecutados por Notario, según lo dispone el Artículo 298 del código Procesal Civil y Mercantil. Igualmente en la fase final del proceso de ejecución, cuando sea necesaria la escrituración, nuevamente interviene el Notario para cumplir con esa misión según lo indica el Artículo 324 del mismo cuerpo legal. Cabe mencionar que el notario puede intervenir también en los procesos de ejecución colectiva. En el caso de que en el concurso voluntario de acreedores, se llegase a la celebración extrajudicial del convenio, pero en ese caso requiere el

acuerdo de todos los interesados en concurso y deberá celebrarse en escritura pública, según establece el Artículo 349 del CPCYM.

En los procesos de quiebra: En los procesos de quiebra se autoriza al síndico para que pueda utilizar los servicios profesionales necesarios, como son los de abogados, notarios y contadores (Artículo 381, párrafo final del CPCYM), quienes tienen derecho a honorarios conforme arancel, desde luego (Artículo 396 del CPCYM). La ocupación de bienes del deudor y su entrega al depositario debe hacerse con intervención del síndico y a presencia de un notario y de los expertos valuadores (Artículo 382 del CPCYM). Es el notario quien debe presentar al Juez inventario y avalúo para que se corra audiencia a los interesados, previamente a su aprobación. Artículo 384 del CPCYM).

Jurisdicción voluntaria: Comentario especial merece las atribuciones notariales contenidas en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, contenida en el Decreto número 54-77 del Congreso de la República; la cual indica que pueden tramitarse ante notario: La ausencia, disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes; reconocimiento de preñez o de parto; partidas y actas del registro civil (omisión y rectificación de partidas, determinación de edad, omisiones y errores en el acta de inscripción), patrimonio familiar y la adopción. Todos los asuntos señalados por la ley amplían grandemente la actuación del notario en el ejercicio de la función notarial, permitiendo que asuntos encomendados a los órganos jurisdiccionales (Juez de Primera Instancia Civil), puedan ser tramitados por el Notario en virtud que pertenecen al renglón de los asuntos no contenciosos, o sea asuntos que se desarrollan en la fase normal del derecho que es el campo mismo de desenvolvimiento de la función notarial, descargando así al órgano jurisdiccional del exceso de actividades.

Identificación de personas, procesos sucesorios, subastas, inventarios y otros: Ante notario pueden también verificarse las subastas voluntarias, en las

condiciones que libremente fijen las partes, según lo estipulado en el Artículo 448 del Código Procesal Civil y Mercantil.

La identificación de personas puede hacerse ante notario al tenor de lo establecido en el Artículo 4 del Decreto ley 106 Código Civil, y Artículos 440, 441 y 442 del Código Procesal Civil y Mercantil.

La constitución del Patrimonio Familiar debe hacerse constar en escritura pública según lo contempla el Artículo 446 del Código Procesal Civil y Mercantil, debiendo para efecto cumplirse con los requisitos establecidos en los Artículos 24, 25, 26 y 27 del Decreto 54-77 del Congreso de la República.

En los Procesos Sucesorios el Notario tiene una destacada actuación. En este aspecto la importancia de la función notarial se desprende de la posibilidad establecida en el Código, para que puedan realizarse ante los notarios las mortuales, sean testamentarias o intestadas ante quienes fenece la tramitación del respectivo proceso según se establece en los Artículos del 448 al 502 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Las disposiciones relativas a los inventarios, están establecidas en los Artículos del 555 al 567 del Código Procesal Civil y Mercantil.

El Notario también presta su concurso en los desistimientos. En el Código Procesal Civil y Mercantil existe la norma de que el desistimiento es válido si consta en autos la voluntad de la persona que lo hace, ya sea con su firma legalizada por un Notario o por reconocimiento hecho ante el Juez en el momento de presentar la solicitud, y si no pudiere firmar, lo hará otra persona a su ruego Artículo 585 de la ley citada.

CAPÍTULO III

3. El instrumento público

3.1. Antecedentes

El Diccionario de la Real Academia Española nos dice: que la palabra Instrumento viene del latín “instrumentum”, que es, el conjunto de diversas piezas combinadas adecuadamente para que sirva con determinado objeto en el ejercicio de las artes y oficios. En orden general, instrumento, es el escrito con que se justifica o se prueba un hecho o un derecho. En sentido jurídico nos dice Nery Argentino que “es todo lo que sirve para instruir una causa, o que conduce a la averiguación de la verdad.”²⁰

El Instrumento Público, es la médula del sistema de Notariado Latino ya que es un documento elaborado por un profesional autorizado para ello, elaborado en papel especial numerado y sellado con ciertas reglas que debe guardar para su elaboración y conservación, y que se reproducen copias de él que se guardan en un archivo Público; y cualquier persona puede consultar dicho archivo de allí que su nombre esté bien empleado; “Instrumento Público”.

Desde que el hombre se comunica con sus semejantes a necesitados medios para hacerlo, primero utilizó gemidos o señas y posteriormente, producto de la evolución apareció el lenguaje. Luego, el hombre imitó a la naturaleza dibujando lo que veía y después inventó la escritura para plasmar sus ideas y comunicarse con los demás.

En sentido amplio, documento, es toda representación material idónea, destinada a reproducir una determinada manifestación de pensamiento; algo así como una voz fija e invariable. El medio común de representación material del

²⁰ **Ibid.**

pensamiento es la escritura; de ahí que los documentos más importantes sean los escritos.

Según Núñez Lagos, el documento es “una cosa que enseña: docet, docuit; que muestra algo, que encarna “docencia”. La escritura, es algo así como una medida de enlace entre la corporalidad del documento y el espíritu del hombre que se encamina a hacerlo.”²¹

Es importante señalar que conforme lo dicho en los párrafos precedentes, documento sería una estatua, una moneda, un cuadro o cualquier otro medio que enseñe o muestre una idea. Desde tiempos inmemoriales el hombre ha tratado de perpetuar sus ideas, narraciones, conceptos e imagen que él tiene del mundo y de la vida; llegando a través del tiempo y de la cooperación social a la escritura.

En el mundo antiguo primitivo y en las culturas que desarrollaron la escritura, tales como Hebreos, Caldeos, Fenicios y Mayas; los que escribían se denominaban escribas que eran personas ligadas a la clase sacerdotal y posteriormente fueron remunerados por los particulares para plasmar testamentos, compraventas, arrendamientos y cualquier declaración de voluntad que se hicieran entre las partes y que querían revestir de formalidad y de legalidad. Estos funcionarios eran escasos y utilizaban distintos materiales, dependiendo del grupo cultural y de la evolución que hubieren alcanzado. Así, los egipcios y los mayas usaban papiros y pinceles, piedra, cinces, etcétera. Estos funcionarios se relacionaban íntimamente con la clase gobernante y sacerdotal de allí que tuvieran que estudiar las leyes para desempeñar su función.

Posteriormente se necesitaba de una autorización otorgada por la clase gobernante para desempeñar el cargo de escriba y registrar un sello y su firma para elaborar documentos válidos, posteriormente esos documentos deberían de ser guardados y conservados para ser consultados por cualquier persona y

²¹ **Ibid**, pág. 3.

producto de la evolución social, se creó un Archivo Público, donde se mandarían reproducciones fieles y exactas de su original y fue así como nació a través de los siglos el instrumento público.

3.2. Definición

La definición de instrumento público, siempre se relaciona con el Notario que lo autoriza. De esa forma el jurista Enrique Jiménez Arnau define al instrumento público, así: “Documento público, autorizado por Notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos.”²².

Al definir instrumento público el autor Argentino I. Nery, indica que “en orden General, instrumento es el escrito con que se justifica o se prueba un hecho o un derecho. En sentido jurídico es todo lo que sirve para instruir una causa o lo que conduce a la averiguación de la verdad. Según la acepción académica, instrumento proviene de instrumentum, que significa escritura, papel o documento que se justifica o prueba una cosa. Sin embargo, en opinión de Falguera (Apuntes de Notaría), la palabra instrumento dimana de las latinas instruens y mentem, porque instruye al entendimiento; por eso se llama instrumento a cierta escritura que prueba cualquier negocio realizado. Atento al sostenido de Escriche (Diccionario de legislación y jurisprudencia), la voz instrumento deriva del verbo latino instruere, que significa instruir, de allí que instrumento se aplique a todo escrito que instruye o informa sobre lo que haya pasado. Empero, ... en sentido propio y riguroso no se entiende por instrumento sino el escrito en que se perpetúa la memoria de un hecho, el papel o documento con que se justifica o prueba alguna cosa, la descripción, memoria o nota de que uno ha dispuesto o ejecutado o de lo que ha sido convenido entre dos o más personas... . Etimológicamente, instrumento y documento son términos similares, pues documento, que es palabra

²² Jiménez Arnau, Enrique, **Derecho notarial**, pág. 403.

se deriva del latín documentatum, y esta, a su vez, de docere, que equivale a enseñar, importa el escrito donde se hace constar alguna cosa.”²³

Simplificando las definiciones vertidas por los tratadistas es posible definir el Instrumento Público como el documento público autorizado por Notario.

3.3. Fines

Los fines del instrumento público se enmarcan dentro de los aspectos de forma y de prueba, y no podría ser de otra manera, ya que de lo que se trata al autorizar un instrumento público, es de dar forma a la voluntad de las partes, y que esa voluntad plasmada en el elemento papel sirva de plena prueba.

Miguel Fernández Casado, citado por el autor Oscar Salas, expresa que “dos son los fines principales que llena el Instrumento Público: a) Perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad; y b) Servir de prueba en juicio y fuera de él”²⁴.

3.4. Valor

Por su naturaleza misma el instrumento público tiene valor formal y valor probatorio. Valor formal cuando se refiere a su forma externa o el cumplimiento de todas las formalidades esenciales y no esenciales que contempla el código de notariado y leyes conexas, especialmente las formalidades contenidas en los Artículos 29 y 31 del Decreto 314. Ambos valores deben complementarse, debido a que no sería correcto que en un caso determinado, la forma fuera buena y el fondo estuviere viciado; o por el contrario la forma no es buena, por no haberse cumplido los requisitos o formalidades esenciales del Instrumento y el negocio o el fondo del asunto fuere lícito.

²³ Muñoz, **Ob. Cit**; pág. 5.

²⁴ Salas, Oscar, **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**, pág. 227.

3.5. Clases

Los instrumentos públicos pueden clasificarse por inclusión o no dentro del protocolo notarial como principales o dentro del protocolo y secundarios o fuera del protocolo.

Principales o dentro del protocolo, son los instrumentos públicos que van en el protocolo, como condición esencial de validez, en el caso de Guatemala se redactan necesariamente en papel especial para protocolo: La Escritura Pública, el acta de Protocolación y la Razón de legalización de firmas.

Secundarios o fuera del protocolo, constituyen los instrumentos secundarios los que no van en el protocolo, como condición esencial de validez, en el medio guatemalteco, las actas Notariales, Actas de legalización de firmas o auténticas y Acta de legalización de copias de documentos, así como las actas y resoluciones contentivas de los asuntos de Jurisdicción voluntaria en sede notarial que está facultado el notario a tramitar según el Decreto 54-77 del Congreso de la República.

3.6. El instrumento público en la legislación guatemalteca

El código de notariado guatemalteco, tiene regulado en el Artículo 29 las formalidades de los instrumentos públicos y en el Artículo 31 las formalidades que tienen el carácter de esenciales.

Haciendo un análisis del Artículo 29, se puede inferir que las formalidades que tiene reguladas son para la escritura pública y que éstas formalidades, no se aplican para las actas notariales, actas de protocolación, actas de legalización y razones de legalización, ya que estas tienen sus propia regulación en títulos separados y con sus propias formalidades.

De lo anterior se deduce que nuestra legislación notarial reconoce plenamente a la escritura pública como instrumento Público, mientras que la doctrina es mucho más amplia al respecto, al conferir el carácter de instrumento público a todos los documentos autorizados por notario, incluyendo por su puesto al acta y los testimonios o copias de los instrumentos.

Es importante mencionar además que el código de notariado guatemalteco, utiliza como sinónimo de escritura el término documento público, cuando en la razón de cierre regulada en el Artículo 12 indica que “el número de documentos públicos autorizados, razones de legalización de firmas y actas de protocolización”.

Como conclusión es posible afirmar que de conformidad con la legislación guatemalteca, el instrumento público por disposición legal es la escritura pública; que a la escritura se le tiene como sinónimo de documento público y que, cuando en el índice, se refiere a instrumentos incluye escrituras, protocolizaciones y tomas de razón de legalización.

3.7. Eficacia del instrumento público

Tanto la escritura como el acta notarial son instrumentos públicos pero existe una gran diferencia, pues mientras que la escritura contiene un acto jurídico, el acta contiene un hecho, en la escritura hay comparecencia, exposición, estipulación, otorgamiento y autorización, en cambio en el acta solamente hay requerimiento, narración del hecho y autorización.

El documento por excelencia dentro de los instrumentos públicos es precisamente la escritura pública, ya que en este documento el Notario juega un papel importante por que pone en juego todos sus conocimientos, de tal manera que registra la voluntad de los otorgantes, acomodándola a los preceptos legales

relativos al negocio pretendido por las partes, asegurando en esa forma la eficacia del acto.

“La eficacia del documento notarial es la fuerza o virtud que él tiene para provocar aquellos efectos previsibles como una consecuencia de su creación o existencia.”.²⁵

El instrumento público es por su naturaleza misma, eficaz, sin embargo esta eficacia tiene varias modalidades dentro de las que se encuentran la eficacia procesal, ejecutiva, constitutiva y de tráfico.

Eficacia procesal: Los efectos del instrumento público se relacionan con los derechos y las obligaciones contraídas por las partes, y tomándolo desde este punto de vista, produce plena prueba porque impone una reputación de autenticidad desde el preciso momento en que ha sido autorizado por un Notario que como quedó dicho anteriormente, es un profesional liberal que desempeña una función pública que consiste en dar fe, por estar investido de una potestad fedataria.

Tiene pues el instrumento público una autenticidad externa porque deviene del notario que lo autoriza y una autenticidad interna porque supone la veracidad de los hechos narrados por el notario y que han sido recibidos de las partes en el negocio jurídico. El instrumento público constituye plena prueba del negocio jurídico celebrado y su contenido no puede desvirtuarse mientras no se destruya su eficacia, es decir atacándola de falsedad.

El instrumento público de conformidad con lo anterior no necesita de reconocimiento judicial tal como sucede con el documento privado.

²⁵ Larraud, Rufino, **Curso de derecho notarial**, pág. 507.

La escritura pública es la de mayor jerarquía porque contiene un negocio jurídico registrado en el Protocolo del Notario, como un funcionario público con potestad fedataria. Por consiguiente, no puede dudarse de su autenticidad, toda vez que se ha cumplido con los requisitos establecidos.

El Código Procesal Civil y Mercantil, al referirse a la autenticidad de los documentos, en el Artículo 186, establece: “los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en el ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de reargüirlos de nulidad o falsedad.”.

Eficacia ejecutiva: La eficacia ejecutiva es la cualidad de determinados actos que permiten al acreedor obtener la ejecución de su derecho mediante la fuerza. Naturalmente que tal ejecución no procede por sí misma, sino que es absolutamente necesario ejercitarla por medio de un órgano jurisdiccional, es decir por un Tribunal competente.

El Artículo 327, numeral 1 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece que: “procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de testimonios de las escrituras públicas.”.

Como conocedores del derecho sabemos que el testimonio de una escritura pública dentro de un procedimiento ejecutivo, es una prueba preconstituida, o sea que existe plena prueba, y de ahí precisamente que el Juez previa calificación del mismo, si lo considerase suficiente y la cantidad que se reclama es líquida y exigible, despachará mandamiento de ejecución, ordenando el requerimiento y embargo de bienes.

Eficacia constitutiva: Cuando el Código civil establece que todo contrato de bienes inmuebles debe constar en escritura pública, se trata de un contrato solemne y en tal forma, el instrumento tiene un elemento constitutivo o con efectos

declarativos. En otras palabras, con el nacimiento del instrumento público, se lleva implícito su constitución. Las partes pueden en un momento dado pactar que no se considerarán obligadas respecto de determinado acto, mientras no le otorgaren por medio de una escritura pública. De tal manera que si la voluntad de las partes no se origina por la escritura pública, no hay vinculación y por ende, no habrá elemento constitutivo.

Cuando el notario es requerido para documentar un acto o negocio jurídico o sea que le están solicitando su intervención para formar debidamente el consentimiento, es decir, en el fondo es que la forma notarial sea constitutiva.

Eficacia de tráfico: La eficacia de tráfico del documento notarial consiste en que es aceptado de una forma pacífica. El Testimonio de la escritura debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, es un verdadero título de propiedad, al hacer referencia a negocios patrimoniales. Cuando se trata de un contrato de mutuo, el acreedor conserva el testimonio con la razón registral de la hipoteca constituida por el deudor de la obligación.

El notario en un contrato de compraventa de un inmueble, en la parte final de la escritura hace constar que tuvo a la vista el título de propiedad con el cual acredita su derecho el vendedor.

Es tan grande la aceptación de las personas del título de propiedad, que muchas personas, sobre todo en el interior de la república, cuando se trata de un préstamo de una cantidad de dinero, el deudor deja en poder del acreedor su título de propiedad en señal de garantía de cumplimiento de su obligación. En estos casos por desconocimiento de las personas no concurren con un notario para documentar el acto, pues tienen la creencia de que con el solo hecho de dejar o hacer entrega al acreedor de su título de propiedad, es suficiente, y el acreedor también está en la misma creencia, sin saber que en un momento dado de

incumplimiento del deudor, no existe un derecho real de garantía como lo es la hipoteca.

3.8. La escritura como instrumento público.

Núñez Lagos, dice que el notario en la escritura procede mediante audiencia. Es audiencia precisamente porque se reúnen las partes, los testigos y el notario que es el que preside la reunión, todo lo cual da como resultado el documento notarial.²⁶

En la audiencia existen una serie de actos que van sucediéndose en determinado orden hasta culminar con la autorización por parte del notario. Cuestión importante en la audiencia es la comparecencia de los sujetos, puesto que ellos son los que hacen la declaración de voluntad y, por consiguiente, tienen que estar en la presencia del notario.

La redacción es propia del Notario y es prácticamente una narración de todos los actos que integran la audiencia. En otros términos, viene a ser como el encuadramiento que realiza el notario acerca del negocio que los comparecientes desean formalizar.

La redacción tiene que responder por una parte, al requerimiento de los comparecientes y por la otra, con el conjunto de normas que fijan los límites de la actividad notarial.

Si bien es cierto, los comparecientes hacen la declaración de voluntad, también lo es que ellos por sí solos no pueden redactar el documento, toda vez que debe llevar una determinada forma jurídica que solo el notario dado sus conocimientos especiales puede hacerlo, y porque además es la persona investida de potestad fedataria.

²⁶ **Ibid**, pág. 346.

Por lo general cuando las partes llegan al despacho notarial, ya llevan un acuerdo con respecto al negocio que desean llevar a cabo, de tal manera que el notario recibe entonces las declaraciones de voluntad, luego entra a la redacción del documento y si los comparecientes hacen el otorgamiento, procede a la lectura y autorización.

En la escritura debe hacerse una diferencia entre lo que es el negocio propiamente hablando y la parte final de la misma, ya que en lo que respecta a lo primero, son las declaraciones de voluntad y otorgamiento de las partes, mientras que en la parte final, son cuestiones propias del notario, tales como la advertencia de los efectos legales, prevenciones, pago por impuestos, etcétera. En cuanto a las advertencias, pues éstas pueden variar en atención al negocio celebrado, antes de firmarse la escritura puede suceder que los otorgantes deseen que se haga alguna aclaración o interpretación de alguna de las cláusulas precedentes, lo cual puede hacerse perfectamente, pero si ello conlleva alguna cuestión de fondo, lo mejor es cancelarla y hacer otra.

Las partes deben quedar bien garantizadas en sus derechos y obligaciones, de tal manera que el instrumento notarial tenga plena eficacia.

Las escrituras pueden no llegar hasta la fase de autorización por la falta de las firmas de los comparecientes, imponiéndose ante tal circunstancia, la cancelación, dando el aviso correspondiente al director del Archivo General de Protocolos. Naturalmente que la razón de cancelación debe llevar la misma fecha de inicio de la escritura, o sea de la comparecencia de las partes. Respecto a la cancelación de la escritura se trae a colación el caso de que un notario cancelara el instrumento dos meses después de la fecha de la escritura, cuestión que es totalmente incorrecta, dada la coetaneidad que debe existir en la función notarial.

Existen algunos contratos cuyo requisito esencial para su validez, es que sean otorgados en escritura pública, tales como los negocios relacionados con bienes inmuebles registrables, el mandato, testamento, sociedad, etc.

Las escrituras públicas son susceptibles de ser clasificadas atendiendo a distintos factores según argumenta Jiménez Arnau, “se clasifican de la siguiente manera:

- 1) En atención a los comparecientes: en unilaterales y bilaterales.
- 2) Por la Naturaleza de la relación jurídica: entre vivos y por causa de muerte.
- 3) Por su tipicidad o atipicidad de la manifestación de voluntas que contienen en: contratos nominados o típicos e innominados o atípicos.
- 4) Por la clase de prestaciones que contienen: onerosas y no lucrativas o gratuitas.
- 5) Por las modalidades de las obligaciones: en simples, condicionales y a plazo.
- 6) Por las formalidades del otorgamiento en: escrituras con unidad de acto, con otorgamiento sucesivo y de adhesión.
- 7) Por su finalidad: en principales y accesorios.”²⁷

En la escritura pública hay elementos personales, reales y vinculatorios. Entre los primeros están los comparecientes, los testigos y el notario. Los elementos reales son la exposición, antecedentes y declaraciones que se relacionan con el objeto del contrato. el elemento vinculatorio es el que liga a las partes, la relación jurídica, el negocio y por ello se llama estipulación.

Es opinión generalizada que el autor del documento es el notario, por que es él quien da fe de forma jurídica al negocio para el cual ha sido requerido. El hecho de que sean las partes las que hagan las declaraciones de voluntad de ninguna manera implica que no sea el notario el autor de la escritura.

²⁷ Jiménez, **Ob. Cit**; pág. 417.

Con acierto el autor Jiménez Arnau, realiza una división de las partes que conforman la escritura pública, desglosándola, así: 1) comparecencia; 2) exposición; 3) estipulación; 4) otorgamiento y 5) autorización.²⁸

La comparecencia: Esta parte se refiere a los sujetos y al notario. Es la primera parte del instrumento en donde se determina el negocio a celebrarse así como las personas que intervienen. Dentro de esta parte deben consignarse el número de la escritura, el lugar y fecha, nombre del notario, nombre de los otorgantes con toda su identidad; todos estos requisitos establecidos en el Artículo 29 del Código de Notariado.

Entre los comparecientes los hay que comparecen en nombre propio y los que actúan en representación de otras personas. Al respecto es oportuno criticar alguna forma de redacción utilizada por algunos notarios así: “Ante Mi: ... Notario, comparece el señor: ... actuando en nombre propio”. Esta forma de redacción es inapropiada ya que cuando una persona comparece en nombre personal, no hay necesidad de decir que actúa en nombre propio, pues basta con consignarle su nombre y demás generales de ley.

La designación de los comparecientes debe hacerse con toda la individualización posible, es decir, el nombre completo, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, domicilio, relacionar el conocimiento o no que tiene el notario de la persona que comparece, o en su defecto su identificación por los medios legales debidos.

En los contratos entre vivos el notario no entra a calificar propiamente la capacidad mental de los comparecientes, caso contrario en la escritura de testamento abierto, por cuanto el Artículo 42 impone al notario el cumplimiento de este requisito así: “Fe de la capacidad mental del testador, a juicio del Notario.

²⁸ **Ibid**, pág. 516.

En cuanto a la nominación del negocio a celebrarse es un asunto de conveniencia, pero no es obligatorio. Si el negocio, está perfectamente definido resulta más apropiado nominarlo, sin embargo si el acto o negocio no está definido con precisión o existe duda, este cae dentro de la esfera de los contratos innominados.

En la comparecencia hay que tomar en cuenta cuando el compareciente actúa en nombre de otra persona, que el notario tiene que tener a la vista el documento que acredita la representación, examinarlo para ver si existen facultades suficientes para la realización del negocio a celebrarse y hacerse además la descripción respectiva del documento acreditativo. El código de notariado dice que el notario hará constar que la representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio para el otorgamiento del acto.

La representación puede ser de una persona individual o jurídica, incluso del Estado, de sus instituciones descentralizadas, de menores, de incapacitados, etc.

En la representación de una persona individual se puede afirmar que es una cuestión de tipo voluntario, no sucediendo lo mismo con la representación de las personas jurídicas en donde se da una representación de tipo legal, toda vez que tratándose de una persona no física o sea de una ficción jurídica, ésta no puede comparecer, de donde se hace necesario que se designe a la persona individual que ha de representarla en juicio y fuera de él. Esta representación por lo general se hace mediante Acta Notarial, donde se hace constar el nombramiento, documento que debe registrarse como corresponde. En las escrituras de sociedad sucede a veces que se estipula el poder delegar la representación, casos en los cuales debe otorgarse la escritura de Mandato.

Entre los casos de representación legal tenemos también el de los menores e incapaces. Caso en el cual el documento fehaciente para tal representación es

la certificación de nacimiento y de la resolución y aceptación del cargo respectivamente.

Tanto la identificación del compareciente como la capacidad del mismo, cuestiones tan importantes en la escritura notarial contribuyen a dar eficacia, autenticidad y fuerza ejecutiva al documento. No ocurre lo mismo en el acta notarial, puesto que en este documento el notario solamente hace constar un hecho o circunstancia que le conste, de tal manera que no es indispensable la identidad del requirente.

Al notario le es imposible lograr una certeza absoluta sobre la identidad de una persona y como no puede llegar hasta una actividad de investigación propiamente hablando, solo debe identificarlo con su cédula de vecindad o pasaporte, según sea el caso, cuando no sean del conocimiento personal del notario.

El código de notariado establece que cuando el notario no conociere a los otorgantes, hará la identificación por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte o por medio de dos testigos conocidos por el notario o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente.

En la fase de la comparecencia merecen especial mención los testigos instrumentales, en el entendido de que en Guatemala, únicamente son necesarios para el otorgamiento de testamento abierto. Se llaman testigos instrumentales por que toman conocimiento de los hechos ocurridos en su presencia.

Los testigos instrumentales por el hecho de darse cuenta de los hechos que ocurren en su presencia durante el desarrollo del acto, no quiere decir que sean partícipes de la fe notarial, ya que ésta es exclusiva de el notario.

El acto testamentario está rodeado de más formalidades que los contratos entre vivos, y ello es precisamente por su carácter de tener consecuencias hasta la muerte del autor de la herencia. Si el testamento en un momento dado es impugnado de falsedad, entonces los testigos concurren al Tribunal para informar sobre su intervención.

Es importante que el notario se asegure plenamente de la identidad de los otorgantes pues ello conduce a la certeza del documento en cuanto a su origen, que sea pues la verdadera persona con la personalidad que dice tener, y en el ejercicio de la personería que dice ostentar.

También están los testigos que se denomina rogados y son aquellos que firman a ruego del que no sabe firmar o para que traduzca al compareciente que no sabe el idioma español, aunque en este último en realidad no es un testigo en sí, sino un interprete.

La exposición: Es la parte de la escritura en donde se describe en objeto de la relación o del acto de voluntad que sobre tal objeto va a verificarse. En otras palabras, es lo que también se llama antecedentes del negocio sobre el cual va a recaer las manifestaciones de voluntad o estipulaciones que hayan de hacer los comparecientes.

Esta parte del documento notarial es muy importante, sobre todo en la contratación inmobiliaria, toda vez que los inmuebles están sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad, de tal manera que la identificación del objeto debe ser lo más preciso y completo, evitando así el rechazo registral de las operaciones correspondientes. El notario pues debe poner todo su cuidado en la descripción respectiva. Del tal modo que resulta aconsejable que cuando el notario advierta un error en la identificación del inmueble, consultar los asientos registrales, porque de lo contrario se corre el riesgo de un rechazo.

Otro asunto fundamental es el examen del notario sobre el título de propiedad del vendedor para ver cómo deviene propietario. Sobre la identificación no solamente en cuanto a bienes inmuebles, sino que también es importante en la contratación de muebles, sobre todo aquellos que son perfectamente identificables, por lo que una vez más se impone como importante en la fase expositiva de la escritura la correcta identificación del bien objeto del contrato.

La estipulación: Esta parte de la escritura también suele llamarse parte dispositiva o simplemente disposiciones. En esta parte es donde se establecen los acuerdos, pactos y modalidades del negocio jurídico que se documenta. Constituye la parte fundamental de la escritura, determina el contenido y eficacia de las voluntades de las partes, y de ahí precisamente que el notario como un técnico debe ser sumamente cuidadoso, de tal manera que el documento llene su finalidad, tomando además en consideración que es aquí donde se crea el vínculo entre los contratantes, con efectos constitutivos y declarativos.

El Notario al redactar esta parte del instrumento, prácticamente esta contribuyendo a la creación de una norma privada de derechos con aplicación entre las partes, por lo que debe hacerse una interrelación con las normas substantivas para que esté acorde con la voluntad de los otorgantes. Al respecto debe considerarse lo establecido en el Artículo 1519 del Código Civil, que dice que desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes.

Conociendo ya el Notario la intención de los contratantes, entra a la redacción, reflejando con la claridad lo referente a los derechos creados, transmitidos, modificados o extinguidos, estableciéndose en consecuencia los derechos y obligaciones de los otorgantes, las reservas y limitaciones, las

condiciones, modalidades, plazos y pactos. Al respecto los Artículos 29, numeral 7 y 31 numeral 5, del Código de Notariado, establecen: “La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato, con sus modalidades.

Como consecuencia de las estipulaciones de los comparecientes se derivan algunos deberes para el notario, con son las advertencias legales sobre los derechos y obligaciones que contraen las partes como consecuencia del otorgamiento.

Otros deberes del notario son también los relacionados con la advertencia a los otorgantes sobre el pago de impuestos y tiempo para ello, así como la presentación del testimonio al Registro Público si corresponde. En lo que respecta al pago de impuestos, el notario viene a ser como un colaborador ad-honorem del Ministerio de Finanzas Públicas.

Las advertencias las debe hacer el notario a continuación de las estipulaciones, pero se acostumbra redactar en la parte final de la escritura. Al respecto el Código de Notariado en el Artículo 11 dice: “La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos.

El otorgamiento: Tratadistas como Gonzalo de las Casas y Fernández Casado, dicen que “el otorgamiento y la autorización son una misma cosa”.²⁹ Otros autores entre ellos Gonzáles Palomino y Núñez Lagos dicen que son dos cosas completamente distintas. Esta última teoría es la más aceptada toda vez que el otorgamiento es una cuestión que sólo compete a las partes, mientras que la autorización es exclusiva del Notario. Gonzáles Palomino referido por Jiménez Arnau dice que “el otorgamiento es la declaración del compareciente de que las

²⁹ **Ibid**, pág. 668.

manifestaciones de verdad o de voluntad que se le imputan por el notario en el texto del instrumento hechas por él son exactas y las acepta como propias”.³⁰

Bastante afortunada resulta la definición del otorgamiento que hace Gonzáles Palomino, porque como quedó dicho anteriormente, en la estipulación los comparecientes han hecho sus declaraciones de voluntad respecto al negocio que se documento, pero hasta aquí son solamente afirmaciones, y no es sino hasta en la aceptación del negocio que se da propiamente el otorgamiento. En otras palabras, aquí es donde verdaderamente se presta el consentimiento y es este precisamente lo que da la pauta al notario para proceder a la autorización.

No cabe duda que los comparecientes tienen perfecto derecho a leer por sí mismo el contenido del instrumento, es decir, que no se les puede vedar ese derecho, aunque generalmente es el notario el que lee. El Artículo 29, numeral 10 del Código de Notariado, dice: “la fe de haber leído el instrumento a los interesados, su ratificación y aceptación”.

Dentro de las formalidades para los testamentos, el Artículo 42, numeral 6, del Código de Notariado, establece: que “el testamento se lee 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, sí lo contenido en ellas es la expresión fiel de su voluntad”.

El consentimiento se produce cuando los comparecientes manifiestan su conformidad con el contenido de las declaraciones y estipulaciones. En lo tocante a la firma de los comparecientes el documento solo puede ser considerado como tal si está terminado, y esta terminación solo puede darse cuando está firmando por las partes, ya que de lo contrario solo es un papel. Que la firma contiene dos declaraciones, la de que el documento esta terminado y en la que el firmante asume como propio el contenido, del que se hace responsable.

³⁰ **Ibid**, pág. 670.

Los Artículos 29, numeral 12 y 31, numeral 6, del Código de Notariado establecen al respecto: "Las firmas de los otorgantes o la impresión digital en su caso. Si el otorgante o supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho, y en su defecto otro que especificara el notario, firmando por el un testigo".-

Es tan importante la firma del instrumento notarial, que el Código de Notariado en el Artículo 31 la considera como una formalidad esencial y cuya emisión según el Artículo 32 del mismo Código da lugar a demandar la nulidad del instrumento.

La autorización: Como quedó apuntado anteriormente, el instrumento principia con el requerimiento y termina con la autorización del notario, la cual se da con su firma y desde ese preciso momento entra en el tráfico mercantil, con sus efectos constitutivos, procesales y ejecutivos.

Si el instrumento no es firmado por el notario, no puede considerarse como público, pero si ha sido firmado por las partes entonces es solamente un documento privado.

El Artículo 29, numeral 12, del Código de Notariado, establece que en el instrumento público, el notario debe poner su firma precedida de las palabras ante mí.

CAPÍTULO IV

4. Formas de reproducción de los instrumentos públicos

Reproducir un instrumento público consiste en faccionar una copia fiel de la escritura matriz expedida por el Notario, esta actuación notarial de conformidad con los autores doctrinarios recibe distintos nombres tales como Testimonios, copias, traslados y otros.

El autor Oscar Salas, expresa la importancia de los testimonios que expiden los notarios y hace la comparación con el sistema Sajón por los documentos únicos así “En el sistema notarial anglosajón, el notario entrega a las partes interesadas los originales del instrumento ante él otorgado. No es así en el sistema latino, donde el notario conserva el original del instrumento y expide a los interesados traslados del mismo que sirven para probar su contenido y para ejercitar los derechos adquiridos en el acto o contrato o derivados del hecho que autentica. Obvias razones de interés público aconsejan guardar en un registro público (protocolo) los documentos notariales (al menos aquellos cuyos efectos se prolonguen en el tiempo), pues no sólo las partes, sino también sus causahabientes y hasta los terceros y el estado mismo, pueden tener interés en esos documentos que autentican los más importantes hechos y negocios jurídicos. Así mismo, los otorgantes necesitan poner a buen recaudo los originales de tan relevantes documentos, asegurándose así contra la destrucción fortuita o accidental, o aún maliciosa de los originales que quedasen en su poder. No obstante, los otorgantes y demás interesados necesitan tales documentos para la prueba y ejercicio de sus derechos. A la satisfacción de tal necesidad, es que responden los traslados o reproducciones de los documentos notariales originales.”³¹

³¹ Salas, **Ob. Cit**; pág. 283.

Según el autor Larraud, Rufino el Testimonio notarial es: “el traslado en que un escribano reproduce otro instrumento, asegurando bajo su fe la existencia y tenor literal de él, aunque sin habilitarlo formalmente para que subrogue en todos sus efectos al original.”³²

Según el autor Miguel, Fernández Casado copia es: “La reproducción literal de un instrumento público protocolizado por Notario competente con las formalidades de derecho.”³³

En nuestro medio el notario guatemalteco puede reproducir la escritura matriz con valor legal expidiendo testimonios o copias simples legalizadas, así mismo los testimonios de la escritura matriz son elevados al carácter de instrumentos, de conformidad con lo establecido en el artículo 70 del código de Notariado.

4.1. Copia simple legalizada

Se denomina así a la copia fiel de la escritura matriz, acta de protocolación y razón de legalización, que expide el notario para cualquier interesado sin cubrir más impuestos, que los timbres fiscales de cincuenta centavos que adhiere, a razón de uno por cada hoja empleada para expedir la copia.

Es importante hacer la observación que nuestra legislación notarial relaciona la denominación de copia simple legalizada, dado que no obstante el hecho de que está legalizada debidamente por el Notario autorizante por imprimir su firma y sello en cada una de las hojas de la copia respectiva, en la misma no se cubre ningún impuesto más que el de cincuenta centavos por hoja utilizada, por eso resulta ser simple, ya que la misma no puede ser equiparada con un

³² Larraud, **Ob. Cit**; pág. 479.

³³ Fernández, **Ob. Cit**; pág. 417.

testimonio, solamente permite demostrar la existencia del instrumento que reproduce pero no puede producir efectos registrales.

4.2. Testimonio

En nuestro medio el Testimonio se conoce como primer testimonio, según el orden en que se extiendan, según el autor Nery Muñoz Testimonio “es la copia fiel de la escritura matriz, acta de protocolación y razón de legalización, que expide al interesado, el Notario que lo autorizó, u otro que está expresamente facultado, para ello, en el cual se cubre el impuesto a que está afecto el acto o contrato que contiene”³⁴.

De conformidad con nuestra legislación notarial y la definición contenida en el artículo 66 del Código de Notariado, testimonio es la copia fiel de la escritura matriz, de la razón de autenticación o legalización, o del acta de protocolación, extendida, sellada y firmada por el notario autorizante o por el que deba substituirlo, de conformidad con la ley.

4.3. Testimonio especial

Es la copia fiel de la escritura matriz, acta de protocolación y razón de legalización, que expide el Notario para el Archivo General de Protocolos, en el cual se cubre el impuesto del timbre notarial, conforme el acto o contrato que contiene.

El notario de conformidad con el Código de Notariado está obligado a expedir un testimonio que reviste el carácter de especial, ya que este no es entregado a las partes interesadas sino que debe ser remitido al Director del Archivo General de Protocolos, con el objeto de que este colecciona una copia de todos los instrumentos públicos autorizados por los notarios guatemaltecos, esto para

³⁴ Muñoz, **Ob. Cit**; pág. 34.

asegurar la reposición del protocolo notarial en caso de pérdida, extravío o deterioro y para resguardar la fidelidad del acto o negocio jurídico contenido en los distintos instrumentos autorizados. El plazo para el cumplimiento de esta obligación es de veinticinco días hábiles de conformidad con lo establecido en el Artículo 33 del Código de Notariado.

4.4. Expedición del testimonio

De conformidad con lo establecido en la legislación notarial guatemalteca, están facultados par expedir testimonio de los instrumentos públicos, el Notario que lo autorizó lo cual es la regla general y sólo en casos excepcionales, puede autorizarlo otro notario; el código regula en el Artículo 67 que los testimonios serán compulsados por el notario autorizante; por el funcionario que tenga el protocolo en su poder, se está legalmente autorizado para ejercer funciones notariales, o por el cartulario expresamente encargado por el notario autorizante que esté temporalmente impedido para hacerlo.

Los casos de excepción pueden darse cuando el notario que autorizó la escritura, está inhabilitado para ejercer y corresponde al director del archivo General de Protocolos, expedir el testimonio, como también los casos de notarios fallecidos.

También puede hacerlo otro notario, que haya sido encargado expresamente por el notario autorizante que esté temporalmente impedido para hacerlo, y siempre y cuando el notario autorizado tenga el protocolo en su poder.

Lo expresado en el párrafo anterior fue previsto por el legislador para dar solución a un problema común y real, sin embargo lamentablemente en Guatemala existe una mala práctica, debido a que se acostumbra expedir testimonios a ruego del notario autorizante, sin que el ruego establecido en la ley efectivamente se hay otorgado, sin tener los protocolos del notario en depósito y

sin facultades para expedir los testimonios. En estos casos comúnmente no se tiene a la vista la escritura matriz, sino una copia o fotocopia de la misma y se extiende el testimonio. Esto es incorrecto y manifiestamente contrario a derecho, debida a que un Notario estaría expidiendo una copia fiel de la escritura matriz, sin haberla tenido a la vista lo cual es evidentemente contradictorio y estaría expidiendo el testimonio de un instrumento público autorizado por un Notario a su ruego sin que este ruego efectivamente exista.

Los Notarios se encuentran facultados para expedir testimonios de los instrumentos públicos autorizados por otros Notarios únicamente en los casos siguientes:

- a) Cuando el protocolo le ha quedado en depósito a otro Notario, por estar el titular fuera del país por un tiempo menor de un año, de conformidad con lo establecido en el Artículo 27 del Código de Notariado.
- b) En el caso de que el Notario que autorizó la escritura tenga un impedimento de tipo material o físico, como la doctrina le denomina, por ausencia del lugar (no necesariamente fuera del país), que se encuentre enfermo, o la falta material de tiempo, etc., estos casos aunque en nuestra legislación no se encuentran regulados expresamente, pueden darse en la práctica por lo que es recomendable, que la autorización conste por escrito, y así el otro Notario pueda actuar con toda la confianza necesaria y expedir los testimonios que fueran necesarios. En este caso debe cumplirse con lo establecido en el Artículo 72 del Código de Notariado, de indicar la circunstancia por la cual está expidiendo el testimonio y tener a la vista la escritura matriz.

4.5. Orden de expedición de los testimonios

Nuestra legislación no tiene ninguna regulación específica con relación al orden de los testimonios, pero dentro de su redacción utiliza los términos primer

testimonio para el que se extiende por primera vez; y segundo para que le sucede y en forma sucesiva según la cantidad de testimonios que se expidan y el orden que les corresponda.

Lo más común en el ejercicio de la función notarial del notario guatemalteco, es que se expida únicamente un testimonio, excepto cuando por alguna razón el interesado extravía el testimonio o necesita o requiere otro, el notario expide un testimonio más, o cuando en un solo instrumento se contienen derechos de varios otorgantes y resultan ajenos unos de los otros y así deben inscribirse en el Registro Respectivo.

En el caso de las Copias Simples Legalizadas, se pueden expedir tantas como sean requeridas por los interesados sin que su expedición se encuentre sujeta a ningún orden específico, simplemente se expiden cuando así lo requieren los interesados, sin embargo debe tomarse en consideración que las copias simples legalizadas no surten efectos registrales ya que en ellas no se cubre el impuesto al que se encuentra afecto el negocio o el acto que ampara o que contiene la escritura matriz, sin embargo es una prueba fehaciente de que el original o sea la escritura matriz que reproduce si existe. No se debe confundir la copia simple legalizada, con la copia legalizada o autenticada, ya que en el caso de la primera se aclaró que no se cubre impuesto alguno, mientras que en la segunda se cubre el impuesto correspondiente a razón de diez quetzales en timbres notariales, y cinco quetzales en timbres fiscales y en este caso es una fotocopia de la escritura matriz legalizada o autenticada, y en el primero se trata de una copia simple que es legalizada por el Notario mediante otro procedimiento y forma de redacción de la legalización, por lo que su denominación es ambigua ya que es una copia simple y a la vez es una copia legalizada.

De los Testimonios Especiales, el Notario únicamente tiene la obligación de entregar uno por cada instrumento que autoriza, en tal sentido no tendría razón expedir más de un testimonio especial, ya que el que se expide es para remitir al

Director del Archivo General de Protocolos, quien debe archivarlos, por seguridad jurídica y por si fuere necesario en un momento dado reponer los originales.

CAPÍTULO V

5. Testimonios expedidos en forma transcrita y la certeza jurídica

El testimonio expedido de manera transcrita por el Notario guatemalteco, consiste en realizar una transcripción literal del contenido de la escritura matriz seguida de una razón en la que se haga constar que se trata del testimonio del instrumento público que se reproduce mediante la transcripción, siendo esta de conformidad con la redacción de la norma que contiene lo relativo a la expedición de los testimonios, la manera más convencional para realizarlo, sin embargo dado que la norma fue redactada en una época en la que los avances tecnológicos no permitían cómodamente otra forma de reproducir la escritura matriz, la redacción de este norma a la fecha resulta obsoleta, ya que las instituciones y las personas individuales prefieren tener a la vista una copia mediante el sistema de reproducción por fotocopias en donde aparecen las firmas de los comparecientes y la del Notario así como su sello, permitiendo también que se crea o que se deposite fe en que el contenido de la fotocopia es plenamente coincidente con el contenido de la Escritura Matriz que reproduce. Por tal razón este capítulo constituye el punto medular del presente trabajo de investigación, ya que lamentablemente en la actualidad el carácter de confiable que debe revestir la fe pública notarial está atravesando una crisis institucional. De tal suerte que en algunas instituciones públicas como el Registro General de la Propiedad de la zona Central y el Ministerio de Finanzas Públicas, dudan de la fe pública notarial, al grado que si un notario presenta para su inscripción un testimonio expedido en forma transcrita le exigen al mismo que presente el folio o los folios de papel especial para protocolo que contienen el instrumento público dubitable. Violentando así los derechos que de conformidad con la ley le asisten al Notario autorizante de dicho instrumento, ya que su fe pública se encuentra en cuestión y el mecanismo por el cual le obligan a presentar la escritura matriz o en el mejor de los casos una fotocopia de la misma no se encuentra regulado en ninguna ley ordinaria, y aún que así fuera no se encuentra establecido en el Código de

Notariado que es la ley especial que regula el ejercicio de la función Notarial, por tanto aún cuando sea justificable el actuar de las instituciones mencionadas el mismo no se encuentra apegado a derecho y atenta contra los derechos del Notario, debiéndose por lo tanto generar una solución viable, actualizada y conveniente al problema que no perjudique ni restrinja los derechos que por ley tiene el Notario.

Resulta evidente que los testimonios de las escrituras públicas autorizados por los notarios guatemaltecos en forma transcrita, adolecen de una falta de credibilidad por parte de algunas instituciones, así como por algunas personas individuales que sienten más seguridad jurídica al ver la fotocopia del instrumento público reproducido en el cual consten las firmas de los otorgantes, sin embargo los orígenes de esta falta de certeza legal son múltiples ya que además de poder hacerse mediante la transcripción literal del contenido de la escritura matriz, la ley faculta al Notario guatemalteco para expedir testimonios de los instrumentos públicos que se otorgan ante sus oficinas mediante el sistema de fotocopias que consiste en fotocopiar la escritura matriz y finalizar el testimonio con una razón puesta a continuación de la copia o en hoja separada en la que se haga constar que dicho documento consiste en el testimonio de la escritura pública reproducida, la cual se ha convertido por razones de facilidad y de acceso tecnológico y seguridad jurídica en el sistema más utilizado en la expedición de los testimonios respectivos de la escritura matriz, sin embargo muchos notarios insisten en utilizar el sistema de transcripción para la expedición de testimonios de los instrumentos públicos que autorizan y los mismos carecen de certeza jurídica por las razones que serán analizadas a continuación.

5.1. Causas que originan la falta de certeza jurídica de los testimonios de los instrumentos públicos expedidos en forma transcrita

La credibilidad o la certeza jurídica que deben ostentar todos los testimonios de los instrumentos públicos autorizados por los notarios

guatemaltecos, se ve menguada en el caso de los testimonios expedidos en forma transcrita por múltiples razones, sin embargo estas pueden agruparse y resumirse en razones de tipo ético y de tipo técnico, al justificar la falta de certeza jurídica de los testimonios expedidos en forma transcrita, los empleados públicos y privados que por razones de su cargo se encuentran relacionados con dichos testimonios y los mismos notarios entrevistados, coincidieron en que actualmente cualquier notario tiene acceso a una máquina fotocopidora, lo cual hace que sea más fácil expedir testimonios por medio del sistema de fotocopias y le resta razón de ser a la necesidad de expedir testimonios en forma transcrita, y que los testimonios expedidos en forma transcrita presentan una serie de anomalías que en una escala que de menos a más degradan la certeza jurídica de dichos testimonios, especialmente por el mal uso que de dicha técnica han hecho algunos notarios, y en el peor de los casos algunas personas inescrupulosas que sin ser notarios, realizan transcripciones de instrumentos públicos inexistentes y los firman y sellan como si lo estuviera haciendo el notario, pudiendo clasificarse dichas anomalías en su escala respectiva de la manera siguiente:

a- Uso de tecnología inapropiada: Cuando las transcripciones de los instrumentos públicos se realizan a máquina mecánica con frecuencia se cometen algunos errores de tecleado que no obran en la escritura matriz o en el instrumento que se reproduce, lo cual impide que el testimonio transcrito sea una copia exacta del instrumento original, esto genera una justificada desconfianza ya que si bien es cierto que comúnmente los errores resultan evidentes y no alteran el fondo del acto amparado por el testimonio expedido, también lo es que en un momento dado el error puede recaer sobre un extremo sustancioso del instrumento como el nombre de los otorgantes por ejemplo, en el caso de que la inclusión, exclusión o sustitución de una letra por otra genere la incomprensión del nombre, o en el caso de que el error recaiga sobre un número o señal de identidad del bien objeto del acto o negocio, etc. En todo caso debe entenderse que el uso de una máquina mecánica resulta obsoleto e inapropiado para la

transcripción de documentos y más aún para la expedición de testimonios de instrumentos públicos.

b.- Omisión de errores: Con frecuencia en el faccionamiento de los testimonios a través del sistema de transcripción se incurre en el uso inapropiado de omitir errores que constan en la escritura matriz y que por razones de espacio no pueden ser salvados en el Instrumento Público original, generando en consecuencia una total incongruencia entre el contenido de la escritura matriz reproducida y el testimonio que cumple los respectivos efectos jurídicos a nivel registral o judicial. Este tipo de inconsecuencias detectadas por los funcionarios que por alguna razón se encuentran vinculados a dichos testimonios, generan en una medida la evidente desconfianza que adolecen los testimonios expedidos en forma transcrita. Algunas veces se realiza esta práctica sin mediar mala fe por parte del notario autorizante y en otras ocasiones se produce como consecuencia de una acción deliberada para omitir los errores que obran en el texto original y cuya corrección resulta demasiado difícil, incomoda o imposible, sin que esto implique una modificación sustancial del negocio jurídico en concreto, sino que recae exclusivamente sobre la forma del instrumento público que lo contiene, inclusive en algunos casos se incurre en esta práctica por razones puramente estéticas ya que la escritura matriz se encuentra plagada de testados y entrelíneas que la hacen visiblemente defectuosa y desagradable al ojo, en tanto que el testimonio transcrito no revela los testados y entrelíneas que constan en la escritura matriz.

c.- Alteración del negocio jurídico. Esta anomalía que se ha detectado en algunos testimonios faccionados mediante la transcripción del contenido de la escritura matriz, se dan en dos sentidos, el primero de ellos consiste en que en el testimonio transcrito se insertan algunos datos que originalmente no constan en la escritura matriz, por ejemplo la constitución de un usufructo dentro de un contrato de compra venta o incluyendo en la venta de un bien otro más que no haya sido cedido, y el segundo se da mediante la modificación o alteración de los datos que

si obran en el instrumento reproducido, por ejemplo consignando en el testimonio del instrumento que un mandato es general cuando es especial, o bien que es gratuito cuando en realidad es oneroso, sin que esto implique la inexistencia del negocio jurídico, sino más bien suele pasar que el negocio jurídico si existe y el mismo se perfeccionó sin embargo se documentó en forma incompleta o en forma incongruente con la voluntad de una de las partes o de todas, lo cual sería subsanable mediante una ampliación, sin embargo por no existir en ese momento intereses controvertidos, simplemente se ahorra el tiempo y los recursos, corrigiendo, adhiriendo, modificando o subsanando las deficiencias que pudiera adolecer el Instrumento Público original.

d.- Inexistencia del negocio jurídico: Esta resulta ser la forma más agravada y perjudiciosa del mal uso de los testimonios expedidos en forma transcrita, ya que en esta forma de mala practica se documenta un negocio jurídico que no existe, lo cual genera perjuicios directos sobre los derechos de las personas. Este tipo de documentos han sido detectados en el Registro General de la Propiedad y resulta ser una Falsedad Material e ideológica que comúnmente recae sobre bienes inmuebles y documenta la enajenación de un bien inmueble que no existe y tiene varias modalidades, al punto que se ha identificado a varias bandas de estafadores que se valen de esta facultad notarial para realizar sus actividades ilícitas, expidiendo testimonios de instrumentos públicos que no existen, en muchos de los casos falsificando la firma del Notario que supuestamente autoriza los instrumentos públicos reproducidos, sin embargo al iniciarse los procesos judiciales respectivos para determinar la eficacia de dichos testimonios se comprueba que en la hoja de papel especial de protocolo que contiene el instrumento que supuestamente se reproduce no existe instrumento alguno que tenga relación con el testimonio inscrito en el Registro de la Propiedad Respectivo, y que si el mismo existe no contiene una relación exacta con el negocio jurídico documentado en el testimonio expedido. Otro fenómeno propio de este tipo de falsedad, consiste en el hecho de que en algunos casos el testimonio si es expedido o firmado por el Notario autorizante, quien eventualmente resulta

responsable penalmente por el hecho de haber autorizado faltando a sus obligaciones profesionales un instrumento que no debió nacer a la vida jurídica por no ser reales los extremos consignados en el testimonio expedido. En otros casos al realizarse el proceso judicial respectivo con el objeto de declarar la nulidad del Instrumento Público, del Negocio Jurídico o la cancelación de la Inscripción Registral respectiva según el caso, se descubre al realizar estudios grafo técnicos que la firma plasmada en el Testimonio expedido en forma transcrita no fue firmado por el Notario que supuestamente aparece autorizando dicho instrumento transcrito según casos concretos. Este tipo de hechos generan expectativa y desconfianza que conduce a las instituciones y las personas individuales o jurídicas a la toma de medidas de hecho que son antijurídicas y que contradicen la ley restringiendo así los derechos que por ley corresponden al Notario.

5.2. Principales consecuencias generadas por la falta de certeza jurídica de los testimonios de los instrumentos públicos expedidos en forma transcrita

Las consecuencias que ha generado la falta de credibilidad que adolecen los testimonios de las Escrituras Públicas expedidos por los notarios guatemaltecos en forma transcrita, son múltiples ya que la falta de certeza, se traduce como la falta de credibilidad que adolecen los instrumentos relacionados, de tal suerte que la fe pública notarial resulta dubitada, por las personas que de algún modo se encuentran relacionadas con dichos testimonios al grado que en algunos casos exigen al Notario autorizante requisitos no contenidos en el Código de Notariado, ni en otra ley y que vulneran los derechos de los Notarios contenidos en el cuerpo normativo de la materia.

Los inconvenientes que produce la falta de credibilidad pueden clasificarse en tres grandes grupos, dependiendo de la perspectiva desde que se enfoca el fenómeno:

5.2.1. Desde la perspectiva de los particulares

Según manifestaron algunos notarios han encontrado algún inconveniente en la expedición de estos testimonios, por la apreciación que de ellos tienen los particulares usuarios de los servicios profesionales que presta el notario, quienes dudan de la legitimidad del testimonio, por no estar contenidas las firmas de las partes que comparecen en el instrumento público reproducido, lo cual en un momento dado obliga al profesional del derecho, a explicar la validez de dicho testimonio y las formas de reproducción del Instrumento público, o en casos más graves a expedir el testimonio respectivo a través del sistema de fotocopias, lo cual resulta más fidedigno y mejor apreciado por los particulares que prefieren ver en el testimonio reproducidas las firmas que fueron puestas en el instrumento original, el hecho de que no consten las firmas de los otorgantes en el testimonio transcrito sino únicamente la fe de que en el original sí se encuentran consignadas genera en algunos usuarios la creencia de que el testimonio expedida no tiene validez legal.

5.2.2. Desde la perspectiva de los funcionarios y empleados públicos

En algunas instituciones públicas como el Registro General de la Propiedad de la Zona Central, el Ministerio de Finanzas Públicas, el Ministerio de Gobernación y algunos Registros Civiles, se han detectado algunos inconvenientes y anomalías en los testimonios de los Instrumentos Públicos expedidos en forma transcrita, lo cual ha obligado a dichas instituciones a tomar algunas medidas con el objeto de evitar incluso la comisión de hechos ilícitos, o admitir un testimonio que no sea fidedigno y que en su oportunidad genere inconvenientes de carácter técnico o jurídico dentro de la institución, por no coincidir con el instrumento que reproduce. Esta situación ha generado inconvenientes para los notarios que hacen uso de estas instituciones por razones de su función notarial, ya que los funcionarios encargados de inscribir o anotar los actos contenidos en los testimonios presentados por orden de sus superiores

jerárquicos se han visto obligados a incurrir en una serie de actos que atentan contra la fe pública notarial y que no tienen ningún fundamento legal sino que estrictamente fáctico esto por que las razones que justifican las medidas son ampliamente válidas, ya que solicitan que el Notario exhiba o adjunte al testimonio expedido en forma transcrita, una fotocopia del instrumento público reproducido para poder cotejar ambos, y determinar la veracidad del testimonio para darle trámite a la inscripción o modificación de la inscripción original que se afecta como consecuencia del contenido del Instrumento público, cuya copia transcrita es dubitada. En un caso más grave se exige al notario que exhiba la hoja u hojas originales de papel especial para protocolos que contiene o contienen el instrumento público compulsado.

5.2.3. Desde la perspectiva del notario

El Notario como depositario de la fe pública es el más afectado por la falta de certeza Legal que adolecen los testimonios que expide en forma transcrita, ya que es sobre quien recae el aspecto negativo o la duda, lo cual afecta directamente su integridad, ya que de algún modo desacredita al gremio la circunstancia de duda que rodea al testimonio transcrito, al cuestionar la fidelidad o autenticidad de la transcripción realizada y autorizada por el notario, se está cuestionando al Notario mismo, de tal suerte que al ser consultados al respecto del tema, se encontraron varias respuestas y formas de solución al problema, destacando dentro de ellos la modificación de las normas contentivas de la facultad de expedir testimonios transcritos, y el énfasis en la formación ética del Notario y en la formación de conciencia que debe conceder a sus egresados cada una de las facultades de derecho del país.

Dada la complejidad del problema investigado, por tener varios orígenes y varias consecuencias, las soluciones se presentan también son por su naturaleza complejas, especialmente debido a que las causas que originan la falta de credibilidad de los testimonios de los Instrumentos Públicos expedidos en forma

transcrita son múltiples en el presente trabajo se aglutinan en dos grupos, a saber a) los problemas de carácter legislativo y tecnológico; y b) los problemas de carácter ético; de tal suerte también las soluciones a dichos problemas se agrupan de la misma forma.

5.3. Modificación del código de notariado

Dado que al ser consultados sobre su posibilidad de acceso a una máquina fotocopidora, los Notarios entrevistados, en su totalidad afirmaron que se les facilita acceder a una de estas maravillas tecnológicas, es posible inferir que una solución viable es la supresión de los artículos de Código de Notariado que contienen las normas relativas a la facultad de expedir testimonios en forma transcrita, a esto es necesario agregar que la mayoría de Notarios admitió que actualmente no expiden testimonios sino exclusivamente a través del sistema consistente en fotocopiar las hojas de papel especial de protocolo que contienen la escritura matriz y completar el testimonio con una hoja adicional escrita comúnmente a máquina eléctrica o en computadora.

Es necesario hacer notar que en el momento histórico en el que el código de Notariado fue escrito, la forma más común y viable de expedir un testimonio de un instrumento público era el sistema de transcripción, por lo que no resulta difícil comprender por que razón este es de conformidad con lo establecido en nuestra legislación notarial el principal sistema o la forma más indicada para expedir los testimonios de las escrituras públicas autorizadas por los Notarios guatemaltecos. Sin embargo a la fecha considerando la crisis que atraviesa la fe pública inserta o contenida en el testimonio expedido en forma transcrita, los avances tecnológicos y la accesibilidad que los profesionales del derecho tienen a los mismos, así como los años, transformaciones y avances que han ocurrido desde la fecha de redacción del Código de Notariado y nuestros días se hace necesario modificar en sustancia nuestra legislación Notarial suprimiendo la facultad notarial de expedir testimonios en forma transcrita.

5.3.1. Formación ética del notario

La formación ética del Notario es un tema que ha sido abordado con poca seriedad, dado que dentro de las facultades de Derecho de la Guatemala no existe ningún curso específico de formación ética, y los valores deontológicos que inspiran la noble profesión del Notario son tratados de una manera somera dentro de los cursos de Notariado.

Es incuestionable que los conocimientos técnicos para el ejercicio del Notariado se adquieren de una manera aceptable en los cursos ordinarios de Notariado impartidos en las distintas Universidades, y en la preparación del examen técnico profesional (privado), sin embargo el aspecto ético de la formación notarial es algo que se ha tratado con poco interés y que para el tema problema en cuestión dentro del presente trabajo constituye una solución oportuna o en el menor de los casos un paliativo sustancioso. Una formación ética responsable, es una obligación de todas las Universidades del país, y dado que el ejercicio del Notariado en nuestro país requiere la honorabilidad de quien lo ejerce como un requisito habilitante, es necesario crear en el Notario, una conciencia plena de la responsabilidad de sus actos y en consecuencia formar Notarios más éticos.

El Notario está autorizado, de conformidad con la ley para dar fe, de los contratos y demás actos extrajudiciales, que son sometidos a su función.

En el medio guatemalteco el Notario como profesional conciente del papel que desempeña, es depositario de la fe pública notarial, que ha adquirido desde el momento de obtener el título profesional de Notario, esta misión encomendada tiene una gran importancia y del buen uso que se haga de la misma depende en gran parte la credibilidad que las personas depositan en los trámites en que intervenga el notario.

Desde el momento en que el Notario se encuentra investido de fe pública notarial, tiene la obligación de que en todos los actos en los cuales se requieren sus servicios profesionales actúe únicamente con la verdad teniendo como base de todas sus actuaciones sus valores morales y principios de Ética Profesional.

En las distintas universidades del país, es necesario que el estudiante desde el inicio de su carrera pueda obtener principios sólidos sobre Ética profesional y hacerle conciencia de la importancia del buen uso de la fe pública en todos los actos en los que sea requerido.

Resulta preocupante que en la actualidad se desconfía del Notario y es este el tema central de la presente investigación, ya que no se le da el lugar que corresponde a este profesional del derecho y es por el mal uso que algunos notarios le han dado a la profesión, consecuencia de la falta de valores morales que deben regir la conducta humana y en especial la de los profesionales del derecho.

Tanto el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, asociaciones Notariales y el Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, les corresponde crear los mecanismos necesarios para que al Notario se le devuelva la credibilidad en todos sus actos y atacar públicamente todo acto que perjudique la dignidad del profesional del derecho, cuando éste actúe dentro del marco que le señala la ley.

La fe pública depositada en el Notario debe de tenerse como verdadera en todos sus actos mientras no se compruebe lo contrario y en este sentido debe de jugar un papel muy importante el Tribunal de Honor que funciona en el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, el que tiene la obligación de velar por el fiel cumplimiento de los notarios en todas las funciones en las cuales se requiere sus servicios profesionales, y debe de castigar drásticamente a los Notarios que hagan mal uso de la fe pública encomendada por cuya culpa se ha perdido la confianza depositada en el Notario. El Tribunal de Honor debe de actuar siempre sin

compadrazgos de ninguna clase y hacer público como medio de castigo el nombre del Notario a quien se le ha confirmado su participación en actos fuera de la ley.

En el Código de Ética profesional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, se establecen los siguientes Principios:

“Artículo 1.- El Abogado debe ser un servidor de la justicia y un colaborador de su administración.

Artículo 2.- Guardar el Secreto Profesional, constituye un deber y un derecho para el Abogado.

Artículo 3.- El Abogado debe de obrar con honradez y buena fe”. De lo cual puede deducirse que dado que para obtener el título de Notario es necesario obtener el título de Abogado, el encuadramiento de la persona del abogado previsto en los artículos precitados incluyen al Notario, pudiendo establecerse que el Notario debe obrar con honradez y buena fe, tal como está previsto en el Código referido.

La fe pública de la cual el Notario es depositario debe ser utilizada éticamente, dado que el uso no ético que algunos notarios han hecho de ella ha degenerado la condición fedante del notario al grado que muchas instituciones y personas particulares desconfían de la certeza y la verdad de las actuaciones notariales.

5.3.2. Cumplimiento de las normas

Nuestra ley Notarial contiene en su redacción algunas normas restrictivas, que imponen obligaciones al Notario para el ejercicio de su actividad profesional dentro de las cuales destaca por su importancia para garantizar la eficacia de la fe pública notarial la contenida en artículo treinta del Código de Notariado que establece que el Notario debe remitir al Archivo General de Protocolos un testimonio especial dentro del plazo de veinticinco días posteriores al del otorgamiento del Instrumento correspondiente, por tanto si esta norma fuera

cumplida de forma estricta, se evitaría en alguna medida que se incurriera en falsedades como documentar una declaración o contrato actual con fecha anterior, por tanto existiría la posibilidad de que los registros respectivos constataran mediante consulta con el Archivo General de Protocolos la existencia exacta del testimonio que se les presenta para su inscripción o registro si el instrumento fue autorizado con más de veinticinco días de anticipación a la fecha de presentación en el Registro o institución de que se trate y evitar con ello que el Notario sea puesto en la incomoda situación de tener que exhibir la hoja u hojas de protocolo en donde consta el instrumento cuyo testimonio se expide.

El Código de Notariado prevé la posibilidad de que el protocolo del notario guatemalteco, sea revisado o sea que sea sometido a un estudio por parte de funcionario competente delegado por el Director del Archivo General de Protocolos o por éste mismo en el cual se determine el cumplimiento de todas las formalidades exigidas por la ley para el ejercicio de Notariado en la documentación de instrumentos públicos, a este respecto podrían funcionarios delegados por el Director del Archivo General de Protocolos tomar testimonio transcritos escogidos de manera selectiva y que hayan sido presentados a los registros públicos respectivos a efecto de constatar la fidelidad de dichos testimonios con el contenido de la escritura matriz y de se necesario al encontrar una anomalía al respecto realizar una investigación más exhaustiva con el objeto de determinar si el Notario ha incurrido en algún tipo de falsedad en los testimonios transcritos que ha remitido a los distintos registro públicos del país, esto con el objeto de presionar a todos los notarios para que sean transparentes y fidedignos en la transcripción de los instrumentos que autorizan y menguar con esto la expedición los testimonios transcritos con el objeto de evitar dudas o actuaciones arbitrarias o ilegales por parte de las instituciones del estado o privadas o desconfianza por parte de las personas individuales que requieren los servicios del Notario.

5.3.3. Modernización del sistema notarial guatemalteco

Las posibilidades de modernización del sistema operativo notarial guatemalteco son ilimitadas, sin embargo entraremos a analizar algunas alternativas de modernización que de ser implementadas aumentarían en una medida sustanciosa la certeza jurídica de la fe pública notarial en general y de los testimonios de los instrumentos públicos expedidos por los Notarios guatemaltecos de forma transcrita en particular.

Los actuales avances tecnológicos permiten una serie de soluciones al problema de la falta de certeza que se genera al expedir testimonios de los Instrumentos Públicos en forma transcrita uno de ellos es la Implementación de una red electrónica notarial, o Sistema de Computo Gremial en red, el cual operaría de manera semejante a las redes de computo bancarias, las cuales se citan por ser el ejemplo más apropiado ya que no son infalibles pero si son extremadamente confiables al grado que si por ejemplo a un cuenta habiente le depositan a las 10:00 en punto de la mañana en una agencia bancaria ubicada en el Petén una determinada cantidad de dinero, él puede perfectamente consultar su saldo en una agencia bancaria de la Ciudad Capital o bien en un cajero automático de los ubicados en la Ciudad cinco minutos después por no decir en el acto mismo del depósito de manera simultánea, y al constatar que le fue efectuado el depósito, que la cantidad de dinero que esperaba le fue depositada, el cuenta habiente puede en consecuencia con la certeza del caso emitir un cheque por esa cantidad, con la absoluta seguridad de que dicho cheque va ser cambiado por el destinatario del mismo, en el momento en que se presente al Banco aún cuando apenas hubieran transcurrido veinte minutos después de realizado el depósito en el Petén. Dada la importancia del ejercicio del Notariado y la correcta aplicación de las normas podría con la voluntad necesaria y los recursos económicos suficientes implementarse un sistema de computo gremial mediante el cual se implemente la obligatoriedad a los Notarios colegiados actualmente para el ejercicio de la función notarial, de un equipo de computo que permita la conexión

en red con los principales registros públicos del país, el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala; el Organismo Judicial y especialmente el Archivo General de Protocolos de la Corte Suprema de Justicia a efecto de que la actuación forense y notarial del Abogado y Notario guatemalteco sea más eficaz, modernizada y en especial la función notarial tenga la certeza jurídica que el sistema de notariado guatemalteco necesita. En este orden de ideas la implementación del sistema de computo relacionado permitiría que el notario al faccionar un instrumento público estuviera obligado a solicitar autorización para el efecto o en el menor de los casos notificar inmediatamente sobre la elaboración del documento, sin perjuicio que una pantalla electrónica permitiría que los signatarios del instrumento público faccionado calcen sus firmas o huellas según el caso electrónicamente y que las mismas queden registradas en el sistema, en la fecha exacta en que fueron puestas, teniendo como beneficio adicional el hecho de que el testimonio especial del instrumento público faccionado, se rendiría de manera automática y el impuesto notarial a pagar se sumaría a la cuenta del notario que autorizó el instrumento y el mismo le sería recargado en su cuota trimestral de colegiado, con esto se lograría que la certeza con relación a la fecha de faccionamiento del instrumento fuera irrefutable, así como las firmas de los comparecientes en dicho instrumento serían innegables y la fe pública notarial sería una facultad ejercitada con márgenes muy reducidos o inexistentes de falsead, de modo que el notario después de agotado el procedimiento de elaboración suscripción y autorización de un instrumento público podría perfectamente sacar una impresión de lo escrito y autorizar el testimonio de dicho instrumento en forma transcrita debiendo acompañar al registro respectivo en donde dicho instrumento deba surtir efectos jurídicos el comprobante del Archivo de Protocolos donde conste que el testimonio especial de dicho instrumento fue ya recibido por dicha institución; lo cual para facilidad del Notario se haría mediante una clave que se le asignaría a dicho profesional autorizante para la impresión, en su propia computadora de la autorización debida con la firma electrónica del Director del Archivo General de Protocolos o el personal delegado para el efecto.

CONCLUSIONES

1. En algunas instituciones públicas, como el Registro General de la Propiedad de la zona Central y el Ministerio de Finanzas Públicas, dudan de la fe pública notarial, al grado que si un notario presenta para su inscripción un testimonio expedido en forma transcrita le exigen a dicho profesional que presente el folio o los folios de papel especial para protocolo que contienen el instrumento público dubitable o fotocopia de este en el menor de los casos.
2. Las personas individuales que requieren los servicios del notario, en algunos casos también dudan de la legalidad del testimonio transcrito por no aparecer sus firmas en ninguna parte de la transcripción.
3. Al poner en duda la fe pública del notario, se violentan los derechos que de conformidad con la ley le asisten, ya que la ley le faculta para expedir testimonios en forma transcrita y éstos deben surtir plena eficacia.
4. El mecanismo por el cual se obliga al notario, a presentar la escritura matriz, o en el mejor de los casos una fotocopia de la misma, no se encuentra regulado en ninguna ley ordinaria, y aún, así fuera, no se encuentra establecido en el Código de Notariado que es la ley especial que regula el ejercicio de la función notarial.
5. El dudar de la fe pública del notario en el caso concreto de los testimonios expedidos en forma transcrita, resulta justificable, pero el hecho de exigir al Notario que exhiba la escritura matriz no se encuentra apegado a derecho y atenta contra los derechos del Notario y contra su decoro y honorabilidad.



6. En la actualidad todos los notarios guatemaltecos tienen acceso a una máquina fotocopidora, lo cual hace que sea más fácil expedir testimonios por medio del sistema de fotocopias.
7. Dado el acceso a la tecnología que actualmente tienen los notarios, no existe la necesidad de expedir testimonios en forma transcrita, por lo que la norma que regula la expedición de testimonios de los instrumentos públicos debe ser actualizada según los avances tecnológicos de nuestros días.
8. Personas inescrupulosas sin ser notarios, realizan transcripciones de instrumentos públicos inexistentes y los firman y sellan como si lo estuviera haciendo el notario, lo cual ha degenerado aún más la credibilidad de esta técnica de reproducción de la escritura matriz.
9. Cuando las transcripciones de los instrumentos públicos se realizan a máquina mecánica o eléctrica sin memoria, con frecuencia se cometen algunos errores de teclado que no obran en el instrumento que se reproduce, lo cual impide que el testimonio transcrito sea una copia exacta del instrumento original.
10. Con frecuencia en el faccionamiento de los testimonios a través del sistema de transcripción se omiten errores que constan en la escritura matriz y que por razones de espacio no pueden ser salvados en el Instrumento público original, generando en consecuencia una total incongruencia entre el contenido de la escritura matriz reproducida y el testimonio que cumple los respectivos efectos jurídicos en el ámbito registral y judicial, sin que esto implique la modificación de la sustancia del negocio jurídico contenido en el instrumento público que se ampara con dicho testimonio.

RECOMENDACIONES

1. Considerando la crisis que atraviesa la fe pública inserta o contenida en el testimonio expedido en forma transcrita, los avances tecnológicos y la accesibilidad que los profesionales del derecho tienen a dicha tecnología específicamente la fotocopidora, así como los años, transformaciones y avances que han ocurrido desde la fecha de redacción del Código de Notariado hasta nuestros días, en ese sentido es necesario que el Congreso de la República reforme en sustancia nuestra legislación notarial actualizándola.
2. Al actualizar la ley notarial también debe de suprimirse la facultad notarial de expedir testimonios en forma transcrita, y modificarse las normas que contienen los preceptos relacionados con la fiscalización de la función notarial, con el objeto de supervisar que cada notario cumpla con las obligaciones establecidas en el Código de Notariado fomentando así la ética profesional, la honradez y la disciplina en el ejercicio del notariado.
3. Desde el momento en que el notario se encuentra investido de fe pública notarial, tiene la obligación de que en todos los actos en los cuales se requieren sus servicios profesionales actúe únicamente con la verdad teniendo como base de todas sus actuaciones sus valores morales y principios de Ética Profesional, por lo que una formación ética responsable, es obligación de todas las Universidades del país, y dado que el ejercicio del notariado en nuestro país requiere la honorabilidad de quien lo ejerce como un requisito habilitante, es necesario que las autoridades de las universidades del país creen en el notario, una conciencia plena de la responsabilidad de sus actos y en consecuencia formen notarios más éticos cada vez.



4. La fe pública depositada en el notario debe de tenerse como verdadera en todos sus actos mientras no se compruebe lo contrario y en este sentido debe de jugar un papel muy importante el Tribunal de Honor que funciona en el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, el que tiene la obligación de velar por el fiel cumplimiento de los notarios en todas las funciones en las cuales se requiere sus servicios profesionales, y debe de castigar drásticamente a los notarios que hagan mal uso de la fe pública encomendada por cuya culpa se ha perdido la confianza depositada en el notario.
5. El Tribunal de Honor debe de actuar siempre sin compadrazgos de ninguna clase y hacer público como medio de castigo el nombre del notario de quien se le ha confirmado su participación en actos fuera de la ley en el ejercicio de su función.
6. El Código de Notariado prevé la posibilidad de que el protocolo del cual es depositario el notario guatemalteco, sea revisado o sea que sea sometido a un análisis por parte de funcionario competente delegado por el Director del Archivo General de Protocolos o por éste mismo en el cual se determine el cumplimiento de todas las formalidades exigidas por la ley para el ejercicio de notariado en la documentación de instrumentos públicos, a este respecto los funcionarios delegados por el Director del Archivo General de Protocolos deben tomar testimonios transcritos escogidos de manera selectiva y que hayan sido presentados a los registros públicos respectivos a efecto de constatar la fidelidad de dichos testimonios con el contenido de la escritura matriz y de ser necesario al encontrar una anomalía al respecto realizar una investigación más exhaustiva con el objeto de determinar si el notario ha incurrido en algún tipo de falsedad en los testimonios transcritos que ha remitido a los distintos registro públicos del país



7. Es necesario que el Archivo General de Protocolos cumpla su función de fiscalizador de la función notarial de forma objetiva, presionando a los notarios incumplidos para que sean transparentes y fidedignos en la transcripción de los instrumentos que autorizan y menguar con esto la expedición de testimonios transcritos con el objeto de evitar dudas o actuaciones arbitrarias o ilegales por parte de las instituciones del estado o privadas.
8. Da la importancia del ejercicio del notariado y la correcta aplicación de las normas es necesario que las entidades relacionadas con el ejercicio de la función notarial tengan la voluntad necesaria y busquen los recursos económicos suficientes con el objeto de implementar un sistema de computo gremial mediante el cual se implemente la obligatoriedad a los Notarios colegiados actualmente para el ejercicio de la función notarial, de un equipo de computo que permita la conexión en red con los principales registros públicos del país, el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala; El Instituto de Ciencias Notariales, el Organismo Judicial y especialmente el Archivo General de Protocolos de la Corte Suprema de Justicia.
9. Que el Archivo General de Protocolos cree una red de computo gremial es de vital importancia, para que la actuación forense y notarial del Abogado y Notario guatemalteco sea más eficaz, modernizada y en especial la función notarial tenga la certeza jurídica que el sistema de notariado guatemalteco necesita.





BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **La capacitación jurídica del notario**. Publicación No. 8 del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial Guatemala. 1972.
- BELLVER CANO, Antonio. **Principios del régimen notarial**. Ed. Suárez Madrid, España 1962.
- BONILLA SANDOVAL, Saúl G. **Modificaciones que ha sufrido el Código de Notariado y referencia a otras disposiciones legales relacionadas con dicho Código**. Publicación No. 23 y 24 Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Guatemala 1988.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Ed. Heliasta, S.R.L. 11ª. ed. Buenos Aires, Argentina. 1976.
- FERNÁNDEZ CASADO, Miguel. **Tratado de notaría**, Madrid, España. 1895.
- JIMÉNEZ-ARNAU, Enrique. **Derecho notarial**. Ed. Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, España. 1076.
- GONZALEZ ENRIQUEZ, Manuel. **La imparcialidad del notario**. Boletín No. 5 del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Guatemala. 1986.
- HERNÁNDEZ CAMEY, Emma. **El contenido y forma del protocolo del notario**. Tesis de Grado. Guatemala 1980.
- LOBOS RIOS, Erwin. **La acción de nulidad del instrumento público notarial y la jurisprudencia guatemalteca**, Boletín 23 Y 24 del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Guatemala. 1989.
- MARINELLI GOLOM, José. **Las responsabilidades del notario y su régimen en el derecho guatemalteco**. Tesis de Grado. Universidad Mariano Gálvez GUATEMALA. 1979.
- MARTINEZ SEGOVIA, Francisco. **La función notarial**. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina. 1961.
- MELINI MINERA, Marco Tulio. **Formación y capacitación continuada de los notarios y de los aspirantes a notario, formas de implementación**. Publicación No. 23 y 24 Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Guatemala. 1989.



MONTERROSO PAZ, Julio Cesar. **El proyecto de Código de Notariado costarricense**. Publicación No. 22 DEL Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, Guatemala. 1988.

MUÑOZ, Nery Roberto. **El instrumento público**. Octava ed; Guatemala. 2001.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Octava ed; Guatemala. 2001.

MUÑOZ, Nery Roberto. **La ética notarial**. Revista No. 11 Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 1987.

MUÑOZ, Nery Roberto. **La forma de los instrumentos públicos**. Boletín No. 4 del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, Guatemala 1985.

PELOSI, Carlos A. **El documento notarial**. Ed. Astrea, Buenos Aires , Argentina. 1987.

PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, **Bernardo ética notarial**. Ed. Porrúa S.A. México. 1985.

PORTA ESPAÑA, Rolando. **Teoría general del instrumento público**, Tesis de Grado. Guatemala 1961.

QUEZADA TORUÑO, Fernando José. **Régimen jurídico del notariado en Guatemala**. Publicación No. 11 y 12 del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial.

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.

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

Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Congreso de la República, Decreto número 54-77,1977.