

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

**NECESIDAD DE REGULAR QUE SEA EL NOTARIO QUIEN SE ENCARGUE DE
REGISTRAR EL TESTIMONIO DE LA ESCRITURA PÚBLICA EN LOS REGISTROS
DE LA PROPIEDAD**



CLAUDIA ESTELA SAY CHÁVEZ

GUATEMALA, ABRIL DE 2009.

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

**NECESIDAD DE REGULAR QUE SEA EL NOTARIO QUIEN SE ENCARGUE DE
REGISTRAR EL TESTIMONIO DE LA ESCRITURA PÚBLICA EN LOS REGISTROS
DE LA PROPIEDAD**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CLAUDIA ESTELA SAY CHÁVEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, abril de 2009.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

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

CÁCERES & ASOCIADOS

Bufete y Consultoría Jurídica
MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Abogado y Notario
12 calle "A"3-54 Z. 1. Tel. 582-69-608



Guatemala, 17 de julio de 2008

Licenciado:

Marco Tulio Castillo Lutin
Director de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que por resolución emanada de esa Decanatura se me nombró asesor de Tesis de la bachiller **CLAUDIA ESTELA SAY CHÁVEZ**, en la elaboración de su tesis intitulado: "**NECESIDAD DE REGULAR QUE SEA EL NOTARIO QUIEN SE ENCARGUE DE REGISTRAR EL TESTIMONIO DE LA ESCRITURA PÚBLICA EN LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD**". En cumplimiento al cargo recaído en mi persona, me permito hacer las siguientes observaciones:

En el presente trabajo de tesis se utilizó el método científico, se agregaron definiciones, conceptos, principios y doctrinas que constituyen el fundamento teórico de la misma. El contenido consta de cinco capítulos en cada uno de ellos se arribó a conclusiones importantes y dignas de ser consideradas como un aporte al Derecho Notarial Guatemalteco. Es importante mencionar que se utilizaron técnicas de investigación de carácter documental y bibliográfico además se hizo necesario incorporar bibliografía nacional e internacional sobre aspectos propios de Derecho Notarial y Derecho Registral. Se manejó la metodología pertinente con énfasis en una redacción clara y práctica de fácil comprensión para el lector. En su oportunidad formulé sugerencias de contenido a la bachiller **CLAUDIA ESTELA SAY CHÁVEZ**, estas fueron positivamente apreciadas y utilizadas acertadamente en la redacción final de su tesis.

En este aspecto, se ha cumplido con los requisitos del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales vigente. Por lo considerado, como asesor de este trabajo de tesis elaborado estrictamente bajo mi inspección **APRUEBO** y emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que el presente trabajo de tesis continúe su trámite correspondiente y sea aceptado para su discusión en el examen público de Tesis.

Atentamente,

Lic. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Colegiado 6895

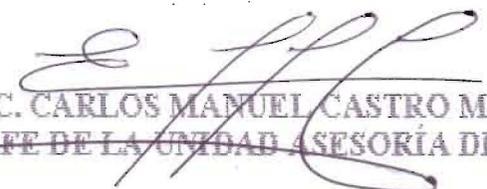
MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO No. 6895



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, treinta de julio de dos mil ocho.

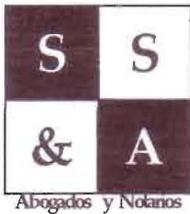
Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HELIO GUILLERMO SÁNCHEZ ÁVILA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CLAUDIA ESTELA SAY CHÁVEZ, Intitulado: "NECESIDAD DE REGULAR QUE SEA EL NOTARIO QUIEN SE ENCARGUE DE REGISTRAR EL TESTIMONIO DE LA ESCRITURA PÚBLICA EN LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD".

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 el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/sllh



Sánchez, Sánchez & Asociados

ABOGADOS Y NOTARIOS

Ciudad de Guatemala, 21 de Agosto de 2008.



LICENCIADO
CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SU DESPACHO.-

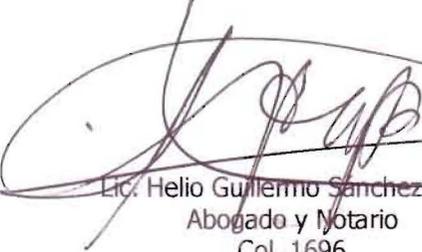
Licenciado Castro Monroy:

Me honra informarle, que en cumplimiento de la resolución de esa Unidad de fecha 30 de julio de 2008, por la cual se me otorga el nombramiento para revisar el trabajo de tesis de la bachiller **CLAUDIA ESTELA SAY CHÁVEZ**, intitulado: "**NECESIDAD DE REGULAR QUE SEA EL NOTARIO QUIEN SE ENCARGUE DE REGISTRAR EL TESTIMONIO DE LA ESCRITURA PÚBLICA EN LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD**", procedí a la revisión del trabajo de tesis en referencia.

El trabajo de tesis de la estudiante **CLAUDIA ESTELA SAY CHÁVEZ** esta comprendido en cinco capítulos, en los que aporta diferentes teorías, doctrinas, conceptos, definiciones, opiniones, tanto personales como de autores nacionales y extranjeros, dando conclusiones acertadas respecto al tema, con reflexiones oportunas, las cuales considero que deben de tomarse en consideración. Resalto que atendió las sugerencias y observaciones señaladas, defendiendo con fundamento aquellas que considero necesario y en general, realizó un trabajo investigativo y analítico, utilizando una bibliografía adecuada y reuniendo los requerimientos que el normativo de tesis exige.

Por todo lo anteriormente señalando y en base a los artículos 31 y 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado por la bachiller **CLAUDIA ESTELA SAY CHAVEZ**, cumple con los requisitos establecidos en el normativo respectivo, y pueda ser impreso y discutido como tesis de graduación en examen público

Sin otro particular, atentamente,


Lic. Helio Guillermo Sánchez Avila
Abogado y Notario
Col. 1696





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cinco de febrero del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CLAUDIA ESTELA SAY CHÁVEZ, Titulado NECESIDAD DE REGULAR QUE SEA EL NOTARIO QUIEN SE ENCARGUE DE REGISTRAR EL TESTIMONIO DE LA ESCRITURA PÚBLICA EN LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



ACTO QUE DEDICO

- A Dios:** Gracias por darme salud, sabiduría y la perseverancia.
- A mis hijos:** Lenny y Anthon, por ser la inspiración de mis días y sobre todo, por sacrificar parte de su infancia, dejándome alcanzar este logro.
- A mis padres:** Margarita Chávez y Lic. Luís Say.
- A mi hermana:** Irma.
- A mi asesor:** Lic. Luís Ernesto Cáceres Rodríguez.
- A mi revisor:** Lic. Helio Guillermo Sánchez Ávila.
- A mis catedráticos:** Gracias por contribuir a mi formación profesional.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

Pág.

Introducción.....i

CAPÍTULO I

1. Marco legal.....	1
1.1. Desarrollo histórico del actual Código de Notariado, Decreto 314, del Congreso de la República de Guatemala.....	4
1.2. Decretos promulgados durante 1871 a 1945.....	6
1.3. Código de Notariado, Decreto 314.....	12

CAPÍTULO II

2. El notario como profesional del derecho.....	17
2.1. La función notarial.....	19
2.2. Características.....	24
2.3. Finalidades.....	30

CAPÍTULO III

3. El instrumento público.....	37
3.1. Finalidades	38
3.2. Obligaciones previas y posteriores del notario.....	45
3.3. Formas de reproducción del instrumento público.....	50

CAPÍTULO IV

4. Derecho registral.....	59
4.1. Registro General de la Propiedad.....	61
4.2. Principios registrales.....	66
4.3. Finalidades.....	76

CAPÍTULO V

Pág.

5. Relación jurídica registral.....	79
5.1.Sujetos de la relación jurídica registral.....	81
5.2.Propuesta de reforma parcial al Código de Notariado, Decreto número 314.....	86
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97

INTRODUCCIÓN

El notario es el encargado de asesorar a los otorgantes en forma imparcial e independiente, dentro de sus finalidades, persigue alcanzar la seguridad jurídica, el valor jurídico y la permanencia. En esta actividad la práctica notarial exige que el notario cumpla con cada una de sus funciones, incluyendo la registral. Por ello realicé esta investigación, motivada por la inseguridad jurídica que deviene de la presentación de los testimonios al registro respectivo.

El notario por costumbre realiza la inscripción de un testimonio en los registros respectivos, por lo que debe reformarse el Código de Notariado con el objeto de que se convierta en una obligación registral para el notario.

La mayoría de veces el requirente de un instrumento público no lo presenta al registro respectivo lo que ocasiona inseguridad del negocio o contrato que realizó.

Por lo expuesto anteriormente se deben reconceptualizar las obligaciones posteriores del notario y también reformarse el Artículo 29 del Código de Notariado.

En el primer capítulo se desarrolla el fundamento constitucional y continua con una retrospectiva histórica desde el Decreto Gubernativo número 271 durante la Reforma Liberal hasta el Código de Notariado; la envergadura del segundo capítulo radica en la definición de la función notarial, sus características y las finalidades de la misma; el

tercer capítulo resulta íntimamente ligado, ya que desarrollo al instrumento público, las finalidades del mismo, el valor jurídico, las obligaciones previas y posteriores así como la forma de su reproducción; el derecho registral es el tema central del cuarto capítulo, asimismo contiene todo lo relativo al Registro General de la Propiedad, una clasificación de los principios registrales que rigen el sistema registral guatemalteco y las finalidades del registro; el último capítulo contiene la relación jurídica registral así como su naturaleza, determina doctrinariamente quienes son los sujetos de esta relación (el titular, el registrador y el tercero), de los cuales se excluye al notario.

De la doctrina y la legislación se hizo un análisis deductivo complementado por hallazgos y principios jurídicos que forman la base del presente trabajo en el cual utilicé la técnica documental y bibliográfica.

CAPÍTULO I

1. Marco legal

La Constitución Política de la República contiene en cada uno de sus mandatos preceptos de orden jurídico y político para el Estado de Guatemala. En ella la primacía es la persona humana como sujeto de derechos y el Estado es el responsable de promover el bien común, la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz.

La supremacía desde el punto de vista legal y constitucional se encuentra materializada, “en el origen de la función constituyente, la decisión libre del pueblo”.¹ Al respecto la Corte de Constitucionalidad afirma que los principios y valores que los constituyentes plasmaron en el texto, hace énfasis en la primacía de la persona humana, esto no significa que esté inspirada en los principios del individualismo y que, por consiguiente, tienda a vedar la intervención estatal, cuando considere que protege a la comunidad social y desarrolle los principios de seguridad y justicia a que se refiere en el mismo preámbulo.

Entre los principios constitucionales encontramos el de seguridad claramente desarrollado en el Artículo 2º la Constitución Política de la República de Guatemala que estipula:

1 García Laguardia, Jorge Mario, **La defensa de la constitución**, pág. 1.

“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”. Este principio que consagra la Constitución Política de Guatemala consiste según la Corte de Constitucionalidad en la confianza que tiene el ciudadano en un estado de derecho y en el ordenamiento jurídico; es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad, y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible, en tal virtud, las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes, principalmente la Constitución Política de la República de Guatemala.

De lo anterior, se debe concluir que más que un deber del Estado con respecto a su población, el principio constitucional de seguridad, *latu sensu*, debe de considerarse como una garantía constitucional a favor de los habitantes, en pro de medidas tendientes a satisfacer necesidades y condiciones legales que garanticen la convivencia pacífica y la confianza de la población en sus autoridades dentro del estado de derecho. El ordenamiento jurídico ha sido estructurado y armonizado con el desarrollo de nuestra sociedad, misma que exige se cumpla efectivamente el principio de seguridad en todo sentido.

Es de vital importancia hacer una breve enumeración de Artículos constitucionales relacionados con la propiedad privada, de donde parte nuestro examen jurídico y analítico del fundamento constitucional. Las normas que por excelencia reconocen el derecho a la propiedad son las siguientes: Artículo 39, Propiedad privada. Artículo 40.

Expropiación. Artículo 41, Protección al derecho de propiedad. Artículo 230, Registro General de la Propiedad, este último Artículo constitucional fundamenta esta institución estatal, la cual establece que en cada departamento o región deberá haber un registro y catastro fiscal. En Guatemala se cuenta con dos registros de la propiedad en dos departamentos, el primero es el Registro General de la Propiedad en la ciudad capital y el Segundo Registro de la Propiedad en Quetzaltenango, cada uno de ellos tiene a su cargo a varios departamentos de la república de Guatemala, de manera que entre los dos se tiene un solo registro en todo el país. Además, para el cumplimiento de los fines del Registro General de la propiedad tiene las siguientes sedes receptoras:

- "Sede de Peten,
- Sede de Cobán,
- Sede de Teculután,
- Agencia zona 9 (montufar) en la ciudad capital,
- Sede de Coatepeque,
- Sede de Mazatenango,
- Sede de Escuintla".²

Las normas ordinarias, que desarrollan el mandato constitucional Artículo 230, Registro General de la Propiedad, se encuentra contenido en el Acuerdo Gubernativo 359-87, Reglamento del Registro General de la Propiedad así como en el Código Civil, Decreto Ley número 106.

2 <http://www.registro-propiedad.org.gt/> (4 de noviembre de 2008)

1.1. Desarrollo histórico del actual Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala

El desarrollo de la historia en su trascendencia constituye un registro inagotable de sucesos, que va desde el acopio de eventos hasta la interpretación de los mismos en diferentes culturas. En nuestro ámbito legal el conocimiento de la historia es de vital importancia, ya que a través de ella se puede apreciar los acontecimientos que le dieron sentido a muchas de las instituciones jurídicas, las cuales conforman hoy en día el ordenamiento jurídico.

Se sabe a ciencia cierta que el hombre es un ser social o gregario por naturaleza, y que desde sus orígenes trascendió la forma de su convivencia hasta llegar a formar una comunidad. La forma más desarrollada de esa comunidad conformó a la sociedad como institución jurídica.

Las relaciones entre personas se han caracterizado desde sus comienzos por su complejidad y diversidad. Estas relaciones complejas han manifestado problemas de adaptación, convivencia, conservación, etc. La constante repetición de costumbres y formas de vida, dieron paso a reglas de convivencia consuetudinarias y su observancia constituyó una obligación para los miembros de esa comunidad, posteriormente nace el ordenamiento jurídico que fue creado para normar y determinar la conducta del hombre, como género universal, dentro de un grupo o sociedad determinada.

El ordenamiento jurídico encuentra su justificación precisamente cuando el hombre se ve necesitado de reglamentar su convivencia y todos sus actos y de esa convivencia nace, por ejemplo, el comercio. El intercambio de mercancías en aras de lucro, utilizó en sus inicios, como medio de prueba de pago la palabra de los caballeros, luego se recurrió a la palabra de testigos y más tarde a los encargados de administrar justicia.

Después se dieron cuenta que estos últimos también podían ser corrompidos por el sistema o en su caso olvidar ciertos detalles indispensables para determinar la veracidad de su testimonio, y como la palabra no bastaba como único medio de prueba de pago, surge la necesidad de crear el contrato, que en sus comienzos pasó por varias formas como piedra y ladrillo cocido.

El problema que resultaba de esta clase de medio escrito es que podía ser perdido o ser objeto de falsificación. Posteriormente, se ideó que este documento debía de ser conservado por un hombre probo, respetable, honrado y que conservara el documento, y que en cualquier momento pudiera certificar que el mismo había sido otorgado por las partes.

El notariado surgió por la necesidad de preservar aquellos actos y para darle forma a aquellos contratos, que desde sus inicios hasta el día de hoy se dan. El mismo atravesó un proceso de formación con la evolución de las sociedades y de las relaciones que dentro de ellas se suscitaron.

Por lo tanto, resulta innegable el aporte de esta rama del derecho a la vida dentro de

determinada sociedad, jurídicamente organizada, hoy en día y a través de la historia. “De la importancia suma de esta institución, se juzgará con decir que es a las relaciones privadas de los hombres, lo que la historia a los sucesos de la humanidad, con la ventaja de ser además medio indudable y segurísimo de prueba de esas relaciones”.³

Comprender la importancia del notariado desde sus orígenes no constituye objeto de estudio de esta investigación, pero a simples rasgos, considero que es importante comentarlo, ya que las garantías y principios que la historia le ha consagrado a esta rama del derecho, han hecho nuestra vida en sociedad más ordenada, sobre todo en la perdurabilidad de los registros y la seguridad jurídica de todo lo que involucra la actividad notarial, lo que ha traído consigo equilibrio y paz social a la sociedad.

1.2. Decretos promulgados durante 1871 a 1945

Es imperativo como guatemaltecos conocer la historia de nuestro país, ya que muchas de las decisiones de distintos personajes políticos han determinado instituciones jurídicas que obedecieron a contingencias de su tiempo y como la finalidad del derecho es normar la vida en sociedad, ello le impregna a la legislación guatemalteca, cierto matiz de dinamismo; así pues el desarrollo de la sociedad y la constante evolución de las normas jurídicas han hecho que el derecho se caracterice como evolutivo y que responda a las necesidades de nuestra sociedad.

3 Girón, J. Eduardo, **El notario práctico o tratado de notaría**, pág. 4.

El general Justo Rufino Barrios es considerado como un precursor liberal, durante su época se dieron cambios de corte liberal que determinaron el espíritu de la legislación de ese entonces. Algunos de esos cambios fueron:

- El Decreto número 59, el cual desarrollaba la extinción de la temible compañía de Jesús y la secularizaron de sus bienes.
- El Decreto número 60, éste tenía contemplado la abolición de los impuestos antieconómicos, llamados garitas o puertas de ciudades.
- El Decreto número 61, que comprende la extinción de la comunidad de los padres congregantes de San Felipe Neri y secularización de sus bienes.
- El Decreto número 62, arreglos de la Hacienda Pública de la deuda convertida.
- El Decreto número 63, relacionaba a la libertad de imprenta sin previa censura y la institución de un jurado para conocer los abusos de tal libertad.
- El Decreto número 65: Ley Militar basada en la igualdad republicana.
- El Decreto número 91: Manda regir militarmente al país para disolver a la facción de oriente.
- El Decreto número 92: Abolición del fuero eclesiástico.
- El Decreto de fecha 14 de agosto de 1872 derogó la Ley Pavón.

Por ello, esta época liberal de la vida de Justo Rufino Barrios como se ha evidenciado, se podría catalogar como una de las más pujantes de nuestra historia. Entre los cambios que aún persisten hasta nuestros días está el actual Código de Notariado Decreto número 314, del Congreso de República, que tiene su origen en el Decreto número 271, promulgado por el general Justo Rufino Barrios.

Este Decreto establece en su único considerando: “Que es indispensable establecer las condiciones a que deben sujetarse los que quieran ejercer la profesión de notariado, y consignar las disposiciones que han de regir acerca de algunos puntos que respecto de protocolos se omitieron en el Código de Procedimientos Civiles;”. En aquel entonces, este último cuerpo legal mencionado acogía muchas de las instituciones notariales.

En el cuerpo del Decreto número 271, específicamente en el capítulo tres, trata sobre las obligaciones de los notarios, el Artículo 9.- Los deberes y obligaciones de los notarios los que determina el párrafo 8.-, Título 8.- Libro 1,- del Código Civil de Procedimientos.

Durante la gestión del general Barrios, el Código de Procedimientos Civiles contenía los deberes y obligaciones de los notarios. En este mismo cuerpo legal, Decreto número 271, tenemos otros Artículos en relación a las obligaciones con respecto a los testimonios, por ejemplo el Artículo 23. “Si no fuere posible la presentación de algunos testimonios y las escrituras fueren registrables, el Juez pedirá certificación de las partidas del registro, a fin de que sirvan para reponer dichas escrituras”.

Artículo 24.-”Si aún faltare por reponer algunas escrituras, el juez citará de nuevo o emplazará con arreglo al derecho vigente a las personas interesadas, para consignar los puntos que tales escrituras contenían”.

Artículo 25.- “El costo de papel sellado y demás diligencias que ocasione el incidente,

será en todo caso, a cargo del notario respectivo”.

Artículo 26.- “Con las copias de los testimonios presentados, con las certificaciones del registro de la propiedad inmueble o con la debida constancia de los puntos en que se hallen de acuerdo con los otorgantes, quedará repuesto el protocolo perdido o inutilizado, que se entregará al notario a quien pertenecía el original, salvo los casos en que, con arreglo al Artículo 15, deba depositarse en el archivo general”.

Los Artículos antes mencionados del Decreto número 271, en especial lo referente a cualquier imprevisto con el protocolo, cuando físicamente se perdiera en parte, ese cuerpo legal estipula un medio para reponer las escrituras dañadas, sus testimonios y registros. En el actual Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República, se establece en el Artículo 19: “El notario es depositario del protocolo y responsable de su conservación” este procedimiento no se realiza, ya que el único responsable del protocolo es el notario a cargo del mismo.

Posteriormente, durante el gobierno del general Jorge Ubico Castañeda, quien fracasó en dos elecciones presidenciales, la primera frente al general José María Orellana, y la segunda en 1926 frente al general Lázaro Chacón. En 1931, apoyado por el Partido Liberal Progresista, ganó las elecciones. Su gestión catalogada como un gobierno nefasto, tenebroso y tiránico, nadie podía expresarse con libertad, porque era apaleado, encarcelado o fusilado. En este ambiente de represión y tiranía, se dieron ciertos sucesos relevantes dignos de mencionar como por ejemplo:

- Pagó la deuda que el Estado tenía con el exterior;
- Mejoró las instituciones de crédito.
- Mejoró las aduanas;
- Decretó la contratación de trabajo personal del indígena;
- Mandó a construir el actual Palacio Nacional, el Palacio de la Policía Nacional, el edificio de Correos y Telecomunicaciones, el antiguo aeropuerto La Aurora, aduanas, mercados y puentes.

“Cuando Ubico se retiró del poder por medio de su renuncia, hubo quien vio que cuando se retiró le rodaban las lágrimas. Murió en el exilio, sus restos fueron repatriados el 14 de agosto de 1963 y sepultados en el Cementerio General de la ciudad de Guatemala”.⁴

Durante la gestión del general Jorge Ubico nacieron a la vida jurídica algunos Decretos. En orden cronológico, los más significativos para los propósitos de esta investigación, el Decreto número 1563, Decreto número 1744 y el Decreto Legislativo número 2154, promulgados por este personaje de la historia guatemalteca. A continuación un breve análisis del contenido de los Decretos antes mencionados:

El Decreto número 1563, Ley de Notariado hace referencia en el Artículo 8.- “Son obligaciones de los notarios:...15.- Dar aviso en papel sellado del menor valor a la Administración de Rentas y Tesorería Municipal de los actos o contratos que autoricen y en que se transfiera o modifique el dominio de inmuebles, para que hagan las

⁴ <http://www.lexenesis.com/lexenesis/Paginas/historia/palacio/pre32.htm> (30 de abril de 2008)

operaciones del caso, en los avisos deberá indicarse el número de las matrículas”.

Este Decreto hace referencia a la obligación de dar aviso a la Administración de Rentas y Tesorería Municipal por parte del notario. El aviso en cuestión, se sobre entiende por la práctica notarial actual que debió ser en un testimonio de que otra forma, ya que a lo largo de la historia el Código de Notariado establece que sea el testimonio la forma de dar aviso de la afectación hecha a aquellos actos o contratos de dominio.

El Decreto número 1744, Ley de Notariado, menciona en el Artículo 11.- “Sin perjuicio de las obligaciones que les incumben de conformidad con otras leyes, los notarios tienen las siguientes:...15.- Dar aviso en papel sellado del menor valor a las oficinas fiscales y municipales dentro de quince días siguientes al otorgamiento de contratos que afecten a las matrículas respectivas”.

Igual que el Decreto anterior, la Ley de Notariado, Decreto número 1563, la obligación de los notarios era la misma, la única diferencia es que en este Decreto la disposición se encuentra regulada en el Artículo 11. Sin existir variación en su contenido.

El Decreto Legislativo número 2154, Ley de Notariado, nace a la vida jurídica quedando derogado según el Artículo 109, el Decreto Gubernativo número 1563, del 20 de agosto de 1934 y por consiguiente cualquiera otra disposición que se opusiera al Decreto número 2154. También se derogó por consiguiente el Decreto Gubernativo número 1744, del 8 de octubre de 1935.

Otra disposición contenida en este cuerpo legal, se relacionaba con el capítulo tercero sobre obligaciones de los notarios. Este último mencionado consta de un único Artículo el número 11, desarrollado en 18 numerales, lo que nos interesa para efectos de esta investigación, se cita textualmente, Artículo 11. “Sin perjuicio de las obligaciones que les incumben de conformidad con otras leyes, los notarios tienen las siguientes:...

15.- Dar aviso en papel sellado del menor valor a las oficinas fiscales y municipales dentro de quince días siguientes al otorgamiento de contratos que afecten a las matrículas respectivas”.

El numeral es de vital importancia ya que en todo el cuerpo legal del Decreto Legislativo antes mencionado no se hace referencia como hoy en día de la obligación de registrar el testimonio; sin embargo, se podría entender que este único numeral, del Artículo 11, del Decreto Legislativo número 2154, Ley de Notariado hace referencia a una de las obligaciones del notario de aquella época, el registro de los testimonios, ya que con ello se ven afectadas las matrículas respectivas y por supuesto, nace la obligación del pago de impuestos.

1.3. Código de Notariado, Decreto número 314

El actual Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República de Guatemala, nace a la vida jurídica, independiente del Código Procesal Civil y Mercantil o Código de Procedimientos Civiles.

Con la entrada en vigor del Decreto número 314, expresamente, como aparece en el texto original “Artículo 111.- Quedan derogadas todas las disposiciones legales, acuerdos y circulares que se opongan a la presente ley, y especialmente, las siguientes: Ley de Notariado, contenida en el Decreto Legislativo número 2154”. Este Decreto entró en vigor el uno de enero de mil novecientos cuarenta y siete.

En los cuerpos legales Decreto número 271, Decreto número 1563, Decreto número 1744, Decreto legislativo número 2,154, hasta llegar al actual Código de Notariado, Decreto 314, se puede evidenciar una evolución, ya que el notario era el encargado de la obligación de dar el aviso correspondiente del otorgamiento y de la afectación de las matrículas respectivas. Actualmente, el legislador dispuso cambios en relación a esta obligación.

El Código de Notariado, Decreto número 314, establece cambios sustanciales a decir, el Artículo 29, numeral 11, “La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos”. Al respecto, la práctica notarial ha demostrado que la plena observancia del Artículo referido produce los efectos jurídicos no deseados, ya que el que no se registre el testimonio o en todo caso aparezcan dos personas con un mismo testimonio registrado, conlleva a la alteración de la paz social, por la existencia de “litis” o controversia de intereses.

Por tanto, reitero la necesidad de reformar parcialmente esta norma y devolverle esta

obligación al notario. Ya que como quedó expuesto del análisis de los cuerpos legales previos al actual Código de Notariado, en estos el notario tenía que dar aviso a la Administración de Rentas y Tesorería Municipal, como una de sus obligaciones, sin perjuicio de las que en ese entonces le correspondían, como dar aviso en papel sellado del menor valor a las oficinas fiscales y municipales dentro de quince días siguientes al otorgamiento de contratos que afectaban las matrículas respectivas.

Actualmente, esta obligación corresponde al otorgante, desde el momento en que, el legislador normó en el Artículo 29, numeral 11, del actual Código de Notariado: “la advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y que deben presentar el testimonio a los registros respectivos”. Las implicaciones legales que devienen de la plena observancia de esta norma, contradicen los principios notariales de seguridad jurídica si no se registra el testimonio y es más, como expone Carral y de Teresa, en relación al principio de prioridad donde “únicamente puede concebirse este principio, por la posibilidad que se da, de que existan dos o más títulos contradictorios”⁵.

Surge la contradicción al existir dos o más títulos para registrar, pero esta controversia se puede resolver al invocar el principio de prioridad, sin embargo se corre el riesgo de que se le otorgue el derecho al titular que fraudulentamente registró antes que el legitimado. Claro que estos supuestos podrían evitarse y de esta forma contribuir a la paz social si se logra reformar parcialmente el Artículo objeto de esta investigación,

5 Luís Carral y de Teresa, **Derecho notarial y derecho registral**, pág.251.

regresando la obligación registral del testimonio en los registros respectivos, al notario y liberando al otorgante de esta responsabilidad que afecta sus intereses.

CAPÍTULO II

2. El notario como profesional del derecho

La definición de notario es de vital importancia, ya que para determinar su etimología es necesario acudir al diccionario jurídico y definir al notario: “en términos de la Ley española funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las Leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”.⁶

En El Salvador, el Decreto número 218, Ley de Notariado al respecto define “Artículo 1.- El notariado es una función pública. En consecuencia, el notario es un delegado del Estado que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y de otras actuaciones en que personalmente intervenga, todo de conformidad con la Ley”.

En Honduras, el Decreto número 162, Ley de Notariado, define al notario en el “Artículo. 1. El notariado es la institución del Estado que garantiza la segura y perpetua constancia de los actos oficiales y de los contratos y disposiciones entre vivos o por causa de muerte”.

En Costa Rica, la Ley No.7764, Código Notarial, es el único país a nivel centroamericano que proporciona una modalidad en la definición de notario, en el

6 Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**; pág. 489.

“Artículo 2.- Definición de notario público. El notario público es el profesional en derecho, especialista en derecho notarial y registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial. En Leyes, Reglamentos, Acuerdos y documentos, cuando se use la palabra notario debe entenderse referida al notario público”.

La legislación guatemalteca, específicamente el Decreto número 314, Código de Notariado en su Artículo 1. “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”.

Por otra parte, la asociación de profesionales notarios de 71 países en cinco continentes, cuyo sistemas notariales son de tipo latino, fundados en el derecho romano-germano, define al notario así: “Los notarios aconsejan a las partes de manera independiente e imparcial. Su función es delegada por el Estado, si bien su actividad no encuadra jerárquicamente en la administración pública. Confieren autenticidad a los documentos que redactan, en garantía de la seguridad jurídica”.⁷

El notario latino es aquel profesional del derecho que ejerce conforme el Sistema de Notariado Latino, existen dos clasificaciones en relación al notariado, a decir, el “Sistema Latino (Sistema Francés de evolución desarrollada y público) y el Sistema Sajón (Sistema Anglo-Sajón, subdesarrollado de evolución frustrada y privado)”.⁸

7 **Unión Internacional del Notariado Latino (U.I.N.L.)**, <http://www.uinl.org> (8 de octubre de 2007)

8 Muñoz, Nery Roberto, **Introducción al estudio del derecho notarial**, pág. 13.

Dentro de estos dos sistemas nos ubicamos dentro del Sistema Latino, en el cual ejerce el notario guatemalteco, donde “las características y funciones del notario son las siguientes:

- Desempeña una función pública;
- Le da autenticidad a los hechos y actos ocurridos en su presencia; los cuales según la Ley guatemalteca, producen fe y hacen plena prueba. (Artículo 186. Código Procesal Civil y Mercantil);
- Recibe e interpreta la voluntad de las partes, dándoles forma legal, al faccionar el instrumento público”.⁹

2.1. La función notarial

La palabra función, “strictu sensu”, significa: “Desempeño de empleo, cargo, facultad u oficio”.¹⁰ Dentro de nuestro medio se dice que la función notarial es propiamente el quehacer o la actividad del notario. Jurídicamente se define a la función notarial como: “La verdadera y propia denominación que cabe aplicar a las tareas que despliega el notario en el proceso de formación y autorización del instrumento público”.¹¹

Dar una definición exacta de función notarial, fue un poco laboriosa, porque dentro de los sistemas de notariado que existen, aceptados como sistemas positivos vigentes de notariado en cada país, los miembros de la Unión Internacional de Notariado Latino

9 **Ibid**, pág.15.

10 Ossorio, Manuel, **Ob.cit**; pág. 330.

11 Muñoz, **Ob. Cit**; pág. 21.

(UINL) tienen su propia forma de adaptar estos principios notariales a su legislación, conservando el origen latino de su sistema.

Dentro de cada sociedad jurídicamente estructurada, la función notarial, “*sui generis*”, debe de considerarse anterior al notariado: “La función notarial en el proceso de su propia evolución, ha originado la creación del notariado y, por vía de su adaptación, también ha determinado su transformación y su estructura actual”.¹²

Cuando hablamos de la evolución del notariado y de cómo se ha influenciado la misma sociedad de esas transiciones por las que ha pasado la materia en cuestión, se debe citar a la costumbre en el derecho notarial, nuestra legislación al respecto apunta: según la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89, en el “Artículo 2. Fuentes del derecho. La Ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia la complementará.

La costumbre regirá sólo en defecto de la Ley aplicable o por delegación de la Ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que sea probada”.

En este contexto otro tratadista expone que: “Aunque no pensemos en el Derecho Notarial como una rama sustantiva, sino que veamos en él un <derecho para el derecho>; y aunque el <derecho material> que rige el contenido, la materia o el fondo

12 Giménez-Arnau, Enrique, **Derecho notarial**, pág.197.

del instrumento público haya de buscarse en normas civiles, mercantiles, inmobiliarias o agrarias, el derecho que regula la génesis y requisitos del instrumento público (soporte documentación , quirografía o -en expresión grata de los americanos- cartulación del acto) no está integrado (lo mismo que sucede con el derecho material) solamente por normas legales y reglamentarias; hay cabida en él para normas de origen consuetudinario”.¹³

Según el párrafo anterior, afirma el autor mencionado que existen varias formas en las que puede presentarse el derecho consuetudinario relacionado con el derecho notarial, a continuación su clasificación:

- Costumbre local o usos locales;
- Usos convencionales;
- Costumbre notarial en sentido estricto; y
- Usos antirreglamentarios.

Esta clasificación obedece a la envergadura del derecho consuetudinario no como fuente de normas objetivas del derecho notarial, sino como coadyuvante en la evolución de esta rama del derecho, ya que como bien lo explica el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República, la costumbre sólo rige en defecto de la ley aplicable o por delegación de la ley.

Si bien es cierto, la costumbre o usos consuetudinarios han evolucionado a la par de las sociedades modernas hasta nuestros días y de ellas en defecto de la Ley puede

13 **Ibid.** pág. 24.

hablarse de un cierto tipo de normativa, hoy en día reconocido a nivel mundial, a favor de las comunidades indígenas para la conservación de usos y costumbres ancestralmente.

En este orden de ideas, respecto a la costumbre o usos locales encontramos que: “En primer término, el Derecho Consuetudinario se produce muy lentamente: le cuesta alcanzar madurez y vetustez; en segundo lugar, la agilidad normativa (a veces excesiva) con que se producen los órganos políticos a que corresponda institucionalmente esa facultad cierra cada vez más el paso a la producción espontánea y verdaderamente popular del derecho objetivo. He ahí porqué la vigencia como derecho local de la costumbre al margen de la ley, y para suplir diferencias o vacíos de ésta, no plantea, en los tiempos modernos, problemas graves”.¹⁴

Doctrinariamente, la definición proporcionada se ajusta técnica y legalmente, conforme el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89 del Congreso de la República, con respecto a las fuentes del derecho, mientras no contraríen la Ley.

Los usos convencionales, manifiesta el profesor Castán que constituye: “La distinta y radical diferencia que existe entre la actuación del Juez y la del Notario. El Juez habrá de pasar por lo que resulte de los usos convencionales, siempre que verosímilmente se pueda presumir que las partes quisieron acomodarse a los usos existentes”.¹⁵ En este

14 **Ibid**, pág.198.

15 **Ibid**, pág.199.

sentido, el autor citado expone la forma judicial en la que podría atender el juez conforme los usos convencionales, claro que estos no constituyen eximentes de responsabilidad civil o penal según el caso de los actos de las partes, aunque se compruebe que se adaptaron a los usos convencionales, siempre y cuando su actuar esté tipificado en la Ley penal como delito o falta.

Es importante conocer esta definición aunque en nuestro medio doctrinariamente este tema es más aplicable al derecho consuetudinario y no notarial, ya que en el actual Código de Notariado, Decreto número 314, ya está estipulado el proceder de los comparecientes, del notario y testigos, no puede atenderse a usos convencionales en plena observancia del Decreto número 314 antes mencionado.

Ahora bien, la costumbre notarial es definida, “*strictu sensu*”, como: “Hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie” sin embargo, “*latu sensu*”, el mismo autor dice; “La Real Academia Española la define, dentro del vocabulario forense, como la que se establece en materia no regulada o sobre aspectos no previstos por las Leyes. Esta costumbre se denomina sin Ley o fuera de la Ley, y está llamada a llenar las lagunas legales, representa en ese aspecto, una de las fuentes del Derecho”.¹⁶

Dadas las definiciones anteriores, se puede entrar en materia diciendo que dentro de la costumbre notarial o usos notariales típicos, son los que se refieren “no al fondo o materia del acto documentado (regido por sus propias normas de derecho material) sino

16 Ossorio, Manuel, **Ob. Cit**; pág. 182.

al modo o manera de documentarlo; al procedimiento mecánico, técnico o artesanía, de realizar la función”.¹⁷

En ningún momento se puede afirmar la existencia contra “legem” de la costumbre notarial, por el contrario su existencia a través de la historia en la evolución de las actuales normas de derecho notarial llevó al legislador a buscar una solución a las situaciones que en este campo del derecho se dieron, una alternativa como respuesta a aquellos actos habituales y que respondían a imperativos de justicia, una modalidad que tarde o temprano por su reiteración y en algunos casos llenando vacíos de Ley convenció que la única forma de evitar el “non licet ignore jus”, sería determinar su legalidad y derogar una Ley por otra para encuadrar la conducta, que hasta el momento sería considerada como costumbre notarial y que respondía a derecho, al vacío legal existente.

Por el contrario, los usos antirreglamentarios, consideremos que constituyen un uso repetitivo, una costumbre jurídica y su falta de observancia o aplicación sería producto de lo preceptuado como tal en el rango legal referido como antirreglamentario, desde el punto de vista jurídico, lo reglamentario deviene de reglamento.

2.2. Características

Pertenece al plano jurídico, esta primera característica es materializada por el notario

17 Giménez-Arnau, Enrique, **Ob. Cit**; pág.198.

en ejercicio de su actividad notarial, da forma a la voluntad de las partes en los diferentes aspectos que dentro de su competencia deba de interferir en virtud de la Ley. Esta actividad, "strictu juris", recoge puntualiza y redacta dando un sentido preciso a la voluntad de aquellas personas (comparecientes, interesados, clientes en última instancia) que necesitan documentar todos los hechos y actos habidos en el curso normal de sus vidas.

En otras palabras, la función notarial se ejerce dentro de la normalidad de las relaciones jurídicas, haciendo conciliación pacífica de intereses, y su finalidad saliente consiste precisamente, en evitar la oposición aguda o el conflicto.

Es evidente que la actividad del notario debe de ajustarse al ordenamiento jurídico, no sólo para ser instrumento de la voluntad de las partes al momento de ser requerido, pues según el actual Código de Notariado, norma en el Artículo 1 que: "El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos que intervenga por disposición de la Ley o a requerimiento de parte" y al mismo tiempo coadyuvar, como auxiliar en la labor del Estado, en el mantenimiento de la paz social que debe de imperar en un estado de derecho.

Es una función cautelar, esta segunda característica, ya sea como cautela o precautorio, pueden ser sinónimos, a decir, del primero se dice: "precaución y reserva

con que se procede, cauteloso”.¹⁸ Entonces, se puede decir que en esta área del derecho, el notario ejerce su función notarial encaminada a prevenir y prever los riesgos que la incertidumbre o la inseguridad jurídica pudiera acarrear consigo a sus comparecientes.

La incertidumbre no debe confundirse con algo no verdadero, inconstante o no seguro sino por el contrario, se debe entender como algo desconocido, no sabido a ciencia cierta y que de la debida aplicación de las normas jurídicas debe eliminarse todo riesgo, contra legem, ya que el notario al ejercer la función notarial debe proporcionar certeza jurídica, ipso jure, que la fe notarial le confiere.

Dentro de la función notarial se ha dicho que: “efectivamente, la fe pública notarial llena una misión preventiva, de profilaxis jurídica y tanto sus orígenes históricos, como su evolución y su actual desarrollo responden, a nuestro juicio sin disputa, a la preparación de las pruebas preconstituidas que, a diferencia de las simples, no serán suficientes para resolver el pleito o impedir que éste se plantee”.¹⁹ Este es el punto de vista precautorio o cauteloso de la función notarial en sentido adjetivo.

Esta tercera característica es una función pública, al respecto lo público: “origina infinidad de tecnicismos jurídicos, insertos al tratar de acción, acto, administración, agua, bienes, delito, derecho, deuda, documento, dominio escándalo escritura, fe (v),

18 Océano, **Diccionario enciclopédico ilustrado universo**, pág. 190.

19 Giménez-Arnau, Enrique, **Ob. Cit**; pág. 34.

entre muchas voces”.²⁰

El actual Código de Notariado, Decreto número 314, establece: “Artículo 1. 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”. De la fe pública que está investido el notario guatemalteco, quien ejerce según el Sistema Latino, deviene el carácter público de su función notarial. Por lo general, en diversos textos jurídicos, los tratadistas apuntan la importancia del carácter público del cargo del notario independientemente de los actos propios de la jurisdicción voluntaria. Núñez Moreno, también se refiere al tema y explica la necesidad de: “Distinguir en la función notarial dos aspectos: uno lo relativo a las relaciones jurídicas, intrínsecamente consideradas; otro relativo al documento”.²¹

Es clara la diferencia entre estas dos funciones notariales, la primera corresponde a las relaciones jurídicas y la segunda sería propiamente al ejercicio privado en relación con el documento. De las relaciones que el notario establece con los comparecientes ya sean compulsando instrumentos públicos o privados, el Estado no interviene en ellas directamente, pero sí actúa como garante de los principios constitucionales, a decir el principio de seguridad jurídica, donde proporciona la protección jurídica adecuada a los particulares y es precisamente esta protección, la seguridad jurídica, por medio de la cual se alcanza el pleno ejercicio de la función notarial, ipso jure, del notario.

²⁰ Ossorio, Manuel, **Ob. Cit**; pág. 628.

²¹ Gimenez-Arnau, **Ob. Cit**; págs. 42 y 43.

Es una función marcadamente técnica, esta cuarta característica obedece a la técnica, en sentido estricto como: “Conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte. Pericia o habilidad para usar de esos procedimientos y recursos”.²² Desde este punto de vista, al hablar del aspecto técnico nos referimos a la forma de la cual se sirve el notario de la tecnología en general, para el ejercicio de la función notarial.

En el Sistema Latino, se aprecia que el notario es un jurista y un técnico a la vez. Como consultor jurídico está en la disponibilidad de orientar jurídicamente a sus clientes en cualquier situación que le sometan a su consideración, en esta tarea de asesor jurídico debe de dominar la ciencia del derecho; además, debe de ser poseedor de una técnica probada, para encontrar una solución jurídica al problema o conflicto puesto a su consideración y plasmarlo en un el instrumento público idóneo.

Entre las funciones de notario, existen dos medios para cumplir los fines jurídicos que persigue el notario, al respecto explica este autor:

- 1) “Un método que permite al notario conocer la situación jurídica que será objeto de su función y a partir de la cual construye, realiza su propia obra; y
- 2) La técnica notarial que le permite elaborar la solución, mediante la cual logran las partes la finalidad económica, moral o de otra índole perseguida”.²³

22 Ossorio, Manuel, **Ob, Cit**; pág. 182.

23 Solís Galván, Amilcar Oliverio **La función del derecho notarial**, pág.11

Además de la importancia de la función como jurista que el notario realiza en nuestro medio, está claro que la función notarial también es por excelencia el medio, donde el notario tiende a servir, como formador instrumental de la voluntad de las partes -en el instrumento público- y concretar en forma instrumental su quehacer; por un lado, el documento que es la forma técnica que evidencia la permanencia y conservación de aquellos derechos susceptibles de ser inscritos y registrados; por otro, sería la función que cumple el mismo, con plena independencia de su función que le confiere el ámbito notarial de la abogacía.

El Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, sobre el desarrollo de la función del notario, lo denomina como “auxiliar de la administración de justicia que además, actúa en la sociedad como juez, asesor, magistrado, consultor, funcionario público y docente, para la fiel comprensión y observancia del derecho”.

También se puede adecuar el término técnica, “latu sensu”, no sólo a los procedimientos adecuados para aplicar de modo reflexivo los conocimientos adquiridos, sino además los tecnológicos. Estos últimos, sirven al notario, ya que es un profesional y utiliza todos los que la tecnología hoy en día le brinda, un ejemplo claro es el uso de los ordenadores o computadoras que actualmente han evolucionado y con ello, la tarea del notario también, ya que desde que se hicieron populares las computadoras, el notario se ha servido de ello y ha dejado en casi desuso la máquina mecánica, en el ejercicio de su función notarial.

La función que el notario ejerce con imparcialidad, se identifica con la virtud personal y particular. La imparcialidad es definida como: “Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, que resulta poderse juzgar o proceder en rectitud”.²⁴ Además, el notario en el ejercicio de su profesión, investido de fe pública proporciona certeza jurídica de los actos y contratos en los que intervenga. Y los comparecientes confían en él y de la imparcialidad con la que actúa.

De la imparcialidad se puede decir que además de ser una característica del juez, también es del notario cuando ejerce como juez o funcionario público y cuando asesora a las partes dentro de un proceso, ya sea éste de índole de jurisdicción voluntaria, como sino cuando es requerido como abogado.

El notario dentro de su función notarial resulta ser un tercero imparcial que ejerce su actividad cautelar a requerimiento de parte. Al respecto, Larraud, indica que: “Debe estar siempre por encima de los intereses comprometidos: su profesión le obliga a proteger a las partes con igualdad, librándolas con sus explicaciones imparciales y oportunas, de los engaños a que pudiera conducirles su ignorancia, y de los ardides que pudiera tenderles la mala fe”.²⁵

2.3. Finalidades

Se analizarán las finalidades de la función notarial, mismas que el notario debe tratar

24 Ossorio, Manuel, **Ob. Cit;** pág. 363.

25 Muñoz, Nery Roberto, **Ob. Cit;** pág. 34.

de alcanzar en el ejercicio de su función notarial. Entre las finalidades de la función notarial tenemos las siguientes:

La seguridad jurídica es una finalidad de la función notarial, para definirla se encuentran varias acepciones que en su conjunto podrían equiparar el concepto, en primer plano, *latu sensu*, se define a la misma como: “condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley”;²⁶ el segundo aspecto, “*strictu sensu*”, de la definición de seguridad “limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos”.²⁷

En este contexto, un concepto simple de seguridad está íntimamente ligado a lo jurídico, el cual está dentro de los parámetros establecidos en un estado de derecho, donde uno de sus elementos, la población, debe saber cuáles son sus derechos y sus obligaciones, a fin de evitar que la arbitrariedad produzca perjuicios indeseados.

Dicho lo anterior, se puede definir la seguridad jurídica como una condición de confianza, donde la certeza jurídica se complementa, que deviene de la actividad que el Estado proporciona a la población, como ente soberano, democrático. Un ejemplo de esta seguridad jurídica la encontramos en la Constitución Política de la República de Guatemala (interpretada por la Corte de Constitucionalidad, en la Gaceta No. 61), la

26 Ossorio, Manuel, **Ob. Cit**; pág. 695.

27 **Ibid.**

cual dice así: “Artículo 2º. 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”.

En otras palabras, podemos ampliar el significado del mismo cuerpo legal, ya que si bien es cierto “la confianza que tiene el ciudadano, dentro un estado de derecho, hacia el ordenamiento jurídico; es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad, y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible, en tal virtud, las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes, principalmente la ley fundamental.”

Finalmente, se deben aplicar dichos términos jurídicos a nuestro tema central, la necesidad de seguridad jurídica que el notario debe proporcionar en su quehacer diario. Constitucionalmente, la actividad del notario guatemalteco está garantizada, ya que se cuenta con un ordenamiento jurídico establecido y estructurado con leyes específicas, que regulan la actuación de los notarios.

En este contexto, se dice que: “Este principio se basa en la fe pública que tiene el notario, por lo tanto, los actos que legaliza son ciertos, existe certidumbre o certeza. El Código Procesal Civil y Mercantil, establece que los instrumentos autorizados por notario producen fe y hacen plena prueba. (Artículo 186)”.²⁸

28 Muñoz, Nery Roberto, **Ob. Cit**; pág. 9.

El valor jurídico, como finalidad, no debe aceptarse como el término usual del diccionario, el cual ilustra al decir que este concepto obedece al “grado de utilidad o aptitud de las cosas”.²⁹ En nuestro ámbito jurídico, se debe adaptar este término y definir el valor, verbigracia, a la valoración que del instrumento público se obtiene al ser cartulado por el notario, quien posee fe pública y el valor del documento que extiende a las partes o comparecientes al momento de intervenir, por ende, el instrumento público adquiere un valor jurídicamente aceptado y por tanto, produce plena prueba.

Al respecto, “No hay que confundir el valor con que estamos hablando, como fin de la función notarial, con la validez del negocio y del documento, pues ésta implica viabilidad, en cambio el valor es la eficacia y la fuerza que otorga la intervención del notario entre partes y frente a terceros”.³⁰

Para finalizar, es imperativo agregar que: “La función notarial es una función compleja que tiene por fin proveer de seguridad, valor y permanencia, de hecho y de derecho, al documento y a su objeto o contenido, para logro de estos propósitos la función se sirve del notario, que es el órgano subjetivo, y del documento notarial, que es el medio objetivo”.³¹

La permanencia, ultima finalidad de la función notarial, es definida como: “duración

29 Océano, **Diccionario Enciclopédico Ilustrado Universo**, pág. 962.

30 Muñoz, **Ob. Cit**; pág. 26.

31 Solís Galván, Amilcar Oliverio, **Derecho notarial español**, pág. 622.

firme, constancia, perseverancia, estabilidad, inmutabilidad”.³² De esta definición se puede tomar el término inmutabilidad que indica de algo en estado que no cambia, en consecuencia, la permanencia dentro de nuestro qué hacer como notarios debe de ser considerada analizada desde el punto de vista de “tempo”, factor de vital importancia, ya que el documento notarial o instrumento nace a la vida jurídica, con la finalidad de permanecer en el tiempo, asegurar su existencia y efectos legales para el futuro.

En relación a este tema, la permanencia del instrumento público también tiene que ver con el sistema de notariado latino, ya que una de las características de este sistema es la “existencia de un protocolo notarial en el que asienta todas las escrituras que autoriza el notario”.³³

Es necesaria la certeza jurídica que el notario proporciona al otorgante al momento de faccionar el instrumento público. Y cuando éste queda debidamente registrado y posteriormente conservado dentro del protocolo a su cargo, el notario guatemalteco asegura la permanencia de éste en el tiempo.

No se debe olvidar la definición del protocolo, que proporciona el Decreto número 314, Código de Notariado, del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 8, el cual lo conceptualiza así: “El protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolacion, razones de legalización de firmas y

32 Océano, **Ob. Cit**; pág.720.

33 Muñoz, Nery Roberto, **Ob. Cit**; pág.15.

documentos que el notario registra de conformidad con esta Ley”.

En conclusión, es evidente que la función notarial del notario, por su naturaleza es pública, pero ello no significa que esta función sea delegada por el Estado, ya que su actividad no encuadra jerárquicamente en la administración pública.

En Guatemala, la función del notario en su definición legal contenida en el Código de Notariado no abarca la función registral dentro de su definición jurídica. Al respecto, debería de regularse que la función registral deba ser una obligación del notario, ya que es el único de los sujetos de la relación notarial que conoce los alcances jurídicos del registro.

Los otorgantes (comparecientes, clientes) acuden al notario y éste debe aconsejar a las partes de forma independiente e imparcial, en virtud de los principios que rigen su función notarial, debe de cumplir con el registro como una de sus obligaciones posteriores al acto o contrato.

CAPÍTULO III

3. El instrumento público

El instrumento público, etimológicamente se deriva del: “latín documentum, lo cual equivale a enseñar o el escrito donde se hace constar alguna cosa”.³⁴ Asimismo, se dice que: “instrumento significa escritura, papel o documento con que se justifica o prueba alguna cosa”.³⁵ Esta última definición se acerca más a la idea que al ser este documento una justificación o prueba cierta de la existencia de algo, en todo caso, un hecho o acto, donde se debe relacionar al instrumento, “*strictu sensu*”, al escrito con el documento en sí.

Sin embargo, existe la tendencia a utilizar tanto la denominación de título, mas no título de crédito, como la de instrumento público según sea esta su naturaleza, como advierte Escriche, “no se debe confundir instrumentos con título (v), ya que éste es la causa del derecho que tenemos, mientras que aquél no es otra cosa que la prueba escrita del título, por lo cual se puede tener un título sin tener instrumento e, inversamente, se puede tener un instrumento sin tener un título”.³⁶ Después de analizar las definiciones dadas, llegamos a la conclusión de definir acertadamente el instrumento público, según Fernández Casado, “Es el documento notarial autorizado a instancia de parte, en el que

34 Muñoz, Nery Roberto, **Ob. Cit**; pág. 87.

35 Ossorio, Manuel, **Ob. Cit**; pág. 390.

36 **Ibid.**

consta un hecho jurídico o una relación de derecho”.³⁷

Dentro de nuestro medio, los comparecientes, indistintamente hacen referencia al documento, instrumento público o título de propiedad, según el caso. Para confirmar esta forma análoga de definir al instrumento público con documento, otro autor expone que: “el nombre tradicional de una clase de documentos públicos; los autorizados por notario. Instrumento público es el documento público notarial”.³⁸ Se hace referencia al instrumento público y al documento público como sinónimos para definir el documento que facciona o compulsa el notario.

3.1. Finalidades

El instrumento público como prueba preconstituida, doctrinariamente se conocen algunas posiciones en relación a este tema en particular. La naturaleza jurídica de la escritura pública es abordada en numerosas ocasiones, ya que la importancia de la misma va desde su otorgamiento que le da forma a un contrato en particular, hasta la relación intrínseca de éstos, para su perfeccionamiento. A continuación algunas posiciones que pretenden evidenciar las finalidades del instrumento público dentro del derecho notarial como medio de prueba preconstituida: en primer término, el instrumento público como medio de prueba, obedece al: “conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o

37 **Ibid.**

38 Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, **Derecho notarial**, pág. 91.

la falsedad de los hechos aducidos para cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas”.³⁹

Este concepto obedece a situaciones donde la prueba constituye un medio para resolver una “litis”, controversia o pleito dentro de un juicio, donde existen hechos susceptibles de ser probados o refutados en un proceso litigioso. Aunque procesalmente son susceptibles de ser consideradas pruebas solamente aquellas que la legislación establece como tales.

En relación al tema, excepcionalmente puede darse que surja la costumbre, que aunque no es considerada fuente de derecho, según la Ley del Organismo Judicial, el Artículo 2, establece: “La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”. La relación que existe entre la costumbre y la prueba se refiere a que si determinados hechos dentro de una “litis”, controversia o pleito sean considerados como costumbre, entonces estamos ante una situación que deberá de ser resuelta probando sí obedece a la costumbre y deberá de ser probada como tal.

El instrumento público como medio de prueba, como forma “ad-probationem”, requiere además de un examen previo de su etimología de prueba, necesita del soporte doctrinario, por ejemplo, los seguidores de esta doctrina sostienen que “el instrumento

39 Ossorio, Manuel, **Ob. Cit**; pág. 625.

por el cual se da forma a un acuerdo previo, es única y exclusivamente un medio de prueba de la celebración del anterior. La relación jurídica tiene su origen y nace por el simple consensualismo, voluntad de las partes, sea expresado en forma verbal o escrita; éste surte todos sus efectos legales aunque no sean establecidas todas las formalidades de ley, de esta forma, el contrato existe, es válido, pero no se puede probar”.⁴⁰

A los cuestionamientos, sobre la eficacia del instrumento público, de si constituye un medio de prueba o sólo facilita la prueba de la conclusión del contrato, en relación a esta última pregunta, se puede iniciar recordando que el instrumento público recoge la voluntad de las partes otorgadas consensualmente y prueba lo relativo al perfeccionamiento del instrumento público dentro de los parámetros legales. Mientras la eficacia del mismo dentro de la esfera notarial, es tomado como: “Un medio de prueba, mas o menos privilegiado, pero un medio de prueba”.⁴¹

En segundo lugar, el contrato reproductor o reproducido, “renovatio contractus”, doctrina que durante el año 1900, en Alemania fue la doctrina más avanzada de la época siendo al alemán Heinrich Degenkolb, a quién se le atribuye el comienzo de la teoría precontractualista en su obra Teoría del Precontrato (Vorvertrag).

Esta teoría considera que con la existencia de un convenio preliminar y consensual, y

40 Pérez Fernández del Castillo, **Ob. Cit**; pág. 120.

41 Núñez Lagos, Rafael, **Estudios sobre el valor jurídico del derecho notarial**, pág. 389.

el posterior otorgamiento del documento público, este último queda como un contrato reproductor o reproducido, es la doctrina de la “renovatio contractus”. Esta doctrina sostiene que el contrato otorgado en instrumento público “contradice el convenio preliminar y prevalece el contenido de este último. Que aunque el contrato público desempeñe funciones sustituyentes o no y funciones formales, que enlacen una y otra declaración, el contrato reproductivo implica, por voluntad de las partes, una fusión de materiales de primer acuerdo, una prestación de consentimientos y una refundición de las declaraciones de voluntad. Hay una “renovatio contractus” integral”.⁴² O sea que el contrato será reproductivo dependiendo de la voluntad de las partes.

Al respecto, lo interesante del estudio jurídico de Degenkolb es que no descarta la posibilidad jurídica que nace de la “renovatio contractus”: “que es un contrato nuevo que se produce o no se produce, según la voluntad de las partes, y en la contratación privada acontece necesariamente cuando el contrato lo redacta un notario, en las escrituras públicas –no en las actas-”⁴³ esto evidencia la posibilidad jurídica de manipular la materia o contenido contractual del primer acuerdo y darle nueva forma en una nueva “renovatio contractus”, que no es mas que un nuevo contrato, de pleno derecho y de efectos jurídicos, conforme la voluntad de las partes.

Además, agrega Degenkolb en su obra, sobre la posibilidad de una “renovatio contractus” donde se necesita la interpretación de las normas adjetivas, por la

42 www.cartapacio.edu.arojsindex (21 de febrero de 2008)

43 Núñez Lagos, **Ob. Cit**; pág. 397.

intervención de un funcionario público, en todo caso, apunta: “estaremos en presencia de documentos dispositivos (o constitutivos, no de documentos probatorios)”.⁴⁴

En tercer plano, la doctrina ecléctica, como tercera finalidad y tal y como se asimila de su nombre, no es más que un punto intermedio, una doctrina que recoge lo mejor de las posiciones anteriormente mencionadas. Al respecto el profesor Meyer, adopta esta doctrina, y dice que “el documento reproductivo es probatorio, en cuanto diverja”.⁴⁵

La cuarta finalidad, es un solo contrato con doble forma. Carnelutti, explica al respecto que: “Un negocio no puede tener más de una voluntad ni más de una causa, múltiple encarnación de un negocio. Esto responde al carácter puramente instrumental de este elemento, que es forma. Una forma se entiende que tanto mejor servirá cuanto más ágil y más segura la prueba. Por esto, es justo decir que la segunda declaración se hace a efecto de prueba, lo que no es la misma cosa que decir que sea una declaración probatoria. De este modo se comprende por que, el fondo sea diferente en la práctica, de la estructura dispositiva o testimonial”.⁴⁶

En este contexto, es evidente que Carnelutti se refiere al perfeccionamiento del negocio jurídico en el instrumento público para efectos de prueba, no para efectos probatorios, sino por su naturaleza, prueba en el sentido de su forma y contenido de las declaraciones de voluntad contempladas en él.

44 **Ibid.**

45 **Ibid.**

46 Núñez Lagos, **Ob. Cit;** pág.401.

En armonía con lo escrito anteriormente, al analizar la legislación guatemalteca, especialmente lo relativo al ámbito notarial, en el Código de Notariado, Decreto número 314, El Código Civil, Decreto Ley número 106, nos damos cuenta que en cada uno de esos cuerpos legales, se encuentran bien definidos los requisitos jurídicos para cada uno de los propósitos al momento de faccionar un instrumento público.

Según su naturaleza, es cierto, el instrumento público constituye prueba objetiva de la voluntad del requirente, claro sin olvidar la tutelaridad del Estado hacia la población, para así, garantizar un estado de derecho.

Con relación a la finalidad denominada el “contrato de fijación jurídica, la misma encuentra su origen en la doctrina de Siegel, dos aportaciones de este jurista, igualmente importantes a los hallazgos de Heinrich Degenkolb. Primero tenemos el denominado contrato de fijación jurídica y en segundo lugar la situación del contrato primario frente al contrato definitivo. En el primer caso, se busca asegurar las relaciones jurídicas contra posibles excepciones. Este contrato no es un medio de prueba, pero tampoco es una nueva causa independiente de la obligación. Las partes al contratar lo que buscan es la firmeza jurídica. En el segundo caso, el acuerdo primario de las partes aparece como negocio causal: para realizar este negocio causal sirve el negocio auxiliar o de ayuda, el negocio de cumplimiento, por ejemplo el pago”.⁴⁷

Si el instrumento público constituye un medio de prueba en general, es una interrogante

47 Pérez Fernández del Castillo, **Ob. Cit;** pág. 122

que sólo puede responderse acertadamente al citar a Rufino Ladaria, quien afirma: “lo legítimo es lo que está conforme a las leyes, lo que es genuino y verdadero. Es legítimo lo que ha sido completado o beneficiado con una presunción de existencia, integridad, exactitud, que le concede mayor eficacia jurídica”.⁴⁸

Si un instrumento público es legítimo, entonces es susceptible de ser utilizado como un medio de prueba: “sin que esto afirme que se otorga en escritura pública para constituir un medio de prueba o que la naturaleza del instrumento sea la de medio de prueba o que la naturaleza del instrumento sea la de prueba”.⁴⁹

Pero esto es una consecuencia de su existencia como documento, mas no la razón de su existencia, y menos de su eficacia.

Es evidente que ambos juristas, sitúan al instrumento público elevado en dado caso a contrato como medio de prueba, ya que constituye un medio práctico y eficaz, por el que podría hacerse valer el derecho de las partes procesalmente. De ahí la importancia de la legitimación del instrumento público y de su contenido, ya que en determinado caso puede ser utilizado procesalmente como un medio de prueba.

En relación a las finalidades que cumple el instrumento público y el valor jurídico del mismo, es importante definir a este último, como: “La serie de sentidos metafóricos o

48 **Ibid**, pág. 125.

49 **Ibid**.

abstractos; significación, trascendencia, importancia”.⁵⁰ La importancia o el valor jurídico del instrumento público son subjetivos a mi consideración, ya que tan importante es para mí comprar como para el que vende traspasar el dominio de un bien inmueble y recibir un precio justo y deseado por ello. Ahora bien, el valor que el ordenamiento jurídico le otorga a los instrumentos públicos es diferente, ya que alejado del subjetivismo antes mencionado, el valor jurídico podría definirse como la trascendencia que un instrumento público adquiere al ser compulsado por un notario autorizado para ello, ya que no es lo mismo poseer un documento privado que un instrumento público dotado de seguridad jurídica que la fe pública del notario le confiere.

3.2. Obligaciones previas y posteriores del notario

La definición de obligación en el diccionario común obedece a alcances judiciales o de índole civil, sin embargo, en el ámbito notarial las obligaciones del notario podrían definirse como deberes jurídicamente regulados que rigen su función.

El Código de Notariado, Decreto número 314, del Congreso de la República de Guatemala, establece en el “Artículo 29. Los instrumentos públicos contendrán:

- 1) El número de orden, lugar día, mes y año del otorgamiento;
- 2) Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio de los otorgantes;
- 3) La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento y

50 Ossorio, Manuel, **Ob. Cit;** pág. 775.

de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles;

- 4) La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio del documento personal de identificación (DPI) o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente;
- 5) Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro, describiéndolos e indicando lugar, fecha y funcionario o notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio, para el acto o contrato;
- 6) La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignore el idioma español, el cual de ser posible, deberá ser traductor jurado. Si el intérprete no supiere o no pudiere firmar, lo hará por él un testigo;
- 7) La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato;
- 8) La fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que corresponda, según la naturaleza del acto o contrato;
- 9) La transcripción de las actuaciones ordenadas por la ley o que a juicio del notario, sean pertinentes, cuando el acto o contrato haya sido precedido de autorización y orden judicial o preceda de diligencias judiciales o administrativas;
- 10) La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación;

- 11) La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos; y
- 12) Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedida de las palabras “Ante mí”. Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto, otro que especificará el notario firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio notario fuere el otorgante pondrá antes de firmar, la expresión: “Por mí y ante mí”.

El Artículo antes citado, contiene los requisitos de los instrumentos públicos que deben observar los notarios para su perfeccionamiento. En el Artículo 31 del mismo cuerpo legal, se encuentran estipuladas las formalidades esenciales de los instrumentos públicos y la omisión de estas da acción a la parte interesada para demandar su nulidad.

En relación a este tema en particular, la literatura jurídica no enfatiza las obligaciones previas o posteriores en forma estandarizada, ya que la legislación de cada país y su diversidad hacen imposible esto. Es evidente que las obligaciones del notario serán diversas en los distintos países donde se practique, pero siempre se observará la influencia de nuestro sistema latino en los países donde sea éste el sistema a seguir.

En Guatemala, además de los requisitos legales de los instrumentos públicos, el notario atiende sus obligaciones previas y posteriores según sea el acto o contrato. A continuación, algunas obligaciones de las cuales el notario no puede prescindir en el perfeccionamiento de los instrumentos públicos, independientemente de la naturaleza jurídica del mismo:

- A. Identificación de los comparecientes, mediante documento personal de identificación (DPI) o pasaporte (si es extranjero el compareciente) o testigos de conocimiento, según corresponda (Artículo 29, numeral 4, del Código de Notariado y el Artículo 50 Ley del registro nacional de las personas, Decreto número 90-2005).
- B. Acreditación del derecho a ceder, traspasar o vender, etc., (en el caso de contratos traslativos de dominio, contratos de compraventa de fracción de bien inmueble urbano, entre otros).
- C. Tener a la vista la legislación conexas con el acto o contrato a autorizar (por ejemplo, en caso de contrato de compra venta de fracción de bien inmueble urbano, tener a la vista la Ley de Parcelamientos Urbanos, Decreto número 1427 del Congreso de la República de Guatemala).
- D. El pago de impuestos a los que está sujeto el acto o contrato, es primordial dentro de las obligaciones del notario. (Por ejemplo, el pago del Impuesto Único Sobre Inmuebles, IUSI). Esta obligación es obligatoria e indispensable en todos los contratos traslativos de dominio sobre inmuebles.
- E. Esta última obligación es fundamental para los objetivos de esta investigación, en lo referente al registro de los contratos sobre inmuebles

sujetos a esta obligación registral. La inscripción después del otorgamiento, por medio del testimonio y el testimonio especial.

A continuación las obligaciones posteriores del notario, que como mencionamos anteriormente no son estrictamente las únicas, pero sí algunas de las que se relacionan al objeto de esta investigación:

- A. Razonar el título de propiedad del bien inmueble objeto del contrato (Artículo 36 del Código de Notariado).
- B. Remisión del testimonio especial al Director del Archivo General de Protocolos (Artículo 37 del Código de Notariado).
- C. La obligación de extender testimonio a la parte interesada con el respectivo duplicado (satisfaciendo el impuesto al valor agregado IVA. (Artículo 73 del Código de Notariado y el Artículo 5 Ley de timbres fiscales y papel sellado especial para protocolos.
- D. La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos (Artículo 29, numeral 11 del Código de Notariado) este numeral en particular, resulta ser la base de esta investigación, ya que a pesar de la advertencia de que el notario le hace a los otorgantes de registrar el testimonio en los registros respectivos, a veces también por costumbre notarial algunos notarios en conocimiento del valor jurídico del registro del testimonio, asumen esta responsabilidad y descarga de ella a los comparecientes. Caso contrario, debería ser el notario el obligado a presentar el testimonio con el duplicado

al registro respectivo. (Artículo 69 del Código de Notariado y Artículo 1125 del Código Civil, Decreto Ley número106).

- E. Remitir avisos de traspaso a la Dirección de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles (DICABI), Artículo 38 de del Código de Notariado, modificado por el Decreto número 15-98. del Congreso de la República de Guatemala.

3.3. Formas de reproducción del instrumento público

Una definición, “strictu sensu”, de reproducción podría ser: “imitación o copia de una obra”;⁵¹ sin embargo, dentro del ámbito notarial al referimos a reproducir el instrumento público estamos hablando de la copia fiel de un documento faccionado o compulsado por el notario y éste en el ejercicio de su función es requerido por uno o más comparecientes, a fin de perfeccionar con ello un negocio jurídico, después de faccionar el instrumento público idóneo para el tipo de negocio jurídico indicado, surge entonces la interrogante sobre la copia que el compareciente pide para acreditar el acto jurídico establecido.

El notario es el obligado, por disposición de la Ley, de explicar a los comparecientes que según lo establecido en el Artículo 8 del Código de Notariado “El protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolacion, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con esta Ley” y por tanto, no puede entregar la escritura matriz u original en todo caso, al

51 Ossorio, Manuel, **Ob. Cit**; pág. 666.

compareciente, ya que el Código de Notariado, le obliga a conservarlas dentro del protocolo. “El notario, al conservar los originales y con ellos integrar el protocolo para cada año, asegura, dentro de su función profesional, la perpetuidad y conservación de los instrumentos en los que constan los negocios jurídicos que autorice”.⁵²

En este orden de ideas, surge la interrogante ¿después de ir al notario, qué constancia recibo de mi escritura pública? La respuesta es simple, ya que el notario está en la disponibilidad y obligación legal de responder a la interrogante y no existe forma alguna más que reproducirlo por medios jurídicos amparados doctrinaria y legalmente. A continuación se presenta cada una de las variantes de reproducción del instrumento público o escritura, así como el valor jurídico de ellas en la legislación guatemalteca:

a) El testimonio

Al pensar en el término testimonio, es interesante retroceder un poco para conocer el porqué de esta institución: “En el uso frecuente que en otro tiempo se hacía de los contratos privados, que por carecer de matriz, no se podían reproducir y con su extravío o destrucción, se perdía la posibilidad de acreditar la propiedad, por la imposibilidad de duplicar el contrato, se llegó al extremo de pensar que la propiedad estaba incorporada al título, de tal manera que se hipotecaban los títulos dándolos como prenda para garantizar el adeudo.

52 Alvarado Sandoval, Ricardo y José Antonio, Gracias González, **El notario ante la contratación civil y mercantil**, pág. 43.

Actualmente esto no acontece, pues a los únicos documentos que se les pueden llamar escritura o acta notarial, son a los asentados de manera original en el protocolo. Los documentos expedidos a las partes y a los interesados son los testimonios, copias certificadas y certificaciones⁵³. La comparación anteriormente proporcionada es interesante ya que nos da la idea popular de confundir la escritura o el acta notarial, y como ya hemos visto esta confusión tiene un origen.

La Real Academia Española, dice que el testimonio es el: “instrumento autorizado por escribano (secretario judicial) o notario en que se da fe de un hecho, se traslada total o parcialmente un documento o se le resume por vía de relación. El testimonio debidamente autorizado produce el mismo efecto probatorio que su matriz”.⁵⁴

Esta definición hace énfasis en la fe pública, investidura de la cual goza el notario debidamente autorizado, al momento de compulsar o cartular el instrumento público. La fe pública es una calidad y a la vez un principio notarial, Neri Argentino afirma que: “en definitiva: puede preceptivamente afirmarse que la fe pública; es un principio real de derecho notarial, pues viniendo a ser como una patente de crédito que se necesita forzosamente para que la instrumentación pública sea respetada y tenida por cierta, se traduce por una realidad evidente”.⁵⁵ Como hemos visto es evidente la importancia para el notario de ostentar la fe pública y los efectos de ésta al momento de cartular.

53 Pérez Fernández del Castillo, **Ob. Cit**; pág. 126.

54 Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 747.

55 Muñoz, Nery Roberto, **Ob. Cit**; pág. 23.

En relación al testimonio se dice que: “el término testimonio, desde el punto de vista legal, posee varias acepciones; primero, la deposición que un testigo hace en juicio; segundo, el instrumento legalizado de escribano en que da fe de algún hecho; y tercero, la prueba, justificación y comprobación de la certeza o verdad de alguna cosa”.⁵⁶ Esta definición es más completa, ya que incorpora elementos como:

- Instrumento legalizado de escribano;
- En que se da fe de algún hecho;
- Prueba, justificación y comprobación de la certeza o verdad.

La legislación al respecto también hace referencia a este tema en el Artículo 66 del Código de Notariado, Decreto número 314, el cual indica: “testimonio es la copia fiel de la escritura matriz, de la razón de auténtica o legalización, o del acta de protocolación, extendida en el papel sellado correspondiente, y sellada y firmada por el notario autorizante o por el que deba sustituirlo, de conformidad con la presente Ley.”

La definición del Código de Notariado guatemalteco es muy clara en definir al testimonio; sin embargo, en relación a esta investigación coincido, en la afirmación de que: “un aspecto fundamental que no se menciona en la definición legal transcrita, el cual es fundamental, se refiere a los plenos efectos legales que la copia o testimonio tiene dentro del ordenamiento jurídico”.⁵⁷ Al respecto, continua el autor diciendo: “El testimonio para los efectos legales, representa la prueba de la existencia del documento

56 Alvarado Sandoval, y Gracias González, **Ob. Cit**; pág. 44.

57 Alvarado Sandoval, **Ob. Cit**; pág. 45.

original, el cual obra en poder del notario, y que en ejercicio de la fe pública que él ostenta se encuentra autorizado a expedir para los consiguientes efectos”.⁵⁸

En este contexto, es obvio que aunque la ley sea expresa y clara al determinar los medios de reproducción de la escritura matriz, es de vital importancia recordar que aunque la reproducción sea fiel y exacta no produce los mismos efectos legales de prueba que el testimonio compulsado por notario habilitado o por el que deba de sustituirlo como el juez de primera instancia u otro notario (funcionario, que tenga en su poder el protocolo, legalmente autorizado para ello, temporalmente).

En otras palabras, se puede inferir que el testimonio es una copia fiel y auténtica por haber sido compulsada por el notario, de los documentos que autorizó y que se encuentran dentro del protocolo y que el mismo notario tiene por mandato legal la obligación de extender para que surtan sus efectos legales correspondientes, ya que prueban en sí la existencia del original contenido en el protocolo. Oscar Salas, al respecto dice: “Testimonio o copia (se utilizan) para designar la reproducción literal, total o parcial, de un instrumento público protocolar, autorizada por el notario o cartulario ante quien se otorgó o por el notario u otro funcionario que lo sustituya en la custodia del protocolo y a la reproducción se incorporan todos los derechos y obligaciones derivados del instrumento protocolado”.⁵⁹ Los testimonios se clasifican en:

a) Testimonios regulares: es el comúnmente denominado testimonio o primer

58 **Ibid.**

59 **Ibid.**

testimonio.

b) Testimonios irregulares: son los siguientes:

- 1) El testimonio de las partes conducentes de un proceso sucesorio, Artículo 497 del Código Civil y Mercantil, Decreto Ley número 107.
- 2) El testimonio de las partes conducentes de una rectificación de área de bien inmueble urbano, Artículo. 14 de la Ley de Rectificación de Área de Bienes Inmuebles Urbanos, Decreto Ley número 125-83.
- 3) Testimonio del índice del protocolo, Artículo 92, último párrafo del Código de Notariado.

No obstante el Código de Notariado reconoce sólo dos tipos de testimonios a saber:

- a) El testimonio (primer testimonio)
- b) El testimonio especial.

Para los efectos de la presente investigación sólo profundizaremos en el primero, pues el segundo, el testimonio especial, lo mencionaremos sin entrar en detalles ya que como es sabido es el testimonio que se debe remitir al Director del Archivo General de Protocolos, dentro de un plazo de 25 días y no constituye objeto de este estudio.

El testimonio es también denominado comúnmente primer testimonio y es la copia que extiende el notario al compareciente o parte interesada, la misma le servirá para efectos de inscripción y registro del acto o contrato que se ha otorgado, del cual da fe el notario autorizante. Sus parámetros legales son los siguientes: “Los requisitos formales que para el efecto deba de cumplir el notario que compulse el testimonio son:

- 1) El testimonio debe consistir en la reproducción fiel del instrumento original no pueden consignarse en él nuevas declaraciones, ni hechos posteriores.
- 2) Cada una de las hojas del testimonio debe ser firmada, numerada y sellada por el notario autorizante o por el que deba sustituirlo de conformidad con la ley. (Código de Notariado, Decreto número 314).
- 3) En algunos de los testimonios el notario debe cerciorarse de que la obligación fiscal (Ley y Reglamento de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolo, Decreto número 37-92) respectiva al acto o contrato sea satisfecha en el mismo testimonio. Estos impuestos pueden ser:
 - a. Impuesto de timbres fiscales
 - b. Impuesto al valor agregado (IVA)
- 4) Los testimonios que se refieran a la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales y gravámenes sobre los mismos, y que corresponde inscribirlos en los registros respectivos, deben ser acompañados de un duplicado, claramente legible, numerado, sin obligación de adherirles timbres fiscales, ni tampoco notariales.
- 5) A este tipo de testimonio no existe obligación de adherirles timbres notariales.”⁶⁰

Según sea el caso, el notario actúa como auxiliar de la administración pública, y funge como agente fiscal que debe cerciorarse del cumplimiento de la obligación tributaria, ya que de lo contrario no puede extender el testimonio y podría incurrir en

60 **Ibid**, págs. 47 y 48.

responsabilidades. En otros casos, en algunos actos o contratos no existe tal obligación tributaria, por estar exentos. En todo caso, el notario deberá consignar que se ha satisfecho la obligación de pago y de qué manera, o bien, que el acto o contrato se encuentra exento (Artículo 11, Ley y Reglamento de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolo, Decreto número 37-92).

En este capítulo quedó de manifiesto la importancia del instrumento público, ya que para los otorgantes constituye prueba de la declaración de su voluntad ante el notario, quien da forma legal a la misma, a solicitud de los requirentes (otorgantes, comparecientes, clientes según el caso). La reproducción de ese instrumento público constituye tema trascendental que complementa esta investigación, ya que cuando el instrumento es reproducido por el notario, surgen las obligaciones posteriores que a diferencias de las obligaciones previas son obligatorias, "ispo iure", por ejemplo, razonar el título de propiedad del bien objeto del contrato, remitir el testimonio especial al Director del Archivo General de Protocolos, obligación de extender testimonio a la parte interesada, remitir avisos de traspaso a la Dirección de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles, y las más importantes, que son objeto de esta investigación, la advertencia a los otorgantes de los efectos del acto o contrato y que deben presentar el testimonio a los registros respectivos (Artículo 29, numeral 11, Decreto número 314, Código de Notariado).

Esta última obligación notarial es trascendental, ya que el legislador ha dispuesto que sean los otorgantes los encargados de presentar los testimonios en los registros

respectivos. Sin embargo, el valor que el otorgante le da al instrumento público o al testimonio en sus manos, difiere del valor jurídico que el notario le da a cada uno de los actos o contratos que autoriza o compulsas, por tanto, reitero que el notario es el único de los sujetos de la relación notarial que conoce los alcances jurídicos de no cumplir con la obligación registral del testimonio en los registros públicos de la propiedad.

CAPÍTULO IV

4. Derecho registral

No existe uniformidad de opiniones de los autores en relación a la definición del derecho registral o derecho inmobiliario, en cuanto a su objeto y finalidad individualmente, otros autores optaron por unificar estas dos ramas así derecho registral e inmobiliario. A continuación, presento algunas de las definiciones más populares que por su contenido justifican la importancia de su existencia, para los efectos de esta investigación:

En España se concibe al derecho registral como: “el conjunto de normas reguladoras de las relaciones jurídicas a aquellos bienes aptos para engendrar titularidades, “erga omnes”, mediante la publicidad del registro”.⁶¹ Otra opinión, plenamente aceptada es aquella que afirma que el derecho registral: “Es la rama del derecho que regula la registracion de los actos de constitución, declaración, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre fincas y de ciertos derechos que las afectan, así como los efectos derivados de dicha registracion. La palabra registracion incluye todos los asientos que pueden practicarse en el Registro”.⁶²

Dentro de la variedad de definiciones tenemos la de Montes, este autor explica que el

61 Marín Pérez, Pascual, **Introducción al derecho hipotecario**, pág. 75.

62 Muñoz, Nery Roberto y Rodrigo Muñoz Roldán, **Derecho registral inmobiliario guatemalteco**, pág. 1.

derecho registral es un: “Conjunto de normas de Derecho Civil que regulan las formas de publicidad de los actos de constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre fincas y las garantías de ciertos derechos personales o de crédito, a través del Registro de la Propiedad”.⁶³

De las definiciones anteriores, considero que Bienvenido, acertadamente puntualiza diciendo: “Parte del derecho registral que se refiere al conjunto de principios y normas destinados a reglar la organización y el funcionamiento de los organismos estatales encargados de receptor fundamentalmente los actos y documentos concernientes a los derechos reales o a los que afectan, relativos a los inmuebles, así como también las formas y resultados de tales registraciones y, por último, los efectos y consecuencias jurídicas que se derivan de ella”.⁶⁴

Es evidente que todas las definiciones anteriores se refieren exclusivamente a las relaciones jurídicas que el hombre establece en relación a los bienes muebles e inmuebles y particularmente aquellos susceptibles de inscripción y registro, de los cuales deviene la titularidad de los mismos. Además, del cumplimiento de los principios registrales, a través de un organismo estatal que para Guatemala sería el Registro General de la Propiedad. Existen varios registros que como no constituyen objeto de esta investigación sólo mencionaremos por su nombre:

- a) El Registro Nacional de las Personas (RENAP)

63 Caicedo Escobar, Derecho inmobiliario registral, pág. 12.

64 **Ibid**, pág. 14.

- b) El Registro Mercantil.;
- c) El Registro de la Propiedad Intelectual;
- d) El Registro de Cooperativas;
- e) El Registro de Valores y Mercancías;
- f) El Registro de Ciudadanos;
- g) El Registro Público de Sindicatos;
- h) Registro de Procesos Sucesorios;
- i) Registro de Poderes, entre otros.

4.1. Registro General de la Propiedad

Esta institución como ya se mencionó fue un gran avance en la sociedad griega, ya con ella se afecta a los bienes del deudor y no a este último como se venía haciendo, por ejemplo, con la penalización corporal o pena capital del deudor moroso de sus obligaciones contraídas. Se constituyó la hipoteca un medio de garantía para el pago de las obligaciones no satisfechas contraídas por el deudor. En Grecia, ya se utilizaban tres sistemas registrales:

- A. El Registro de Hipotecas;
- B. El de Publicidad; y
- C. El de Especialidad y Determinación.

No existía obligación de inscribir los bienes de la forma en que se hizo después en los últimos tiempos en Roma, por ende, no existen registros formales. Los propietarios o

los contratantes sólo inscribían los contratos que a sus intereses convenían.

Anteriormente, previo al nacimiento del registro como lo conocemos hoy en día: “Los bienes no eran registrados y las inscripciones de los contratos sólo determinaban la cosa afecta a la obligación y el importe de ésta”.⁶⁵ Ello vino a conformar la existencia de la figura jurídica de la hipoteca, que para esos tiempos constituyó un gran avance en la materia, de esta práctica repetitiva en la sociedad griega nace el axioma del celebre filósofo griego Plutarco: “aquél que se obliga, obliga lo suyo”.⁶⁶

Es innegable que las leyes de los monarcas doña Juana y Carlos I, de don Felipe V y muy especialmente la de don Carlos III, se hicieron extensivas a todas las colonias de España para el planteamiento del Registro de Hipotecas. “En lo que respecta a Guatemala, nuestra herencia se genera en el Antiguo Oficio de Hipotecas, que data de la época de los reyes don Carlos y doña Juana, Felipe V y Carlos II de España.”⁶⁷

Desde ese entonces transcurrió un siglo hasta 1877, durante el período del general Justo Rufino Barrios, quien con su Reforma Liberal, dio a Guatemala cambios significativos en materia legal y reformadora. Durante su período presidencial se construyó un edificio que físicamente estuviera al resguardo de los archivos de esa época.

65 Girón, J. Eduardo, **Ob. Cit**; pág. 169.

66 Ortega Pivaral, Manuela, **Tesis sobre funcionamiento del registro general de la propiedad, su modernización y reforma**, pág.15.

67 **Ibid**, pág. 2.

El desarrollo del Registro General de la Propiedad desde la antigua Grecia, su transición hacia la época moderna, en 1933, donde fue regulada en el Código Civil del mismo año al entrar en vigencia después de su promulgación, en ese entonces, se definió a esta institución con la finalidad de prestar los siguientes servicios: son objeto de inscripción registral ya no sólo los bienes inmuebles, sino otra clase de bienes inmuebles. El actual Código Civil, Decreto Ley número 106, regula todo lo relativo al Registro de la Propiedad, su definición está en el “Artículo 1124 (Artículo 77, del Decreto Ley número 218).

La diferencia entre estos dos cuerpos legales fue la incorporación del registro de bienes muebles susceptibles de registro como vehículos motorizados, maquinaria agrícola e industrial, naves y aeronaves, etc., para los cuales se deben de cumplir diferentes requisitos para su inscripción y registro; esta institución tiene gran trascendencia en la vida dentro de la sociedad.

El actual Código Civil, Decreto Ley número 106, trata todo lo relativo al Registro de la Propiedad y dice en el Artículo 1124. “El Registro de la Propiedad es una institución pública que tiene por objeto la inscripción, anotación y cancelación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y muebles identificables. Son públicos sus documentos, libros y actuaciones”.

En relación al sistema registral: “se hace referencia de las diferentes formas en que se pueden organizar los registros, así como también a los diferentes efectos que en éstos

pueden tener las inscripciones, no sólo en cuanto a considerarlas declarativas o constitutivas, sino también en cuanto a la protección de los derechos de terceros”.⁶⁸

En relación a los sistemas registrales, se puede agregar que el registro o el sistema registral responde también en cuanto a la forma y a la eficacia jurídica que persigue. Esta investigación abarcará solamente la forma de los registros, “según la forma en que el registro se hace, existen, entre otros:

- a) El sistema de transcripción por el cual el documento se archiva o se copia íntegramente en los libros del registro;
- b) El sistema de folio personal en que los libros se llevan por índices de personas o sea de propietarios o de titulares de derechos reales; y
- c) El sistema de folio real, en que los libros se llevan por fincas, a cada una de las cuales se le abre un folio, en que se inscriben todos los cambios, gravámenes, transacciones, etc., relacionados con dicha finca”.⁶⁹

En cuanto a su forma, el sistema registral guatemalteco es el del sistema de folio real, claramente heredado de España, y por el desarrollo de la tecnología con la variante de la utilización de medios electrónicos, explícitamente cito el “Artículo 3.- En las operaciones registrales es seguido el sistema del folio real, ya sea que éstas se hagan en forma manual o por medios electrónicos” (Reglamento del Registro General de la Propiedad, Acuerdo Gubernativo número 359-87).

68 Muñoz, Nery y Rodrigo Muñoz Roldán, **Ob. Cit**; pág. 8.

69 Luís Carral y de Teresa, **Ob. Cit**; págs. 229 y 230.

En Guatemala, como ya se mencionó, este sistema tiene sus particularidades, en relación a otros países de Latinoamérica como Chile, Argentina, etc., en donde se sigue este mismo sistema, pero con sus respectivas particularidades.

Al respecto, un autor guatemalteco reconocido por su trayectoria profesional y docente dice que “El sistema registral aplicado a Guatemala, tiene que tener mucho del utilizado, por la influencia. No obstante como se afirmó antes, cada país tiene sus propias características en cuanto a su sistema registral, por ello para Guatemala, podemos mencionar las siguientes:

- a) La utilización del folio real para sus inscripciones, eso hace que cada finca esté individualizada por su propio número y, en el mismo folio constan todas sus operaciones, incluso las canceladas. El folio real es de suma importancia, ya que se conoce todo el historial de la finca desde su creación hasta su cancelación o extinción.
- b) Es declarativo, ya que los derechos nacen, se modifican, transmiten y extinguen fuera del registro, sólo surten efectos ante tercero cuando se inscriben.
- c) Las inscripciones se hacen a petición de parte.
- d) La forma de los asientos registrales es por inscripción, es decir que cada operación lleva un resumen de la operación, no se transcribe total o literalmente el documento, tampoco se encasilla, aunque un duplicado del documento se conserva en el registro, que es la base de la inscripción.
- e) La inscripción tiene fuerza convalidante y la inscripción da plena

protección a los derechos adquiridos por la fe pública registral, pero el negocio ya existe antes de llegar al Registro.

- f) Se reconocen y distinguen entre las partes y terceros.
- g) Todo lo inscrito es público.
- h) Rigen los principios registrales, algunos de ellos, regulados en la misma ley”.⁷⁰

4.2. Principios registrales

Los principios registrales, que rigen la actividad registradora difieren del país en cuanto el sistema de registro sea diferente. En Guatemala como ya se mencionó se sigue el de folio real, en relación a ellos presento algunos principios que en doctrina son generalmente aceptados, la clasificación es la siguiente:

a) Principios materiales

El principio de inscripción, que literalmente significa el hecho de inscribir o técnicamente asentar un registro en un registro público determinado.

A esta definición se suman “los derechos nacidos extrarregistralmente, al inscribirse, adquieren mayor firmeza y protección, por la presunción de exactitud que son investidos, por la fuerza probatoria que el registro les da”.⁷¹ Desde el punto de vista

70 Muñoz, Nery y Rodrigo Muñoz Roldán, **Ob. Cit**; págs. 16 y 17.

71 Luís Carral y de Teresa, **Ob. Cit**; págs. 246 y 247.

material este principio también obedece a la influencia que ejerce la inscripción sobre los bienes inmuebles en su caso, cuando la misma inscripción al hacerse efectiva siguiendo los lineamientos legales establecidos equiparará al negocio jurídico. En otras palabras, la inscripción registral determina la eficacia del mismo y sus efectos jurídicos al momento de su concurrencia. En Guatemala, el Código Civil, Decreto Ley número 106, especifica en el Artículo 1125, lo que en el registro se inscribirá.

En el mismo cuerpo legal, encontramos el Artículo 1130, el mismo hace referencia a la primera inscripción que ha de ser la del título de propiedad o de posesión y sin ese requisito no podrá inscribirse otro título o derecho real relativo al mismo bien; y no podrá ser modificada, ampliada o enmendada sino por providencia judicial. La necesidad de la inscripción deviene de la constante búsqueda de seguridad, certeza jurídica y permanencia jurídica que los comparecientes requieren, cuando a la inscripción de sus bienes inmuebles se refiere.

Además de lo preceptuado hay otros dos Artículos íntimamente ligados al principio de inscripción, tenemos:

- “La inscripción en el registro puede pedirse por cualquier persona que tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir”. (Artículo 1127, Decreto Ley número 106); y
- “En ningún tribunal ni oficina pública se admitirán escrituras ni documentos sujetos a inscripción, que no hubieren sido razonados por el registrador”. (Artículo 1129, Decreto Ley número 106)

Otro principio es la especialidad o determinación, que desde el punto de vista material es la especificación, término que según el diccionario usual lo define como: “particularidad o singularidad”,⁷² la finalidad de este principio registral es la de determinar exactamente los bienes susceptibles de ser inscritos en el registro público, los alcances del mismo abarcan hasta los titulares de los derechos: “exige que los derechos publicados por el registro estén debidamente definidos y precisados respecto a su tutelaridad, naturaleza, contenido y limitaciones”.⁷³ O sea, que cuando se hace público el registro, después de ser registrado, ello implica determinar el bien al cual le pertenecen los derechos derivados de la inscripción en el registro.

Con respecto a la definición de este principio, se dice que es más acertada la definición de determinación y no especialidad. En otras palabras: “quizás esta definición sería más correcta que la que se usa de especialidad, que nace como oposición o reacción contra la generalidad de las hipotecas”.⁷⁴ Es evidente que las hipotecas más que determinarlas tienen una especialidad en cuanto a su materia, pero el registro más que una especialidad, es más acertado que se determinen los bienes susceptibles de ser inscritos. La legislación guatemalteca es clara al expresar en el Artículo 1131 del Código Civil, Decreto Ley número 106, los requisitos de las inscripciones en el último párrafo establece: “La inscripción de bienes muebles identificables se hará con los requisitos que establezca el reglamento del registro”.

72 **Ob. Cit;** pág. 363.

73 **Ob. Cit;** pág. 145.

74 Luís Carral y de Teresa ,**Ob. Cit;** págs. 248 y 249.

La importancia de este principio radica en que en el asiento deben aparecer con precisión: la finca, que es la base física de la inscripción; el derecho, que es el contenido jurídico y económico de la misma; y la persona que puede ejercer el derecho, o el titular. Por ello, se define la finca como: “El soporte físico o material del dominio y demás derechos reales inscritos”.⁷⁵

b) Principios formales

El principio de rogación, está plasmado en el Artículo 1 del Código de Notariado, Decreto número 314, que dice textualmente: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte”. La rogación es un principio notarial de vital importancia y que se encuentra presente en cada momento de la función que ejerce el notario, ya que su intervención siempre es a requerimiento de parte. Sin embargo, no solamente se hace presente en este ámbito, sino también en el derecho registral como principio rector de esta última rama del derecho, específicamente al normar el actuar del registrador, ya que al igual que el notario éste no puede actuar de oficio, sino a requerimiento del titular de un derecho.

Existe una definición, igualmente reconocida, la cual dice: “Se requiere que alguien se lo pida; que alguien haga una solicitud. Esta necesidad de instancia, es lo que se conoce con el nombre de Principio de Rogación”.⁷⁶

75 Roca Sastre, Luís, **El folio real en el derecho inmobiliario registral**, pág. 26.

76 Luís Carral y de Teresa, **Ob. Cit**; pág. 251.

Un segundo principio es, el de tracto sucesivo, que algunos autores han optado por llamar a este principio registral como de tracto continuo, éste: “es un principio de sucesión, de ordenación, derivado del principio de consentimiento, por el que el titular queda inmunizado (protegido) contra todo cambio no consentido por él”.⁷⁷

Este principio tiene como finalidad que no se interrumpa la cadena de inscripción, entiéndase con ello lo que establece el Artículo 1130 del Código Civil, Decreto Ley número 106: “la primera inscripción será la del título de propiedad o de posesión y sin ese requisito no podrá inscribirse otro título o derecho real relativo al mismo bien; y no podrá ser modificada, ampliada o enmendada sino por providencia judicial”. O sea que la persona que transfiere el derecho, fue un adquirente y por lo tanto, el titular que inscribe se convertirá en el transferente del futuro y así sucesivamente.

La tutela de nuestro ordenamiento jurídico es clara, este principio de tracto sucesivo resguarda la titularidad del derecho inscrito, así como la negativa expresa de registrar de nueva cuenta lo que no emane de él.

c) Principios mixtos

Principio de consentimiento, el que en sí constituye un elemento subjetivo imprescindible en todo negocio jurídico, así lo establece el Artículo 1251 del Código Civil, Decreto Ley número 106, el cual indica: “el negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no

77 **Ibid**, pág. 250.

adolezca de vicio y objeto lícito”. Cuando el negocio jurídico adquiere validez, una vez constituido y si dado el caso sea necesario, según su finalidad que deba ser inscrito en el registro público, Registro General de la Propiedad, estamos ante una modalidad de consentimiento, no del negocio jurídico en si, sino del consentimiento del titular, transferente, de ser afectado en su patrimonio o en su derecho transferido, ello es necesario para que se realice el registro a favor de otro adquirente, “debe basarse en un acuerdo de voluntades entre el transferente (perjudicado) y el adquirente; y como sólo puede consentir el que puede disponer, sólo puede consentir el verdadero titular”.⁷⁸

El segundo principio, el de publicidad, lo encontramos en la Constitución Política de la Republica, es el Artículo 31.- “Acceso a archivos y registros estatales”, o “habeas data”. Pero específicamente cuando hablamos de publicidad, hacemos referencia a dos modalidades de su definición “latu sensu y strictu sensu”, a decir: “latu sensu”, sentido amplio: “se afirma que la publicidad es una actividad, destinada a producir cognoscibilidad. El efectivo conocimiento dependerá, en definitiva, de la actitud y de la voluntad del destinatario, en conocer lo que se da a publicidad.”⁷⁹

Es evidente que la publicidad desde este punto de vista depende más que todo de la persona interesada, de lo que desea se de a conocer en forma pública, de los documentos de acceso público.

78 Luís Carral y de Teresa , **Ob.Cit**; págs. 249 y 250.

79 Cornejo, Américo Atilio, **Derecho registral**, pág. 1.

En sentido estricto, “strictu sensu”: no es posible concebir un registro público sin la existencia de este principio: “Significa que los registros públicos deben revelar la situación jurídica de personas, bienes, derechos y contratos y, que toda persona, sea o no tercero registral o interesado, tiene derecho a que se le muestren los asientos del registro y de obtener constancias relativas a los mismos, en cualquier momento que lo desee”.⁸⁰

La definición de publicidad “strictu sensu”, no es más que el acceso libre que tienen las personas de obtener constancia de los registros en el momento que lo consideren necesario.

El tercer principio es el de prioridad, que obedece al principio “prior tempori portier iure” (primero en el tiempo es mejor derecho), significa que los efectos de la inscripción que realiza el registro se retrotraen a la fecha de presentación del documento, que establece que el acto registrable que ingrese primero se antepone o prevalece a todo acto registrable con posterioridad. “Únicamente puede concebirse este principio, por la posibilidad que se da, de que existan dos o más títulos contradictorios, la contradicción puede ser de dos tipos: Porque se trate de dos derechos cuya coexistencia sea imposible; verbigracia, dos ventas de una misma cosa. Estamos en presencia aquí, de un caso de impenetrabilidad o de preclusión registral; o que se trate de derechos que aunque pueden coexistir, exijan un puesto diferente, como por ejemplo dos hipotecas

80 Arrazola Ponciano, Juan Francisco, **Tesis sobre algunos conceptos e instituciones fundamentales del derecho registral guatemalteco**, pág.5.

sobre una misma cosa. La coexistencia, aquí, sí es posible, pero en orden diferente, que se llama rango”.⁸¹

Aquí se aplica la regla romana sobre el primero que compra es el propietario, se transforma en la nueva regla de que es primero en derecho el primero en registrar.

d) Otros principios registrales

Legitimación, en relación a este principio: “los instrumentos notariales legitiman los actos y hechos a que se refieren, al otorgarles una presunción de existencia que los exonera de prueba. La legitimación es, en cierto aspecto, un traslado de la prueba: el legitimado no tiene que probar nada”.⁸² Para algunos, el tema de la legitimación es fundamental y “según que el acto produzca efectos dentro de la esfera jurídica del autor o en la esfera jurídica ajena, la legitimación se divide en:

e) Legitimación ordinaria

Considera los actos que respetan la esfera jurídica sobre la cual inciden. La legitimación ordinaria se subdivide en:

- Legitimación ordinaria directa: en que el acto es ejecutado por el autor, que es el titular de la esfera jurídica en que el acto produce sus efectos. Hay identidad entre autor y titular (verbigracia, vende el verdadero dueño). La ley legitima al titular del derecho subjetivo; y

81 Luis Carral y de Teresa, **Ob. Cit**; pág. 251.

82 **Ibid**, pág. 255.

- Legitimación ordinaria indirecta: En que el acto es ejecutado en nombre propio o ajeno, eficaz y lícitamente, pero sobre esfera jurídica ajena, sólo que respetando esta titularidad (verbigracia poder de representación, gestión de negocios, etc.). La ley legitima la actuación de otro que respeta la esfera jurídica ajena.

f) Legitimación extraordinaria

En el acto jurídico es eficaz sobre una esfera jurídica ajena, que no respeta, y que se ejecuta en nombre propio, basado en una apariencia de titularidad.- La ley legitima al que parece ser titular, es decir, al titular aparente. “El titular (verdadero) de un derecho subjetivo está legitimado (con poder jurídico legal) para exigir que exista a su favor una exteriorización (apariencia) de su derecho, es decir, para hacer concordar su titularidad (derecho subjetivo) con la situación posesoria o registral (Vr. Gr. R es dueño, puede poseer, gozar, administrar su propiedad y registrar su título)”⁸³

Si a pesar de los medios (poderes) que le concede la ley, el legitimado no actúa y no logra esa concordancia (el comportamiento inactivo del interesado, surge la necesidad de proteger la apariencia jurídica, pues cuando hay discordancia con el titular verdadero y el titular aparente, se produce una apariencia de titularidad (Vr. Gr. R compra y no registra, y al no registrar, queda el anterior titular – el “ex-dominio”, ahora “non dominio” como titular aparente. R. que es el titular real por haberle comprado, no aparece en el

83 Luís Carral y de Teresa, **Ob. Cit**; pág. 256.

registro. Si el titular aparente, vende otra vez, no siendo ya dueño, y el 2º. Comprador si registra y es de buena fe, queda legitimado).

En conclusión, la legitimación es la tutelaridad que adquiere el titular del derecho subjetivo (o sea la legitimación ordinaria) y cuando se da el caso, la norma protege a veces al titular aparente (legitimación extraordinaria). En la legislación guatemalteca tenemos los Artículos 1146 y 1148 del Código Civil, Decreto Ley número 106, en ambos Artículos se expresa que: “La inscripción no convalida los actos o contratos nulos según las leyes y que únicamente perjudicará a tercero sobre lo que aparezca inscrito o anotado en el registro”.

Apariencia jurídica, en relación a este principio es menester la teoría que justifica su existencia, elaborada por Alejandro Bérnago que dice:

- “a) Los actos realizados por una persona engañada por una situación jurídica que es contraria a la realidad, pero que presenta exteriormente las características de una situación jurídica verdadera, son definitivos y oponibles, como lo serían los actos fundados en situaciones absolutamente irregulares.
- b) Los derechos adquiridos al amparo de esta situación se consolidan instantáneamente y producen todos sus efectos “erga omnes”.
- c) Cuando estos derechos adquiridos en base de una situación aparente se opongan a los derechos del verdadero titular, esta yuxtaposición, o mejor dicho, esta superposición, debe resolverse a favor del titular aparente. Pero,

al mismo tiempo, el titular verdadero debe ser investido de una acción personal de indemnización, dirigida contra el que creó la situación aparente, causa inicial del perjuicio.

- d) Esta simple reparación por equivalencia debe exponer y expone al titular verdadero de la situación jurídica, a sufrir las consecuencias de la insolvencia eventual del titular aparente”.⁸⁴

Como hemos visto, existe una clara relación entre legitimación y apariencia jurídica, ambas no constituyen sinónimos, sino por el contrario, la segunda puede ser causa de determinación de legitimación. En Guatemala, puede darse el caso que un acto tenga apariencia jurídica de estar dentro de lo que la ley estipula como válido, mientras no se compruebe la nulidad por carecer de legitimidad.

4.3. Finalidades

El Registro General de la Propiedad como institución pública tiene la finalidad de garantizar la legalidad, legitimidad, certeza jurídica y permanencia de hechos, actos y negocios jurídicos registrados, que se dan entre personas individuales y colectivas, las mismas exigen algún tipo de mecanismo que les proporcione seguridad y permanencia de los derechos declarados, constituidos, modificados o extintos en su caso, así como de las obligaciones que deben ser cumplidas por parte de sujetos de la relación jurídico registral para no afectar a terceros en el uso, goce, disfrute, posesión o disposición de

84 **Ibid**, pág. 243.

cosa y derechos.

Como fin último, se tiene la perpetuidad de los derechos y obligaciones, que unilateral, bilateralmente, individual o colectivamente, se pueden dar entre guatemaltecos o extranjeros, mediante la contratación.

En consecuencia, en base a la seguridad jurídica, si se aplican con eficiencia y efectividad las leyes que regulan lo relativo al registro en los registros de la propiedad y el debido cumplimiento de los principios registrales, tendríamos una cadena de inscripción registral efectiva.

Por la finalidad del registro y de los principios que rigen la actividad registral, merece especial atención este último tema, ya que las finalidades de la inscripción registral son de vital importancia y aportan a nuestra investigación elementos de juicio para establecer que los derechos de los legítimos titulares, así como la seguridad y permanencia de los derechos inscritos y la autenticidad de los documentos expedidos por los registros constituyen plena prueba ante los órganos administrativos y frente a terceros.

CAPÍTULO V

5. Relación jurídica registral

Antes de definir la relación jurídico-registral, “a priori”, es necesario establecer que existe una relación notarial, la cual tiene fundamento ordinario, según el Decreto número 314, Código de Notariado, en el “Artículo 1. 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”. Cuando el notario es requerido para autorizar actos o contratos como lo establece el Artículo referido, deviene la obligación registral de los mismos, ya que es allí precisamente donde nace la relación jurídico-registral y de ella la trascendencia de los sujetos que intervienen en ella.

Se puede definir la relación jurídico-registral como el vínculo que nace cuando se lleva a cabo la función registral en el registro público de la propiedad y donde los sujetos de la misma, el titular del derecho o el tercero eventualmente, comparecen ante el registrador para hacer efectiva la protección de sus derechos, registrando lo autorizado por el notario habilitado.

El Código Civil, Decreto Ley número 106, establece en el “Artículo 2027.- Los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago”. El notario ejerce su profesión y por la misma cobra honorarios profesionales a sus clientes y de esa relación notarial existente entre

el notario y sus clientes, algunas veces ésta se torna una relación registral, en virtud de que el Código de Notariado determina en el Artículo 29, numeral 11. “La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos; y”. Algunas veces, el notario toma esta advertencia para sí y es precisamente él, el que acude personalmente al registro público a hacer efectiva esta función, encomendada por el legislador al otorgante.

Se puede afirmar que la relación notarial puede, en terminado momento, convertirse en relación registral, según el caso y en ausencia de una norma clara y expresa que regule la obligación registral, clara y expresa, como una obligación posterior del notario, es costumbre notarial que el notario se presente en el registro público a registrar por ejemplo, el testimonio de la escritura pública autorizada por él. El notario en representación de sus clientes se presenta ante el registro público, y aunque la doctrina lo excluye de los sujetos de la relación jurídica registral efectivamente en el momento de ser él, el que registra, toma un papel activo dentro de esa relación jurídica registral.

Cuando el notario actúa en nombre de sus clientes y hace las de sujeto registral, en lo personal considero de trascendencia esta función registral y como se ha dicho repetidamente, debe considerarse como una obligación posterior del mismo y así asegurar la paz social, ya que muchas veces el otorgante no cumple con la obligación de registrar, los instrumentos como el testimonio de la escritura pública en el registro de la propiedad con lo que pueden surgir problemas legales.

5.1. Sujetos de la relación jurídica registral

Según el diccionario jurídico, sujeto es el “titular de un derecho u obligación”.⁸⁵ De la definición anterior, podría decirse que sujeto o persona de la relación jurídica registral, *latu sensu*, es la persona jurídica individual o colectiva titular del derecho a inscribir en los registros públicos para conservar la propiedad sobre el mismo. Doctrinariamente se ha clasificado a los sujetos de la relación jurídica registral, de la siguiente forma:

a) El titular registral

“El primer sujeto de la relación jurídica registral es el usuario, que recibe el nombre de titular registral, que puede ser cualquier persona individual o jurídica. Usualmente los bancos y otras instituciones de crédito o entidades privadas que manejan proyectos habitacionales y de tierras resultan siendo usuarios del registro, la mayoría de las veces por intermedio de un notario”.⁸⁶

Al respecto el Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 1127: “La inscripción en el registro puede pedirse por cualquier persona que tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir”.

En relación a ello, el Reglamento del Registro General de la Propiedad, Acuerdo Gubernativo 359-87, establece en el Artículo 22.- “A la persona presentante de un

85 Ossorio, Manuel, **Ob. Cit;** pág.729.

86 Muñoz, Nery Roberto y Rodrigo Muñoz Roldán, **Ob. Cit;** pág. 41.

documento se le entregara una contraseña en la que se hará constar el número que se le asignó al documento y la cantidad depositada a cuenta de honorarios. El duplicado de esta contraseña quedará en poder del Departamento de Contabilidad del Registro”.

Es evidente, de las definiciones anteriores que el notario no es considerado como sujeto de la relación jurídica registral, pero tampoco se le niega su participación al momento de ser el que decida presentar el instrumento público autorizado por él para su registro conforme la Ley.

En relación a la importancia de la función notarial y con base a la seguridad jurídica que persigue el notario en cada uno de sus actos, debe ser considerado como sujeto de esta relación, y no estar limitada su función a compulsar y autorizar documentos a requerimiento del compareciente (requirente, otorgante, cliente).

En doctrina, el notario no constituye un sujeto de la relación jurídica registral, y en la práctica notarial, sucede que se constituye como un fiel colaborador en la mayoría de casos es él, el que se encarga del registro del testimonio de las escrituras públicas en los registros de la propiedad y no el otorgante como tal lo establece actualmente el Artículo 29, numeral 11 del Código de Notariado, Decreto número 314, por lo que considero necesario se reforme parcialmente el Artículo anterior, y así equiparar las obligaciones posteriores del notario con la obligación registral.

b) El registrador

“El otro sujeto de la relación jurídica registral es el registrador. Aunque detrás de la figura del registrador se encuentran otros funcionarios y empleados que colaboran con su labor, entre ellos, los calificadores registrales, que hacen la calificación registral, los operadores registrales que son los que efectúan las operaciones registrales, el registrador sustituto, que firma las operaciones, lo que hace también el registrador y los registradores auxiliares”.⁸⁷

No constituyen objeto de estudio la función del registrador, por ello no profundizaré en ello y me limito a mencionarlo, simplemente como sujeto de la relación jurídica registral. De acuerdo al Artículo 31: “El registrador como máxima autoridad, regirá todas y cada una de las relaciones internas de la institución y tendrá a su cargo el nombramiento y remoción del personal que sea necesario”.

c) El tercero

Para definir al tercero es importante citar del Código Civil, Decreto Ley número 106, el Artículo 1148, que establece: “Por tercero se entiende el que no ha intervenido como parte en el acto o contrato”.

Al respecto, Pérez Fernández del Castillo explica: “al estudiar la noción de tercero se distingue entre tercero en el orden civil puro y en orden para los efectos del registro. El primero es completamente extraño o ajeno a un acto o contrato, por no haber tenido

87 **Ibid.**

relación jurídica con ninguna de las partes, y sólo tiene un deber general de respeto o abstención respecto a dicho acto. Existe además en el mismo orden civil el tercero adquirente, es quien ha entrado en relación jurídica con alguna de las partes de un contrato, respecto de lo que es materia u objeto del mismo, como sería el caso de la elaboración de un nuevo contrato. Estos terceros son los causahabientes. En cambio tercero para los efectos del registro es el tercero adquirente ya mencionado, frente a una situación inscrita en el Registro Público de la Propiedad, es decir frente a un determinado contenido registral”.⁸⁸

De lo anterior, para efectos civiles, el tercero resulta ser el titular del derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad. Para los efectos del registro, el tercero adquirente del que se hace alusión se refiere a aquél que sin haber sido parte en el pacto o contrato, adquiere de buena fe según el asiento del registro, constituyéndose como titular del derecho registrado. Por último: “también existe la figura de los terceros que han adquirido de la persona que aparece indebidamente como dueña en los asientos”.⁸⁹

Es importante citar el Código Civil, Decreto Ley número 106, específicamente el Artículo 1145, que indica: “La inscripción será nula cuando por omisión de alguna de las circunstancias que debe contener, o por estar extendida con inexactitud, hubiese inducido a error a un tercero y éste, o alguna de las partes contratantes aparezcan

88 **Ibid.**

89 **Ibid**, pág. 43.

perjudicadas en el registro y el Artículo 1146, que dice: “La inscripción no convalida los actos o contratos nulos, según las leyes. Esto no obstante, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por personas que en el registro aparezcan con derecho a ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, en virtud de causas que no aparezcan del mismo registro”.

Está claro que en la definición de tercero citada al comienzo de este tema, relacionado con los sujetos de la relación jurídica registral, específicamente el tercero, excluye al notario, ya que no es parte del acto o contrato.

La función notarial del notario se inicia al ser requerido para dar forma a la voluntad de las partes, por lo tanto impulsa y autoriza el instrumento público para su posterior registro en el registro público de la propiedad.

Ahora bien, el tercero adquirente no constituye parte del acto o contrato celebrado, sino por el contrario, sólo le asiste el derecho de los efectos jurídicos del registro de aquel acto o contrato del cual no fue parte.

Es de trascendencia jurídica que se determine como obligación posterior del notario, el registro de los testimonios de las escrituras públicas en los registros públicos de la propiedad. Particularmente, considero que se deben de reconceptualizar las obligaciones posteriores del notario y regresársele la obligación registral por disposición

legal, ya que en la práctica ejerce esa función en favor de los otorgantes a discreción y no por disposición legal como debe de ser. Además, el notario es el único de los sujetos de la relación notarial que profesionalmente valora cada uno de sus actos, incluyendo la función registral.

5.2. Propuesta de reforma parcial al Código de Notariado Decreto número 314

A. Antecedentes

La práctica ha demostrado que en muchos casos pese a la advertencia que el notario hace a los otorgantes, lo estipulado en el Artículo 29 numeral 11 del Código de Notariado no se cumple a cabalidad, ya que en contraposición a lo establecido el testimonio comúnmente no se presenta en el registro correspondiente, por el otorgante o compareciente, faltándose así a la obligación registral y consecuentemente al principio de seguridad jurídica. Es evidente que el contenido de la norma objeto de esta investigación más que una advertencia, también contempla la obligación impuesta a los otorgantes de registrar el testimonio de las escrituras públicas en los registros respectivos.

En el supuesto de incumplimiento de esta norma, considero, podría alterarse la paz social ya que cuando se registra el testimonio posteriormente por otra persona diferente al titular del derecho y se afecta la propiedad privada del primer compareciente que no registró su testimonio oportunamente, se crea un conflicto de intereses sociales, derivados de la ineficacia de esta norma legal.

La inobservancia de la obligación registral no debe ser considerada como rebeldía civil, sino como situaciones que fortuitamente suceden en cualquier sociedad, como por ejemplo, la pérdida, robo o hurto del testimonio. Ante estas situaciones los otorgantes suelen creer que una vez faccionado una escritura pública es suficiente y que volver con el notario autorizante es cuestión de volver a pagar para recuperar el testimonio robado, hurtado o simplemente extraviado. Son estas circunstancias las que en algunos casos imposibilitan el cumplimiento de la obligación registral impuesta por disposición legal.

Otras veces, los otorgantes lamentablemente carecen de un nivel de escolaridad adecuado que les permita asimilar los alcances legales de la advertencia del notario y por lo tanto no le dan el valor jurídico al testimonio puesto en sus manos. En estas circunstancias, el otorgante piensa que es suficiente con haber asistido ante el notario y haber otorgado el instrumento público y que si no registra el testimonio en su poder no podría pasar nada malo ya que considera que el instrumento público ya ha sido faccionado ante el notario autorizante.

Algunas consecuencias que devienen del incumplimiento de la obligación registral del testimonio constituyen:

- A. El instrumento público al no ser registrado no surte sus efectos jurídicos deseados.
- B. Estas situaciones crean confusión entre las personas al pretender registrar derechos ya cedidos pero no registrados.

C. La alteración de la paz social cuando se registra un testimonio por un compareciente diferente al titular del derecho a quien se le extendió un testimonio que no llegó a registrar.

En este orden de ideas, en relación a la obligación registral del testimonio, el Registro General de la Propiedad, se rige también por varios principios entre los cuales cito uno de ellos, el principio registral: “prior tempori portior iure”, ello significa que los efectos de la inscripción que realiza el registro se retrotraen a la fecha de presentación del documento, en otras palabras establece que el acto registrable que ingrese primero se antepone o prevalece a todo acto registrable con posterioridad. Y en el supuesto que un otorgante olvide o no pueda cumplir con la obligación registral y otro en su lugar cumpla con el registro del testimonio a su favor afectando de este modo la propiedad del primero, estaríamos ante un conflicto de intereses de efectos inmediatos, como lo es la alteración de la paz social en un estado de derecho.

B. Iniciativa de Ley y proceso legislativo

La Universidad de San Carlos de Guatemala es la única Universidad estatal que tiene la exclusividad constitucional de iniciativa de Ley además de otras actividades relacionadas con la dirección, organización y desarrollo de la educación superior del Estado. Y en virtud de los preceptos constitucionales también le corresponde a esta casa de estudios superiores entre otras, las siguientes actividades:

“Artículo 82.-Promoverá por todos los medios a su alcance la investigación en todas las esferas del saber humano y cooperará al estudio y solución de los problemas nacionales.”

“Artículo 174.- Iniciativa de Ley. Para la formación de las leyes tienen iniciativa los diputados al Congreso, el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral.”

En este orden de ideas, al ser reconsiderada positivamente la presente propuesta de reforma parcial al Artículo 29, específicamente el numeral 11, el cual contiene una obligación registral impuesta a los otorgantes; “La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos; y”. Lograríamos reconceptualizar en cierta forma las obligaciones propias del notario.

Para lograr la reforma del artículo en cuestión es necesario se inicie el proceso legislativo, mismo que constituye una serie de etapas por las que una Ley debe de pasar para que sea de observancia general. Cuando hablamos de reforma ya sea parcial o total de una norma estamos ante un procedimiento legislativo que aunque no es tema principal de esta investigación expondré a, “grosso modo”, sin entrar en detalles.

Se presenta la iniciativa de Ley, posteriormente se procede a dar lectura en el pleno del congreso, pasa a la comisión correspondiente y esta última emite su dictamen. Se le da

contenido de la iniciativa de Ley. Posteriormente se regresa la iniciativa de Ley al pleno para su posterior discusión. En esta etapa se pueden presentar enmiendas si fuera el caso a la iniciativa de Ley. Se lee la redacción final y se le asigna un número correlativo y el año de su aprobación.

Concluida esta fase, el Decreto se envía al Organismo Ejecutivo para su sanción o veto, si el Presidente de la República lo sanciona, se enviara a publicar en el diario oficial. Ocho días después de su publicación, por este medio, entra en vigencia y se constituyen en Ley positiva y vigente.

Lo anterior constituye el procedimiento legislativo, “grosso modo”, que toda iniciativa de Ley debe de pasar para convertirse en Ley de plena observancia general.

En base a los antecedentes y el aporte doctrinario de esta investigación eminentemente documental, presento a continuación la propuesta de reforma parcial al Artículo 29 numeral 11, Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República, cuyo texto reformado quedaría de la siguiente forma; “Son obligaciones del Notario: a) Advertir a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y b) Presentar el testimonio en los registros respectivos; y”.

Con esta reforma parcial, se pretende reconceptualizar las obligaciones del notario y se le imponga la obligación registral a este, por ser el único quien sin ser sujeto de la obligación registral, doctrinalmente hablando, conoce a cabalidad los efectos jurídicos

de no registrar en tiempo el testimonio. Esta reforma busca contribuir a la paz social y otorgar seguridad jurídica a los otorgantes, mediante la reforma parcial al Artículo 29, numeral 11 en el cual se busca normar el registro del testimonio en los registros respectivos como una obligación posterior del notario y no de los otorgantes.

CONCLUSIONES

1. En Guatemala función que ejerce el notario no abarca la obligación registral como parte de sus obligaciones posteriores como sucede por ejemplo en Costa Rica donde la definición de notario contenida en el Código de Notariado de ese país incorpora a su definición la especialidad registral como parte de su función notarial.
2. En la función notarial efectivamente, la fe pública del notario llena una misión preventiva, de profilaxis jurídica y el notario debe de garantizar en cada una de sus actuaciones seguridad jurídica, en especial cuando se refiere a la obligación registral.
3. Los documentos expedidos por el Registro General de la Propiedad se consideran auténticos y constituyen plena prueba ante los órganos administrativos o jurisdiccionales respectivamente y garantizan los derechos de los legítimos titulares.
4. En la práctica notarial, en ausencia de una disposición legal que norme la obligación registral por parte del notario, éste en resguardo del principio de seguridad jurídica, algunas veces cumple con la función registral como una de sus obligaciones posteriores, entre otras, también se limita a cumplir con lo establecido en el Código de Notariado y pone en manos de los otorgantes el

testimonio para que cumplan con la obligación registral.

- 5 La evolución de las sociedades trae consigo la necesidad de reformar total o parcialmente normas o Leyes con la finalidad de preservar la paz social y que ésta no se altere con conflictos de intereses, que deberían de ser evitados, mediante disposiciones legales que cumplan con su finalidad. El Código de Notariado como parte del ordenamiento jurídico carece de una norma que determine la obligación registral al notario.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República debe de reformar parcialmente el Artículo 29, numeral 11 del Código de Notariado, Decreto 314, donde se regule la obligación del notario de presentar el testimonio en los registros respectivos.
2. Que se promueva por medio de los estudiosos del Derecho Notarial guatemalteco la reconceptualización de las obligaciones posteriores del notario para incluir en ellas a la función registral y así garantizar la seguridad jurídica de los instrumentos públicos autorizados por él.
3. Es importante que los autores reconocidos del Derecho Notarial guatemalteco reconsideren la posibilidad de incluir al notario como sujeto de la relación jurídica registral, ya que es él, el que en base al principio de seguridad jurídica comparece, en algunas ocasiones, ante el registrador con el interés de asegurar un derecho a través del registro.
4. Los operadores deben trabajar en base a la seguridad jurídica al momento de colaborar con el Registrador en el proceso de inscripción de documentos, cuidando que en cada caso se verifique la legitimidad de los documentos para evitar actos delictuosos en contra de la seguridad registral y el derecho de propiedad privada.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y José Antonio Gracias González. **El notario ante la contratación civil y mercantil**. Guatemala: Ed. Fénix, 2006.

ARRAZOLA PONCIANO, Juan Francisco. **Algunos conceptos e instituciones fundamentales del derecho registral guatemalteco**. Tesis de Graduación, Universidad de San Carlos de Guatemala. 2001.

CAICEDO ESCOBAR, Eduardo. **Derecho inmobiliario registral**. Colombia: Ed. Temis, S.A., 1997.

CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. México: 13ª. ed. Ed. Porrúa, S.A., 1995.

CORNEJO, Américo Atilio. **Derecho registral**. Argentina: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1994.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **La defensa de la constitución**. 3ª. ed. Guatemala: Impreso en Talleres de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1986.

GIMENEZ-ARNAU, Enrique. **Derecho notarial**. España: 2ª. Ed. Ediciones Universidad de Navarra, 1976.

GIRON, j. Eduardo. **El notario práctico o tratado de notaria**. Guatemala: Ed. Tipografía Nacional, 1932.

<http://www.lexenesis.com/lexenesis/Paginas/historia/palacio/pre32.htm> (30 de abril de 2008)

<http://www.registro-propiedad.org.gt/> (4 de noviembre de 2008).

<http://www.uinl.org> (20 de febrero de 2008).

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. 5ª. ed. Guatemala: Ed. Llerena S.A., 1996.

MUÑOZ, Nery Roberto y MUÑOZ ROLDAN, Rodrigo. **Derecho registral inmobiliario guatemalteco**. Guatemala: Imprenta B.G., 2005.

NUÑEZ LAGOS, Rafael. **Estudios sobre el valor jurídico del derecho notarial**. Comisión y Publicaciones de la Academia Madrileña del Notariado, Madrid, 1945.

OCEANO, **Diccionario enciclopédico ilustrado universo**. España: Ed. Océano, (s.f.)

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Heliasta: 1987.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho notarial**. México: Ed. Porrúa, S.A., 1963.

PIVARAL, Manuela Ortega. **Funcionamiento del Registro General de la Propiedad, su modernización y reforma**. Tesis de Graduación, Universidad Francisco Marroquín. 1997.

ROCA SASTRE, Luis. **El folio real en el derecho inmobiliario registral**. Revista Registro General de la Propiedad. (2004-2008).

SCOTTI, Edgardo O. **Derecho registral inmobiliario**. Argentina: Ed. Universidad. 1980.

SOLIS GALVÁN, Amilcar Oliverio. **La función del derecho notarial**. Tesis de Graduación, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1978.

www.cartapacio.edu.arojsindex (21 de febrero del 2008).

www.geocities.com/chochi_1999.geo/barrios.html#7 (8 de febrero de 2008).

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad, 1985.

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

Ley de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolo. Decreto 37-92, Del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Notariado. Decreto número 1563, de fecha 20 de agosto de 1934.

Ley de Notariado. Decreto 1744, de fecha 8 de octubre de 1935.

Ley de Notariado. Decreto Legislativo 2,154, de fecha 21 de abril de 1936.

Ley de Notariado. Decreto Legislativo número 2,154, de fecha 21 de abril 1936

Decreto. Número 271, de fecha 20 de febrero de 1882.

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

Reglamento del Registro General de la Propiedad. Acuerdo Gubernativo 359-87.

Código de Ética Profesional. Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

Código Notarial de la República de Costa Rica. Ley No. 7764.

Ley de Notariado de la República de El Salvador, Decreto número 218.

Ley de Notariado, de la República de Honduras, Decreto número 162.