

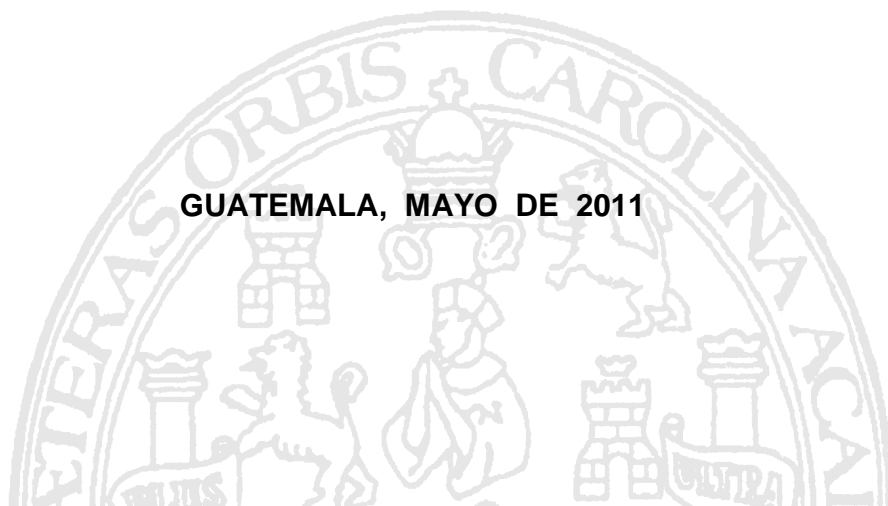
**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**IMPORTANCIA DE LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL Y DE LA
SEGURIDAD JURÍDICA EN LA LEGISLACIÓN NOTARIAL GUATEMALTECA**



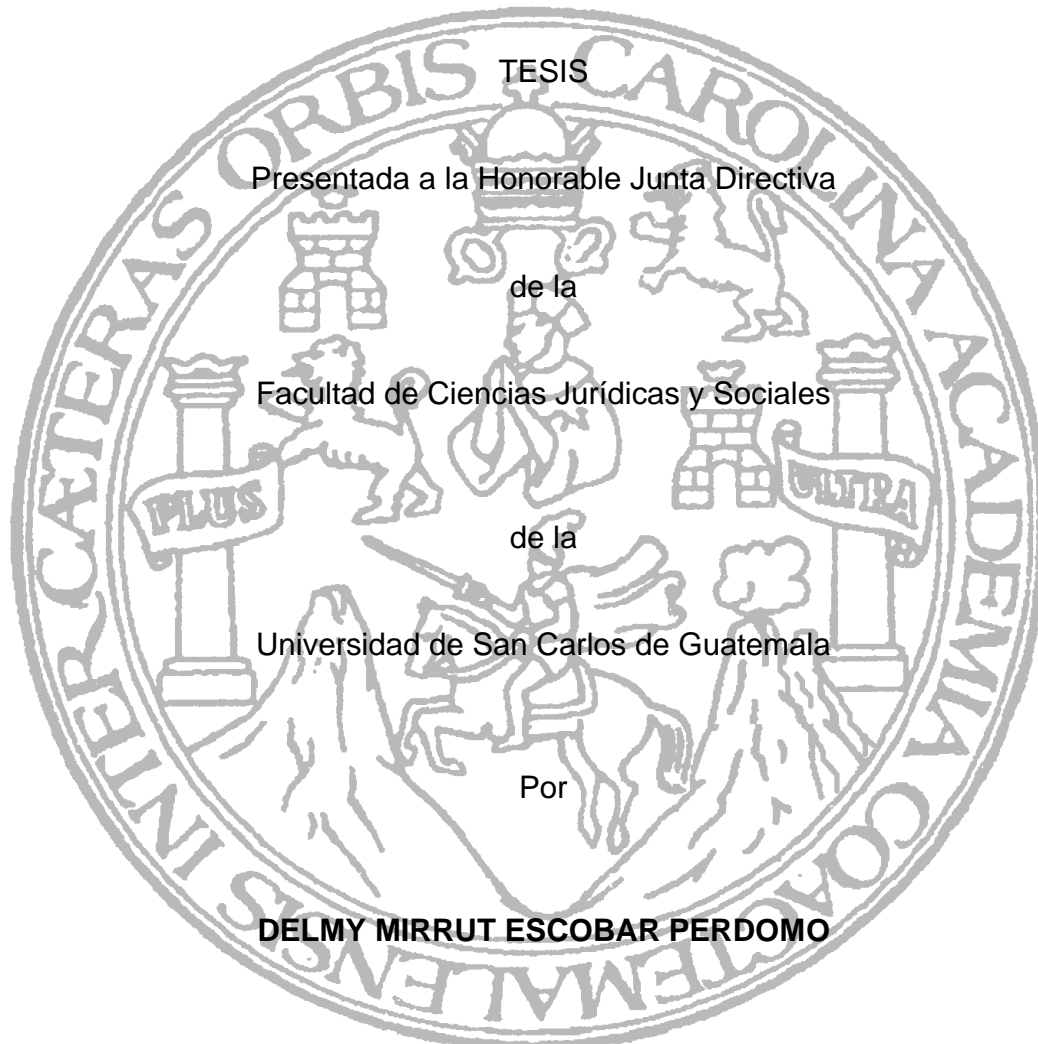
DELMY MIRRUT ESCOBAR PERDOMO

GUATEMALA, MAYO DE 2011



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

**IMPORTANCIA DE LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL Y DE LA
SEGURIDAD JURÍDICA EN LA LEGISLACIÓN NOTARIAL GUATEMALTECA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DELMY MIRRUT ESCOBAR PERDOMO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, mayo de 2011

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

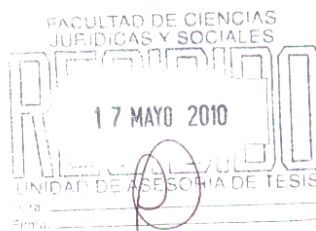
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

Guatemala, 03 de mayo de 2010

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Tengo el agrado de manifestarle que en cumplimiento a la resolución de la Unidad de Asesoría de Tesis de fecha catorce de enero del año dos mil diez, asesoré el trabajo de tesis de la bachiller: Delmy Mirrut Escobar Perdomo, quien se identifica con el carné estudiantil 9815340 y elaboró el trabajo intitulado: **"IMPORTANCIA DE LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL Y DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA LEGISLACIÓN NOTARIAL GUATEMALTECA"**. Habiendo asesorado el trabajo encomendado, me complace hacer de su conocimiento que:

1. Contiene un amplio análisis de la función notarial asociada al instrumento público, así como a los demás documentos notariales que puede, por ley, faccionar y autorizar el notario.
2. El procedimiento para la elaboración de la investigación incluyó la técnica de fichas bibliográficas y documental, así como también los siguientes métodos de investigación: sintético, que estableció la importancia del derecho notarial; analítico, el cual determinó la función notarial y la seguridad jurídica; el inductivo, señaló su regulación legal y el deductivo, dio a conocer los lineamiento para su aplicación.
3. La redacción empleada en el desarrollo de la tesis es adecuada, además de que la misma contribuye científicamente al estudio de la problemática actual en la sociedad guatemalteca derivada de la inseguridad jurídica notarial.
4. Los objetivos se alcanzaron, al establecerse con ellos lo fundamental de estudiar la función notarial de conformidad con la legislación notarial vigente, y para lo cual se recolectó la información actualizada y suficiente; apoyándose en doctrina acorde y relacionada con el tema investigado.



Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

5. La bibliografía utilizada es la acorde, siendo las conclusiones y recomendaciones relacionadas con el contenido de los capítulos de la tesis. Al desarrollar el trabajo de tesis, le indiqué a la bachiller Escobar Perdomo diversas modificaciones a la introducción, índice y capítulos, al considerar que eran necesarias y la sustentante estuvo conforme en su realización.
6. Personalmente me encargué de orientarla durante las etapas correspondientes al proceso de investigación, haciendo uso de la metodología correcta, la cual comprueba la hipótesis relacionada con la importancia de analizar la función notarial y la seguridad jurídica de conformidad con la legislación notarial vigente.

La tesis efectivamente reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito DICTAMEN FAVORABLE para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Lic. Otto René Arenas Hernández
Asesor de Tesis
Colegiado 3805
9ª. Ave. 13-39, zona 1 Guatemala, C. A.
Tel. 22384102

LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



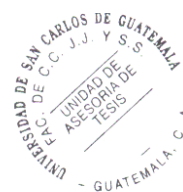
UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, treinta y uno de mayo de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) AURA ARMINTA ORTIZ RUANO DE CUYUN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante DELMY MIRRUT ESCOBAR PERDOMO, Intitulado: "IMPORTANCIA DE LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL Y DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA LEGISLACIÓN NOTARIAL GUATEMALTECA".

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

cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

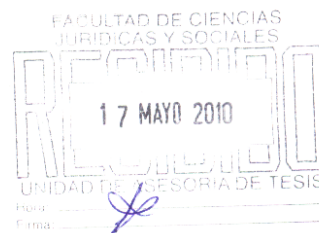


Licda. Aura Aminta Ortiz Ruano de Cuyin
11 calle 9-55 zona 1
Tel. 22537380



Guatemala, 09 de junio de 2010

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castillo Lutín:

Según nombramiento emitido de fecha treinta y uno de mayo del año dos mil diez, revisé la tesis de la bachiller: Delmy Mirrut Escobar Perdomo, titulada: "IMPORTANCIA DE LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL Y DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA LEGISLACIÓN NOTARIAL GUATEMALTECA", para lo cual me es grato manifestarle que el trabajo de investigación abarca:

1. Un contenido científico y técnico, además se consultó la doctrina y legislación adecuada, utilizando una redacción y terminología jurídica acorde, clara y precisa, habiendo desarrollado sucesivamente los diversos pasos del proceso investigativo y dividiendo la misma en tres capítulos.
2. La bachiller Escobar Perdomo, en el análisis realizado, da a conocer la naturaleza de la función notarial y la seguridad jurídica de conformidad con la legislación vigente en Guatemala.
3. Se emplearon los métodos apropiados, siendo los utilizados los siguientes: el método inductivo, se utilizó para determinar lo fundamental de la función notarial; el método deductivo, indicó su importancia; el método analítico, dio a conocer la legislación vigente y el método sintético, estableció su aplicación.
4. La contribución científica del trabajo de tesis llevado a cabo, da a conocer con datos actuales lo esencial del análisis de la seguridad jurídica. Los objetivos generales y específicos fueron alcanzados al ser determinantes en señalar la importancia de asegurar la función notarial. También la hipótesis se comprobó, al indicar lo primordial de garantizar su efectividad en el país.




Licda. Aura Aminta Ortiz Ruano de Cuyún
11 calle 9-55 zona 1
Tel. 22537380

5. Las técnicas que se emplearon fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó ordenadamente la bibliografía necesaria y actualizada relacionada con el tema.
6. La introducción, conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla, constituyendo supuestos válidos para el cumplimiento de la función notarial y de la seguridad jurídica.
7. Le sugerí la necesidad de llevar a cabo algunas correcciones a los capítulos de su tesis, introducción y bibliografía, encontrándose conforme en su realización para una debida estructuración del tema investigado.

En virtud de que el trabajo de tesis desarrollado por la bachiller Delmy Mirrut Escobar Perdomo, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.


Licda. Aura Aminta Ortiz Ruano de Cuyún
Revisora de Tesis
Colegiada 3701

LICENCIADA

ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cuatro de octubre del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante DELMY MIRRUT ESCOBAR PERDOMO, Titulado IMPORTANCIA DE LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL Y DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA LEGISLACIÓN NOTARIAL GUATEMALTECA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

0101851

MTCL/slh.



DEDICATORIA

- A DIOS: Fuente inagotable de sabiduría, por darme la vida, por ser mi guía, darme fuerza en momentos difíciles y permitirme alcanzar esta meta.
- A MIS PADRES: Nolberto Escobar y Virginia Perdomo Marroquín, con profundo agradecimiento por su amor y esfuerzo, porque cada éxito en mí vida es suyo también y poder compartir con ellos el más grande de mis triunfos.
- A MIS HERMANOS: Francisca, Linda, Consuelo, Ester, Jeremías, Humberto, Carlos, Irma, Elda y Adela; porque mi triunfo es compartido con ustedes quienes me impulsaron a seguir adelante.
- A MIS SOBRINOS: Evelyn, Minita, Virginia, Tito, José, Sergio, Marvín, etc. Por su cariño y amistad.
- A MIS PASTORES: Rodrigo Sandoval y Elena de Sandoval, gracias por sus oraciones y cariño.
- A MIS AMIGOS: Yulisa, Celeste, Juan Carlos, Hernan, Miriam, Telma, Lucila, Isabel, Sergio, don Eric, don Daniel K, Yesica, Vilma y Gladis, por su cariño y valiosa amistad que me brindaron a lo largo de este camino.
- A: Los abogados y notarios, Bonerge Mejía, Otto René Arenas, Marco Tulio Castillo, Aura Aminta

Ortíz, por el ejemplo y formación profesional que han dado a mi persona.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ayudarme a constituir un futuro.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho notarial.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Evolución histórica del notariado.....	2
1.3. Objeto.....	14
1.4. Contenido.....	15
1.5. Características.....	20
1.6. Principios del derecho notarial.....	23
1.7. Fuentes.....	29
1.8. Relación con otras disciplinas jurídicas.....	31
1.9. Sistemas notariales.....	34

CAPÍTULO II

2. El notario.....	43
2.1. Definición.....	43
2.2. Formación del notario.....	44
2.3. Los deberes y obligaciones del notario.....	46
2.4. Derechos y prohibiciones.....	53
2.5. Requisitos habilitantes del notario.....	58

	Pág.
2.6. Causas de inhabilitación para el ejercicio del notariado.....	60
2.7. Incompatibilidades con el ejercicio profesional.....	64
CAPÍTULO III	
3. Fe pública.....	73
3.1. Definición.....	73
3.2. Fundamento.....	74
3.3. Clases.....	75
3.4. Garantía de autenticidad y legalidad.....	77
3.5. Campo de aplicación de la fe pública.....	80
3.6. Requisitos.....	80
3.7. Tipos.....	83
CAPÍTULO IV	
4. La función notarial y la seguridad jurídica.....	85
4.1. Diversas teorías que explican la función notarial.....	87
4.2. Encuadramiento de la función notarial.....	92
4.3. Actividades que desarrolla el notario.....	98
4.4. Importancia de la función notarial y de la seguridad jurídica en la legislación notarial.....	108
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	91

	Pág.
BIBLIOGRAFÍA.....	93

INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis se eligió debido a la importancia del estudio del notariado, al ser el mismo una institución que ha tenido invaluable injerencia en Guatemala, en relación al efectivo ejercicio de la fe pública notarial por parte de los notarios como agentes de confianza; lo que significa un esencial aporte a la comunidad. El notario ha intervenido a lo largo de la historia dejando constancia de los hechos más representativos. La función notarial integra una visión totalizadora y abarca las distintas funciones que ejecuta para el cumplimiento del requerimiento al momento de relatar la concreción de un acto o negocio jurídico o la documentación de cualquier instrumento con contenido jurídico, siendo su intervención la que implica un accionar que da forma y modela la voluntad de las partes otorgándole fe pública.

Los objetivos determinaron que la función del notario es esencial para la sociedad guatemalteca, debido a que tiene a su cargo que las relaciones entre los particulares se lleven a cabo dentro de un marco de legalidad referida a la validez jurídica del contrato. La hipótesis comprobó la importancia de la legitimación de las partes para el otorgamiento de determinado acto jurídico.

El juicio de valor que lleva a cabo el notario es fundamental para asegurar la legalidad de los actos y las legitimaciones dispositivas, al otorgar seguridad jurídica al tráfico mercantil; en virtud de la responsabilidad profesional.

Se utilizó el método analítico, para comprender las características, particularidades y elementos que conforman el derecho notarial, la función del notario y la seguridad jurídica; el método sintético, permitió explicar la dinámica que surge al relacionar el derecho notarial y la función del notario y el método deductivo dio a conocer las diversas doctrinas acerca del derecho notarial. Las técnicas que se utilizaron fueron la de fichas bibliográficas, debido a que con la misma se recopiló, ordenó, analizó y sistematizaron los libros con información relacionada con el derecho en estudio.

La tesis se dividió en cuatro capítulos: el primero es referente al derecho notarial, definición, objeto, contenido, características, principios, fuentes, relación con otras disciplinas jurídicas y sistemas notariales; el segundo, indica lo relacionado con el notario, definición, formación, deberes, derechos y obligaciones, requisitos habilitantes, causas de inhabilitación e incompatibilidades con el ejercicio profesional; el tercero, da a conocer la fe pública, definición, fundamento, clases, garantía de autenticidad y legalidad, campo de aplicación de la fe pública, requisitos y tipos, y el cuarto indica la función notarial y la seguridad jurídica en la legislación vigente en el país.

Es fundamental el análisis y estudio de la función notarial y de la seguridad jurídica para la efectiva comprensión de los elementos centrales que informan al derecho notarial, la función del notario y la seguridad jurídica.

CAPÍTULO I

1. Derecho notarial

Es esencial el estudio del derecho notarial para resaltar la importancia y trascendencia social del quehacer notarial para la sociedad, para el mantenimiento del control constante que permita el cumplimiento de los objetivos que el Estado y la sociedad le han encomendado, no pudiendo dejarlo al libre albedrío de los particulares.

1.1. Definición

“Derecho notarial es el conjunto de doctrinas y de normas jurídicas que se encargan de la regulación de la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público”.¹

“El derecho notarial es la rama autónoma del derecho público que se encarga de estudiar la institución del notariado, así como también la teoría general del instrumento público notarial”.²

En las dos definiciones anotadas se reconoce plenamente que el derecho notarial es una rama del derecho público, lo cual es acertado debido a que el Estado mantiene el

¹ Salas, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**, pág. 20.

² Ríos Hellig, Jorge. **La práctica del derecho notarial**, pág. 40.

control total sobre la institución del notariado debido a la trascendencia jurídica que supone.

1.2. Evolución histórica del notariado

Dentro de un desarrollo lógico de aproximación al campo de la acción del derecho notarial, es fundamental el conocimiento relacionado con los antecedentes que, a lo largo de la evolución de la humanidad; han servido de fundamento para alcanzar la creación de una disciplina jurídica propia.

El desarrollo del derecho, en general, se encuentra vinculado, de forma indisoluble, al desarrollo social. Esa afirmación es esencial, debido a que si algo diferencia al notario como profesional, es su conocimiento técnico, profesional; filosófico e histórico de las funciones que lleva a cabo y de las instituciones de las que se vale.

Tiene que tomarse en consideración que una adecuada formación profesional, entraña algo más que el conocimiento de los cuerpos legales. Una adecuada interpretación y manejo de los instrumentos legales, requiere de una comprensión doctrinaria y científica que va más allá de la interpretación profana.

La función que realiza el notario, consiste en que la misma tiene una evolución precisa y bien determinada a lo largo de la historia de la humanidad; hasta llegar a ser constitutiva de lo que en la actualidad se conoce.

La esencia de la función notarial se encuentra en la fe pública con la que cuenta el notario, la cual es esencial y consiste en la investidura de credibilidad, certeza y confianza que poseen los actos y los contratos que el mismo autorice, o sea; de los negocios jurídicos en los que intervenga.

Durante el comienzo de las agrupaciones humanas y de la civilización, las funciones antes anotadas no se encontraban anotadas para una persona en particular; que podría ser constitutiva del antecedente del actual notario. Las relaciones humanas de las comunidades, el nivel de desarrollo reducido del negocio jurídico y los vínculos personales que existían entre los sujetos caracterizados por la mutua confianza y solidaridad; no hacían necesaria la intervención de un tercero que avalara el pacto o convención que hubiera sido generada entre los particulares. También, el escaso desarrollo en la cultura material, en la producción, no permitían pensar ni tampoco hacían necesario el desarrollo de una función fedataria específica dentro de la vida en sociedad.

También, esta condición original tuvo que cambiar a lo largo del tiempo, y de conformidad con el desarrollo de la vida social, especialmente en lo relacionado a lo económico; y se permitió la producción de excedentes de bienes y servicios más allá de los necesarios para la satisfacción de las necesidades inmediatas. Al existir un excedente social significativo, se tiende también a desarrollar de forma paulatina un proceso de intercambio.

Un elemento fundamental para la comprensión del desarrollo del negocio jurídico, es la urgencia de establecer la función pública fedataria. La evolución de las distintas civilizaciones en donde se encuentran los antecedentes de la función notarial, se caracteriza en el sentido de que debe existir una vida social organizada, que abarca una vida material, y un sistema económico complejo, en donde tiene que existir la división del trabajo, el reconocimiento de la propiedad privada en alguna de sus manifestaciones; un sistema jurídico bien definido y una organización política y administrativa que se encuentre representada por el Estado y por las correspondientes expresiones de autoridad.

Dentro de un régimen de propiedad privada es posible que se desarrolle el concepto de negocio jurídico, el que se fundamenta; principalmente en el respeto a este derecho. Antes de la consolidación del concepto de la propiedad privada, y de las respectivas formas que la determinan y regulan; no existía la posibilidad de pensar en la existencia de un funcionario que contara con fe pública para la validación de los actos y de los contratos en que los particulares intervinieran.

En un principio, se llegó a desarrollar una serie de ritos y de formalidades para darle solemnidad a las convenciones entre las personas. Pero, es importante señalar que con el apareamiento de la escritura en las distintas civilizaciones surgió la figura de una tercera persona que interviniera en los actos, a quienes en forma paulatina, se les reconoció la fedación, como una característica particular y distintiva de sus actuaciones, la que tenía que encontrarse avalada por el Estado; a través del respaldo y de la

autorización para el cumplimiento de esa función.

a) Egipto: los primeros antecedentes históricos del notario se encuentran en los escribanos egipcios, quienes con fundamento en pruebas históricas ya fungían. En Egipto, al igual que en otras civilizaciones, el escriba se encuentra asociado a la estructura y a la organización religiosa. Una de las divinidades de esta cultura fue el dios Thot que, entre otros atributos se le reconocía como el escriba de los dioses y, a la vez; era el protector de los escribas terrenales.

Dentro de las atribuciones de los escribas egipcios se encontraba como función primordial, la elaboración de los documentos relacionados con el Estado; pero también los de los particulares. No obstante, los documentos redactados por el escriba no alcanzaban la completa autenticidad que se necesitaba para el alcance de la certeza jurídica y, para conseguirlo; era fundamental la obtención del estampado del sello de un superior que podía ser un sacerdote o un magistrado. Ese refrendo necesario, o sea, el aval de otra persona que generalmente era un superior, evidencian claramente el limitado desarrollo de la función notarial de esa época en relación a la actividad del escriba, y el control que el Estado mantenía al establecer la obligación de que interviniera otra persona, a través del sellado; para darle validez al instrumento.

Igual situación se observa también en otras civilizaciones, pero es esencial tomar en consideración el vínculo y la dependencia de las funciones notariales preliminares al

poder estatal y religioso. Los poderes anotados, especialmente en la época antigua, se encontraban poco diferenciados, o sea; uno y otro eran tendientes a confusión.

b) Los hebreos: dentro de su cultura se puede hacer mención de los escribas, que es una denominación proveniente del latín scribas. El escriba dentro de la cultura hebrea era un doctor, y a la vez un intérprete de la ley de los judíos.

Dentro de la cultura hebrea existían distintas clases de escribas: los primeros, eran los que hacían constar las decisiones estatales, así como los actos correspondientes al rey; los segundos, que pertenecían a la clase de los sacerdotes y daban testimonio en lo relacionado a los libros bíblicos, y tenían que conservar, reproducir e interpretar; los terceros, eran los escribas del Estado y quienes tenían la responsabilidad de desempeñarse en funciones secretariales y colaborar en funciones de los tribunales de justicia; y por último, se encontraban los escribas del pueblo, que eran los más próximos a la figura de los actuales notarios, que tenían que redactar los instrumentos

c) Grecia: dentro de la cultura griega son diversas las figuras que se pueden considerar, si bien de una forma remota, como antecedente de lo que tiene que ser el notario.

Algunas de las aportaciones de los griegos al derecho han llegado hasta la actualidad, dentro de las cuales se encuentran figuras jurídicas que tienen relación con las obligaciones y, consecuentemente, con la contratación civil e inclusive con la mercantil;

las cuales también conllevan un determinado desarrollo de la función notarial y del derecho respectivo.

d) Roma: en la misma existieron una diversidad de personas que tuvieron por responsabilidad la redacción de todo tipo de instrumentos.

Dentro de las funciones de los scribe se encontraba la conservación de los archivos de tipo judicial, pero también tenían que darle forma; por escrito a las resoluciones que dictaran los magistrados.

Los notarii llevaban a cabo sus funciones dentro del campo de los tribunales. Su responsabilidad era consistente en dejar por escrito y en forma sintética, las declaraciones de los testigos y de las personas ligadas al litigio.

Los chartularii redactaban los instrumentos pero, adicionalmente tenían como responsabilidad la conservación de los documentos.

Los tabularii, originalmente, tenían asignadas funciones contables relacionadas con el fisco y también tenían que archivar los documentos públicos que por motivos de trabajo manejaban. Pero, de forma paulatina, se les asignó la función de la elaboración de testamentos y de contratos, los cuales también tenían que conservarse al punto de que con el tiempo, ésta fue su única función, conociéndoles entonces como tabellios. Dentro del conjunto de figuras que pueden ser de utilidad como antecedentes del

notario contemporáneo, los mismos reunían varias de las funciones que éste tiene en la actualidad, debido a que conocían el derecho, aconsejaban a las partes y; por último, redactaban el instrumento. En cuanto a la autenticación del documento, el tabellio no disponía de fe pública, debido a que tenía que someter a un trámite administrativo, ante las autoridades el instrumento para que posteriormente a la comprobación y ratificación de su autenticidad finalmente fuera inscrito en los registros públicos.

El desarrollo del derecho romano atraviesa por diversas fases, pero una de sus características de mayor relevancia, a diferencia del derecho griego; fue la relativa a la unificación que logra en los territorios que domina. El legado del derecho romano es innegable y bien significativo, de lo que, se puede señalar la transición del formalismo de los contratos arcaicos, que se encontraban asociados a ritos de magia para su otorgamiento, hasta el momento en que se desarrollan los cuatro contratos reales: depósito, prenda, mutuo y comodato, y después los cuatro contratos consensuales: arrendamiento, sociedad, compraventa y mandato, llegando a ser necesario solamente el sencillo consentimiento informal y la figura flexible de los contratos innominados, así mismo se denota la aceptación del principio de que lo pactado debe ser cumplido. Todo este desarrollo anotado en materia contractual, da lugar también a que se fortalezca el derecho notarial.

Es de importancia anotar que en Roma, durante el siglo VI de la era cristiana, se determina por primera vez una regulación positiva del notariado. El mérito de esa regulación es el correspondiente al emperador bizantino Justiniano.

La figura del pabellón se caracterizaba debido a que era una persona conocedora del derecho, con conocimientos y habilidades de escritura; pero que no formaba parte de la administración pública romana. En todo caso, los pabellones eran responsables ante el Estado en caso de que los instrumentos adolecieran de nulidad.

e) Edad Media: el mayor auge para el desarrollo del notariado, durante este amplio período de la historia de la humanidad; ocurrió en Roma. Cuando decae Roma y se segmenta el imperio, hasta llegar a desaparecer; ocurre lo propio en relación al desarrollo del notariado. El auge en la vida material se había alcanzado, y comienza a perderse; lo que se manifiesta en un decaimiento en la organización y dinamismo dentro de todos los órdenes de la vida en sociedad.

De la realidad imperial romana, se torna a una vida comunitaria bien limitada, circunscrita a ámbitos de localidad, o sea, de un territorio específico en donde el control político y gubernamental decae, ante la ausencia de una autoridad general, para privilegiarse el concepto feudal, circunscrito a un territorio limitado, con la autoridad casi total de un señor de la tierra.

No obstante lo anotado, a finales de la Edad Media, e inclusive con anticipación existieron algunos aportes de importancia que coadyuvaron a consolidar la figura del notario y sus respectivas funciones.

- f) España: desde la perspectiva notarial, se establecen dos tipos de escribanos: uno, específicamente encargado de los asuntos estatales y del rey, el que se encontraba adscrito a la Corte, al que se le denomina escribano o notario del rey y el otro; que es el escribano público, quien tenía funciones notariales para atender los negocios de los particulares. También, establece la potestad real exclusiva de nombrar a los escribanos.
- g) América: antes de que los españoles descubrieran América, no puede señalarse que existieran notarios, en el sentido de que en la actualidad se le otorga al término. Pero, se puede afirmar que existieron personajes que; tenían bajo su responsabilidad el escribir y redactar documentos.

Con el descubrimiento de América por los españoles, se inician los antecedentes más directos de la figura del notario en Latinoamérica. Cristóbal Colón, de conformidad como se ha reconocido plenamente con base en pruebas documentales, fue acompañado por el escribano Rodrigo de Escobedo quien pertenecía al consulado del Mar y tenía como responsabilidad la redacción del diario en la empresa expedicionaria en representación de los reyes españoles.

- h) Guatemala: el notariado del país es el de mayor antigüedad en la región de Centroamérica. Su uso se estableció como obligatorio para la diversidad de trámites burocráticos. Originalmente se determinaron cuatro clases de papel sellado.

En distintos momentos de la vida nacional se encuentra la presencia del escribano durante la vida colonial. También, era principal la actuación en el otorgamiento de las escrituras de dote para las mujeres que habían de contraer matrimonio. La dote era principal para que una mujer de origen español, o criolla, pudiera casarse, al punto de que si la familia no contaba con los recursos económicos para dotar al futuro esposo, entonces era que la mujer quedara soltera, y así llegaron a determinarse conventos de retiro para las mujeres, que, por no contar con dote; no habían podido contraer matrimonio.

El cargo de escribano, que tenía que ser autorizado por el rey, era tomado en consideración como un cargo de alta estima durante la vida colonial.

En base a lo establecido en las Leyes de Indias y de conformidad con las crisis de ingresos fiscales que de forma periódica padecía el fisco español, se estableció que los oficios de escribanías eran vendibles y renunciables; dentro de todo el campo que abarca el área de dominación colonial del reino español. Esta situación y sus efectos perduraron inclusive con posterioridad a la independencia de las antiguas colonias españolas, y más tarde existió la necesidad de establecer el orden en ese sentido, revocando las autorizaciones así otorgadas; en algunos casos mediante la indemnización a los antiguos compradores del cargo.

También, en las Leyes de Indias se estableció una clasificación de las escribanías, al normar las responsabilidades de los escribanos públicos, de los escribanos reales y de

los escribanos de número. Después de la independencia de Centro América de España, se emitieron distintas disposiciones de importancia para la evolución del derecho notarial.

El 28 de agosto de 1832 se ordena la vigilancia de la actuación notarial por medio de la visita de protocolos, lo que se consolida con las disposiciones pertinentes emanadas de la Corte Suprema de Justicia a efecto de que tales visitas se realizaran en los departamentos en donde tuvieran su sede los escribanos en ejercicio, para lo cual debían remitir al tribunal, dentro de los primeros ocho días del mes de enero; el testimonio del índice de protocolos de los instrumentos autorizados durante el año inmediato anterior. En igual sentido, la disposición fue ratificada mediante acuerdo de fecha 18 de junio del año 1861.

El 23 de diciembre de 1851, mediante el Decreto Legislativo número 81, se estableció la colegiación de abogados y escribanos, a cargo de la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, el 30 de marzo de 1854, mediante el Decreto número 100, se le conceden las facultades necesarias al Presidente de la República de Guatemala para que se determine el número de escribanos nacionales, y para que la Corte Suprema de Justicia les expida el título a quienes hubieren sustentado y aprobado los exámenes correspondientes. También, se prevé que, en caso de abuso, tal órgano podrá recoger el título; atendiendo a la gravedad de la falta que se hubiere cometido.

La ley del 7 de abril de 1877 y la reglamentaria de Instrucción Pública del 21 de mayor

de 1877 hicieron del notariado una carrera universitaria. Con base en esas disposiciones legales se comienza a utilizar, por primera vez la denominación de notarios; en sustitución de la de escribanos.

Durante el régimen liberal, específicamente durante el gobierno de Justo Rufino Barrios, se emite en Guatemala el primer Código Civil nacional, pero también en una ley específica del notariado, siendo el mismo el Decreto número 271 de fecha 20 de febrero de 1882. En este cuerpo legal se definió el notariado al señalar que es la institución en que las leyes depositan la confianza pública, para garantía, seguridad y perpetua constancia de los contratos y disposiciones entre vivos o por causa de muerte de los actos oficiales.

Entre las disposiciones de importancia del Decreto número 271 se encuentran las siguientes: se establece el uso del sello con el nombre y apellidos del notario, el cual tenía que registrarse en la Secretaría de Gobernación; se define que el notario no es dueño, sino depositario del protocolo; se establecen las normas pertinentes para la remisión de protocolos al archivo general y su reposición al darse casos de pérdida o destrucción; y se autoriza la protocolización de documentos, es decir, la incorporación física de éstos al registro notarial, con base en el requerimiento de particulares o atendiendo a una orden judicial.

El segundo cuerpo legal específicamente notarial, se emitió el 4 de marzo de 1936, bajo la presidencia del General Jorge Ubico; contenido en el Decreto Legislativo número

2154.

El Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Notariado, de fecha 10 de diciembre de 1946, a la fecha se encuentra vigente, y ha sido objeto de varias reformas, y representa un legado más de la década revolucionaria de 1944-1954; específicamente del gobierno del Doctor Juan José Arévalo Bermejo.

1.3. Objeto

El objetivo del derecho notarial es el consistente en la creación del instrumento público. Todo el ordenamiento legal, así como también los distintos regímenes que abarca el derecho notarial, cuentan con una finalidad y un propósito como lo es la creación del instrumento público, de conformidad con las formalidades legalmente que hayan sido requeridas para otorgarle plena efectividad a los instrumentos autorizados a través del notario.

El instrumento público notarial, para que sea eficaz, tiene que cumplir con los requisitos tanto de forma como de fondo. Es por ello que el notario guatemalteco, dentro de los requisitos habilitantes para el ejercicio de la profesión, tiene que ser un profesional del derecho, lo cual supone un completo conocimiento de las normas jurídicas y, adicionalmente debe conocer la técnica notarial que se necesita para la satisfacción de los requerimientos de forma que tienen que cumplir los instrumentos públicos que autorice.

1.4. Contenido

Tres son los aspectos de importancia al estudiar el contenido del derecho notarial, siendo los mismos los que se presentan: a) organización del notariado, b) régimen jurídico de la función notarial, y c) régimen formal del instrumento público.

a) La organización del notariado: este aspecto del derecho notarial es el referente a todos los requisitos que se tienen que tomar en consideración para el ejercicio de la profesión del notario.

Por ende, abarca las normas de carácter administrativo que se encargan de la regulación del ejercicio profesional. Dentro de dicho conjunto de normas jurídicas, se encuentran los requisitos que tiene que poseer el notario, así como también los motivos que limitan su ejercicio y las incompatibilidades. También, adicionalmente se refiere a los diversos tipos de responsabilidad que entraña el ejercicio del notariado y el campo de competencia que le es correspondiente.

Por ello, la organización del notariado es referente a las condiciones de carácter administrativo formales que tienen que ser cumplidas para el ejercicio de la profesión y para la práctica notarial.

b) Régimen jurídico de la función notarial: es la función notarial o quehacer o actividad que lleva a cabo el notario que tiene necesariamente que encontrarse encuadrada

dentro del orden legal vigente.

Su actividad se encuentra limitada por lo que ese régimen legal le autoriza a hacer y el notario solamente puede actuar en estricto apego a las funciones que le asigna la ley. El quehacer del notario es coadyuvante a que las normas de derecho vigentes, que tienen carácter material o sustantivo, puedan ser aplicadas o llevadas de conformidad con la voluntad de los particulares o bien a través de un mandato legal.

O sea, que el régimen jurídico de la función notarial significa el campo de la acción del notario de conformidad a lo que le permite el orden legal, tanto en su actuación profesional como en relación a los particulares a quienes servirá.

“El régimen jurídico de la función notarial comprende todas las normas de derecho privado, de carácter material o sustantivo que sirven de referencia pero también de base para que el notario cumpla con su función”.³

c) Régimen formal del instrumento público: el derecho notarial para ser social y jurídicamente efectivo tiene que tomar en consideración especial la forma de los instrumentos públicos consistentes en las escrituras, actas, razones de legalización de firmas y actas de legalización de firmas y documentos. La falta de cumplimiento de los requisitos formales conlleva a la pérdida de la efectividad del instrumento.

³ Larraud, Rufino. **Curso de derecho notarial**, pág. 8.

El derecho notarial se encarga del estudio de la forma de la forma, o sea, del elemento formal que tiene que cumplirse para que los actos cuenten con completa validez. Si no se cumple disciplinadamente con los elementos formales que autoriza el notario guatemalteco, entonces los instrumentos serán inefectivos y, consecuentemente, la función notarial, hace que el profesional incurra en responsabilidades penales, civiles y administrativas, entre otras.

La regulación legal de todo lo relacionado con el instrumento público se lleva a cabo mediante normas jurídicas pertenecientes al derecho privado de tipo adjetivo o formal. A través de dichas normas se determina lo relacionado al protocolo, al otorgamiento de escrituras, los requisitos de las actas que autoriza el notario, protocolaciones, razones de la legalización de firmas, reproducción de los instrumentos protocolares mediante los testimonios y expedición de certificaciones y de copias.

Dentro de la caracterización del derecho notarial son de importancia los siguientes aspectos:

- a) Actúa dentro de la fase normal del derecho, donde no existen derechos subjetivos en conflicto.
- b) Confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en instrumentos públicos.

- c) Aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad y a la ocurrencia de ciertos hechos de modo que se creen, concreten o robustezcan los derechos subjetivos.

- d) Es un derecho cuya naturaleza jurídica no puede encasillarse en la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado. El notario latino típico es un profesional libre, desligado totalmente de la burocracia estatal.

Los elementos que integran el contenido del derecho notarial, se armonizan para brindarle efectividad a la función jurídica y social que el notario lleva a cabo al servir a sus clientes, y como depositario de la fe pública que el Estado le reconoce. Por ende, tiene que existir un sistema de control que se encargue de atender el cumplimiento de cada uno de dichos aspectos.

En lo relacionado con la organización del notariado, existen diversas instituciones públicas como el Archivo General de Protocolos, la Corte Suprema de Justicia, el Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, así como también las gremiales como el Colegio de Abogados y Notarios y el Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, que se encargan de asegurar y de velar por el efectivo cumplimiento de los requisitos esenciales para el ejercicio del notariado pero también de garantizar la probidad y la honradez del servicio que se presta, así como también de su desarrollo profesional, técnico y científico.

En relación con el régimen jurídico, el derecho notarial se encarga de atender y tomar en consideración las actuaciones notariales, dentro de lo cual es de importancia señalar la intervención que tiene la Procuraduría General de la Nación en lo que respecta a la participación que legalmente se le reconoce, cuando se atiende a intereses de orden público, así como a los órganos jurisdiccionales.

El mantenimiento y respeto del régimen formal del instrumento público se reconoce como un derecho de las personas, e inclusive de la Procuraduría General de la Nación, para que los instrumentos públicos sean válidos de conformidad con el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil: “Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redarguirlos de nulidad o falsedad.

Los demás documentos a que se refieren los Artículos 177 y 178, así como los documentos privados que estén debidamente firmados por las partes, se tienen por auténticos salvo prueba en contrario.

La impugnación por el adversario debe hacerse dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución que admita la prueba.

Sin embargo, los documentos privados sólo surtirán efectos frente a terceros, desde la fecha en que hubieran sido reconocidos ante el juez competente o legalizados por notario”.

1.5. Características

Las características del derecho notarial son las siguientes: a) realiza sus actuaciones dentro de la fase normal del derecho, b) garantiza el orden jurídico, c) aplica el derecho objetivo, d) pertenece al derecho público y, e) posee autonomía legislativa.

a) Lleva a cabo sus actuaciones dentro de la fase normal del derecho: la denominada fase normal de derecho sucede cuando los sujetos del derecho, en cumplimiento y apego al orden jurídico, ejercitan sus derechos y también cumplen con sus obligaciones.

Por ende, no existe conflicto alguno, sino que, bajo condiciones de paz social y de la inexistencia de litis, resuelven los asuntos relacionados con su interés a través de la convención y el acuerdo de las voluntades.

O sea, el notario actúa dentro de un ámbito propio del derecho, el cual se caracteriza porque en él no existe confrontación, sino que lo que se busca es tomar en consideración sus intereses respetando para ello el orden legal vigente para lograr tener certeza jurídica.

b) Garantiza el orden jurídico: la función notarial que le ha encomendado el Estado de Guatemala al notario, encuentra su justificación social para que éste coadyuve de forma efectiva con el mantenimiento y preservación del orden jurídico,

proporcionando certeza y seguridad jurídica a los instrumentos y actos en los cuales intervengan en ejercicio de la fe pública de la cual se encuentra investido.

Dicho aspecto se encuentra reconocido dentro de la legislación del país en el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil antes citado. Es debido a los regímenes que ordena el derecho notarial que el Estado le encomienda al notario la función correspondiente que lleva a cabo, dentro del entendido del cual se encuentra obligado, debido a las responsabilidades que le son inherentes para respetar y asegurar el orden jurídico, so pena de ser objeto de deducción de responsabilidades en el ordenamiento civil, penal y administrativo.

Por ende, es que socialmente se justifica la búsqueda de los servicios profesionales del notario, para alcanzar la seguridad y certeza jurídica.

c) Aplica el derecho objetivo: el ámbito legal de referencia para el derecho notarial se encuentra constituido por el derecho objetivo, o sea todo aquello que se encuentra normado y reconocido a través del Estado. Dentro del mismo, es de particular relevancia para el notario y el servicio a sus clientes.

El notario tiene que acatar las normas en donde se le reconoce de forma expresa la función que tiene que llevar a cabo, las formalidades para el otorgamiento de los instrumentos, el cumplimiento de los requisitos administrativos y registrales, los cuales

consisten en disposiciones de orden público que determinan los límites de la función notarial.

Dentro de esas limitantes, o sea, los derechos subjetivos de las personas y el campo de acción que le reconoce la ley para poder intervenir, el notario lleva a cabo su función condicionado a la solicitud de los servicios que puedan solicitar los particulares, de las autoridades como los jueces, la Procuraduría General de la Nación y los Registradores.

d) Pertenece al derecho público: es perteneciente al mismo. El Estado quien le confía la función notarial a un profesional para que intervenga apegado a la ley, en los negocios y actos de los particulares e inclusive del Estado mismo, cuando actúa como particular o como ente público. Pero, la competencia ordenadora y regulatoria es perteneciente con exclusividad al Estado el que, en determinado momento, puede revocarla y asumirla por propia cuenta.

El notario latino es un profesional libre desligado por completo de la burocracia estatal, pero la función notarial, consiste en una potestad exclusiva del Estado. Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, el notario se reputa funcionario público para efectos de la función que lleva a cabo cuando se cometiere un delito.

e) Posee autonomía legislativa: en materia de derecho, son varias las ramas que pretenden o han pretendido obtener autonomía, lo cual por último se materializa en

la promulgación de un cuerpo legal propio. El derecho notarial goza de autonomía legislativa.

1.6. Principios del derecho notarial

Los principios del derecho notarial consisten en los aspectos doctrinarios y filosóficos, fundamentales y necesarios de observar y constituyen la guía de los diferentes ámbitos de aplicación y elaboración del derecho.

El derecho notarial, tomando en cuenta su naturaleza, o sea, como derecho adjetivo y de orden público, cuyo objetivo es la elaboración del instrumento público, necesita de los principios del derecho notarial.

El apegamiento condicional a los principios del derecho notarial, señala que éstos se vuelvan encasilladores, es decir, limitantes y restrictivos, siendo los principios del mismo los siguientes:

- a) Forma: el derecho notarial trata acerca de la forma de la forma y el mismo supone el cumplimiento de las formalidades establecidas legalmente, a efecto de otorgarle total validez al acto autorizado por un notario.

La inconsistencia del cumplimiento de la forma, conlleva la posibilidad de nulidad del acto, para que se de en una forma absoluta o relativa. Por ende, uno de los principios

propios del derecho notarial es el de la forma, debido a que si ésta no se cumple o se cumple de forma imperfecta, se pone en riesgo la efectividad y validez del instrumento autorizado por el notario, lo cual, de forma evidente, comporta la posibilidad de que se le deduzcan responsabilidades al profesional y se lesione al cliente que ha buscado la seguridad jurídica.

El Código de Notariado regula los requisitos formales de los instrumentos protocolares y extraprotocolares, o sea, de los que van dentro y los que van fuera del protocolo.

b) Rogación: la intervención del notario guatemalteco no puede darse de oficio, sino que la misma tiene que ser llevada a cabo en base a una solicitud para que lo hagan las personas particulares, o autoridad competente, a efecto de que preste sus servicios profesionales.

Dicho principio de las actuaciones notariales, determina la diferencia con relación a las jurisdiccionales, en donde efectivamente puede existir la actuación de oficio, y también pone de manifiesto que el derecho notarial se da dentro de la fase normal del derecho, o sea, ocurre con base en el acuerdo de las partes, quienes de forma libre y sin existencia de coacción alguna, toman la decisión de valerse del derecho notarial para la formalización de sus negocios jurídicos.

c) Inmediación: se aplica en diversas ramas del derecho, en el derecho en estudio establece la obligación que tiene el notario de conocer por sí mismo las

manifestaciones de voluntad de las partes y de los requirentes, así con base en esa corroboración de la voluntad y de las actuaciones de los comparecientes, hace constar el acto o el contrato del cual se encargará de dar fe o autorizará.

- d) Consentimiento: una nota primordial del negocio jurídico en general, es la referente al consentimiento en su forma más desarrollada que es consistente en el contrato. Si no existe el consentimiento, no puede darse entonces la función notarial, debido a que existiría litis, y por ende, tiene que dilucidarse la controversia ante órgano jurisdiccional competente.

El notario solamente puede actuar cuando existe avenimiento de las partes en el propósito y objetivo del negocio jurídico o del acto para el cual se requiera de su intervención. El consentimiento, se da en relación al contenido del instrumento, el cual autoriza al notario, en el cual consta la voluntad de las partes, lo cual se manifiesta mediante la firma del mismo, como ocurre en las escrituras públicas.

También, dentro de otras funciones que cumple el notario, se encuentra la de resolver los asuntos de jurisdicción voluntaria, siendo fundamental el consentimiento para que puedan tramitarse los mismos ante notario, en el momento en el cual exista oposición, o sea, ausencia del consentimiento y avenimiento en la voluntad de los sujetos requirentes o de un tercero, el asunto se vuelve litigioso y tiene que ser un juez quien se encargue de solucionar lo que en derecho corresponda.

- e) Autenticación: la credibilidad legal que se les reconoce a los instrumentos que autorizan los notarios, tiene por fundamento la función reconocida por el Estado al notario en lo relacionado a que autentique, a través de su firma y sello, los documentos que autorice. A través de la firma y del sello se establece que un hecho o acto ha sido comprobado y declarado por un notario.
- f) Seguridad jurídica: tomando en consideración a los particulares, la función notarial encuentra su justificación basándose en la certeza y seguridad jurídica que provee. Los instrumentos que son autorizados por los notarios hacen fe y producen plena prueba, tal y como lo regula el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil antes citado. El Estado se ha encargado de instituir la función notarial precisamente para proveer de dicha certeza y seguridad jurídica a los negocios jurídicos en donde intervenga el notario para garantizar las relaciones entre particulares, dotándoles de credibilidad en relación a lo acordado entre las partes en presencia del notario y frente a todos los hombres.
- g) Publicidad: entre los principios fundamentales del derecho notarial se encuentra el de la publicidad, el cual es de interés legal y consiste en que las inscripciones que se llevan a cabo en los registros son el canal para el aseguramiento de la publicidad, o sea, el conocimiento a la sociedad en relación a los actos que llevan a cabo las personas cuyas implicaciones sean legales, en particular sobre los aspectos relacionados con todo tipo de negocios jurídicos.

El protocolo notarial es representativo de un registro público, en el cual queda constancia escrita de todos los instrumentos que autoriza el notario. Mediante ese registro notarial, así con los testimonios especiales que remite el Archivo General de Protocolos, se cumple de forma efectiva con la condición necesaria para otorgar publicidad a los instrumentos autorizados por el notario, lo que se cumple cuando una persona interesada lleva a cabo solicitudes de reproducción del instrumento.

Dentro de las obligaciones que tiene el notario, la norma vigente prevé en el Artículo 73 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, que dicho profesional se encuentra bajo la obligación de expedir testimonio o copia simple legalizada: “El notario está obligado a expedir testimonio o copia simple legalizada a los otorgantes, sus herederos o cesionarios, o a cualquier persona que lo solicite”.

También es preciso citar el Artículo 68 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala: “El Director del Archivo General de Protocolos extenderá los testimonios de los instrumentos públicos contenidos en los protocolos existentes de dicho archivo, a solicitud verbal de cualquier persona, a excepción de los actos de última voluntad de acuerdo con el Artículo 75, y si éste no pudiere por cualquier causa, lo hará el Secretario de la Corte Suprema de Justicia, o el notario que el Presidente del Organismo Judicial designe para el caso”.

La excepción a lo anotado, es referente a los actos de última voluntad, y se regula en el Artículo 75 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de

Guatemala: “Mientras viva el otorgante de un testamento o donación por causa de muerte, sólo a él podrá extenderse testimonio o copia del instrumento”.

h) Unidad del acto: una forma esencial para impedir la posibilidad de que se utilice de forma indebida la función notarial, o que la misma sea sorprendida de forma alguna, es la consistente en que las autorizaciones y las actuaciones en que intervenga el notario, tienen que llevarse a cabo en un acto, evento o suceso que tenga continuidad, desde que éste comienza hasta que termina.

De la forma anotada, las partes tienen que concurrir al otorgamiento de un contrato, ambas a la vez con el notario, para lo cual se procederá al faccionamiento de la escritura con base en la voluntad manifiesta de las partes. La unidad del acto lo que busca es garantizar el avenimiento de las partes y la seguridad jurídica de las correspondientes autorizaciones notariales, evitando cualquier posibilidad de falsedad o de cambio de voluntad de las partes o algún tipo de fraude, de forma tal que el instrumento se encuentre revestido de certeza sobre las manifestaciones de voluntad y de los hechos que se evidencian en el mismo.

i) Permanencia: es constitutiva de uno de los fines de la función que lleva a cabo y, por ende del derecho notarial. La permanencia de los instrumentos se asegura mediante el protocolo, el cual, como registro público, asegura que los documentos perdurarán en el tiempo, inclusive más allá de la vida del notario que los autoriza.

El sistema fundamental para asegurar la permanencia, se alcanza mediante el protocolo y a través de la remisión de las copias de los instrumentos autorizados por el Director del Archivo General de Protocolos.

- j) Extraneidad: este principio, tiene como fundamento la prohibición legal regulada en el Artículo 77 numeral 1 del Código de Notariado, relativa a que el notario es el encargado de autorizar actos y contratos en los cuales sea parte, o bien, alguno de sus parientes, en los grados reconocidos por la ley.

Con lo anotado se evita la posibilidad de cualquier mala utilización que podría darse a la fe pública, mediante la prohibición de que se autoricen actos o contratos en los cuales exista de manifiesto el interés por parte del fedatario. El notario y sus parientes pueden acudir ante otro notario para que autorice los mismos, pero con la garantía de que no existe la posibilidad de que se desvirtúe la función notarial mediante la existencia de intereses de índole personal.

1.7. Fuentes

Tradicionalmente, en Guatemala se reconoce como única fuente formal del derecho notarial a la ley, la cual consiste en la fuente reconocida dentro del ordenamiento jurídico.

También, como fuentes formales es esencial anotar las siguientes: la jurisprudencia, la

costumbre y la doctrina. En lo relacionado con la jurisprudencia, ésta debido a la índole del ejercicio notarial en el país, no tiene aplicabilidad plena, pero sí lo tienen tanto la costumbre como la doctrina.

“La costumbre como sucede en otros campos jurídicos, se entiende como el uso reiterado de ciertas prácticas, en este caso, dentro del derecho notarial. Así, la costumbre en el ámbito notarial ha establecido como normal que para el otorgamiento de las actas notariales se utilicen, supletoriamente, los formalismos de identificación de las personas que se aplican en el otorgamiento de las escrituras matrices, lo cual no es exigido por la ley”.⁴

Es un hecho reconocido en la sociedad guatemalteca, que con base en criterios de carácter administrativo, muchas veces se crean de forma unilateral, diversas obligaciones que no tienen por sustento un fundamento legal sino un criterio registral, en particular, del sujeto que en un determinado momento ocupe un cargo de registrador, dentro de los diversos registros existentes en el país y a partir de dicho criterio se crea la obligación con el peligro de que si no se cumple con el requisito no se inscribirán los actos y los contratos de que se traten.

La costumbre en el ejercicio del derecho notarial guatemalteco ha abrogado, de hecho, la obligación relacionada a que se tome razón de las actas de legalización de firmas en el protocolo.

⁴ Ríos. **Ob. Cit.**, pág. 44.

La doctrina es la otra fuente formal que tiene bastante influencia en el derecho notarial del país y la misma es de utilidad para la interpretación y aclaración de las lagunas de la legislación notarial. La misma se lleva a cabo mediante la interpretación, aportes y publicaciones dentro del medio nacional, pero también con fundamento en influencias internacionales que llevan a cabo estudiosos e instituciones de reconocido prestigio profesional y gremial con relación a distintos temas que abarca el derecho notarial y las disciplinas afines. Dentro de este campo, es de importancia señalar lo relativo a las distintas figuras de contratación atípica, tanto civil como mercantil, en las cuales, al no existir una regulación específica en la legislación guatemalteca, se tiene que acudir a estudios de especialistas, de doctrina y de legislación comparada.

Existen dos clases de fuentes formales para el derecho notarial guatemalteco, siendo ellas: a) fuente formal reconocida que consiste en la ley, y b) fuentes formales no reconocidas que se encuentran representadas por la costumbre y por la doctrina.

1.8. Relación con otras disciplinas jurídicas

El derecho notarial se vincula con otras disciplinas jurídicas, siendo ellas las que a continuación se explican de forma breve:

- a) Con el derecho civil: el Código Civil de Guatemala, Decreto Ley 106 se encuentra dividido en cinco libros y en base a la regulación establecida en cada uno de los mismos, se afirma que con respecto a ellos existen diversas figuras, trámites,

obligaciones, deberes e instrumentos que se encuentran de forma directa relacionados con el derecho notarial ya sea en el campo de la familia, de las personas, de los bienes, de la propiedad, del Registro de la Propiedad, de la sucesión hereditaria y de las obligaciones en cada uno de los temas relacionados con el notario quien tiene una función bastante amplia para el ejercicio de su quehacer profesional y, por ende, de la aplicación del derecho notarial.

- b) Con el derecho mercantil: con el mismo, a pesar de que una de sus características consiste en la informalidad y en los usos que le son propios, también presenta un campo bien variado para la aplicación del derecho notarial. La constitución y modificación de las sociedades mercantiles que se encuentran previstas en el Código de Comercio, Decreto 2-72 del Congreso de la República de Guatemala conlleva de forma obligatoria el faccionamiento de una escritura, el cumplimiento de las formalidades tales como el depósito en cuenta bancaria en beneficio de una entidad mercantil en formación que se abre y acepta con fundamento en aviso firmado por notario, el protesto de títulos de crédito. También, la contratación mercantil, para alcanzar la plena certeza jurídica, utiliza el derecho notarial, tanto en lo que respecta a formas típicas como atípicas para su formalización y el cumplimiento de los requerimientos dentro del orden legal guatemalteco.

- c) Con el derecho administrativo: dentro del ámbito administrativo, el derecho notarial se encuentra presente en las actas de sobrevivencia, para personas

jubiladas del sector público, en las legalizaciones de firmas y de documentos, las cuales, al ser autorizadas por un notario, con base en la fe pública que se le reconocen son aceptadas.

- d) Con el derecho procesal civil: en materia procesal civil, el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil, reconoce que los instrumentos autorizados por notario producen fe y son constitutivos de plena prueba. De forma adicional, en dicho cuerpo normativo se determina la función que tiene el notario como auxiliar del juez para realizar las notificaciones cuando se les requiera y también se le habilita para que se lleve a cabo un inventario o discernimiento de cargos.
- e) Con el derecho registral: el protocolo que año con año apertura el notario, es constitutivo de un registro, en el cual tienen que constar los actos y los contratos que autorice, de conformidad con lo establecido en la ley, durante ese tiempo. De forma adicional, en base a dichos instrumentos se generan a su vez cambios y modificaciones que tienen que anotarse e inscribirse en otros registros públicos, a cargo de la administración. Ello sucede con relación a la compra y venta de bienes inmuebles, que tienen que ser inscritos en el Registro General de la Propiedad. También, en lo que se refiere al otorgamiento de testamentos o de donaciones mortis causa que tienen también que ser inscritos.
- f) Con el derecho tributario: una de las obligaciones del notario en la función que lleva a cabo, es la consistente en fiscalizar que los deberes tributarios, y de forma

específica con relación al pago de impuestos y arbitrios, sean cumplidos como requisito posterior a los instrumentos que autoriza. En caso contrario, no puede expedirse copia del instrumento hasta que se haya satisfecho el tributo relacionado. Así sucede con el pago del impuesto por concepto de timbres fiscales, impuesto al valor agregado y el impuesto único sobre inmuebles.

- g) Con los asuntos de jurisdicción voluntaria: en el país se encuentra reconocida en el Código Procesal Civil y Mercantil como una función judicial y de forma alternativa también notarial. Dicha función de jurisdicción voluntaria, es confiada en el derecho procesal civil a los jueces y notarios en Guatemala por una ley adjetiva. Debido a lo fecundo de la función notarial dentro de este campo, en Guatemala se amplió la función notarial con el Decreto 54-77, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria en el año 1977. Pero, desde la perspectiva del Código Procesal Civil y Mercantil, puede establecerse que el derecho notarial se relaciona con este tipo de asuntos que pueden ser conocidos también por un juez de primera instancia.

1.9. Sistemas notariales

Sistema es: “El conjunto ordenado de principios o reglas acerca de una materia enlazados entre sí”.⁵

⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho notarial**, pág. 200.

“Sistema es el conjunto de cosas que, ordenadamente relacionados entre sí, contribuyen a determinado objeto”.⁶

“Un sistema notarial, por tanto, significa el conjunto de principios y reglas que, armonizados entre sí, permiten cumplir con la función notarial, es decir, con el quehacer del notario”.⁷

A continuación se explican los diversos sistemas notariales, siendo los mismos los siguientes:

- a) Sistema del notariado latino: dentro del conjunto de sistemas notariales, es de importancia caracterizar al del notariado latino como aquél que, con fundamento a la influencia ejercida por el derecho romano, se base en la aplicación del derecho escrito, en contraposición al derecho consuetudinario.

“Adicionalmente, como característica de los países que han estado bajo la influencia del derecho romano, es decir, del ius comune, para el ejercicio de la profesión, tanto de abogado como de notario, es requisito haber estudiado en la universidad para obtener el correspondiente grado académico”.⁸

⁶ **Ibid**, pág. 201.

⁷ Salas. **Ob. Cit.**, pág. 29.

⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. **Ética profesional**, pág. 43.

Entre las características del derecho notarial, se encuentran las siguientes: es un asesor de las partes, interpreta la voluntad de las partes, redacta, lee y explica el documento, autoriza el instrumento imprimiéndole al acto el reconocimiento del Estado, conserva el instrumento, reproduce el instrumento y su cargo es por tiempo indefinido.

La profesión del notario solamente la pueden ejercer las personas que han estudiado a nivel universitario y que hayan obtenido el título de grado correspondiente. En Guatemala a diferencia de otros países, el profesional del derecho obtiene de forma simultánea el título de abogado y notario y el grado académico de licenciatura.

Con base en el título universitario que respalda al notario en el país, como conocedor del derecho, está en la capacidad de cumplir la función asesora frente a los clientes que solicitan sus servicios, proporcionándoles la orientación tanto legal como técnica para el perfeccionamiento legal y formal del acto o contrato que deseen les autorice el notario.

El notario, con base en la información que reciben las partes, se encuentra en la capacidad de adecuar dicha voluntad con las correspondientes figuras legales y formales correspondientes que, en relación del orden jurídico vigente, se adecuen de mejor forma a lo que interesa a esa voluntad negocial que manifiestan frente al notario.

El notario, después de informado en lo relacionado a la naturaleza y finalidades que persiguen las partes, establece cuál es la figura que precisa que mejor responde a los

intereses de las partes, se encarga de la redacción del documento del caso, el cual refleja esa voluntad de los clientes.

Para verificar la correspondencia entre el instrumento redactado y la voluntad de las partes, el notario procede a dar lectura y a explicar, de forma exhaustiva, los alcances legales con los cuales cuenta el instrumento.

Después de cumplido con lo anotado, y habiendo quedado despejada cualquier duda, el notario se tiene que encargar de la autorización del instrumento, con fundamento en el reconocimiento de la fe pública que ostente y que le ha sido otorgada por el Estado.

De forma adicional, a diferencia de lo que sucede en otros sistemas notariales, el notario latino conserva el original del instrumento autorizado, al menos de los instrumentos que forman parte del protocolo a su cargo. Por ende, las partes, como prueba documental fehaciente y legal, el notario solamente puede entregarles copias de esos instrumentos públicos originales, a los cuales se les denomina testimonios. En dicho sentido, no resulta claro, cuando por primera vez se requiere de los servicios profesionales de un notario, para comprobar la extrañeza por parte del cliente al percatarse que el documento original quede en poder del profesional y que a él, después de cubrir los gastos y honorarios, solamente se le hace entrega de una copia.

El cargo del notario latino, a diferencia de lo que sucede en otros sistemas notariales, no tiene prevista una limitación para su ejercicio. El notario, una vez que se encuentra

habilitado para el ejercicio, no se encuentra prevista restricción alguna en lo relacionado al tiempo que podrá ejercer la profesión, a excepción de casos extraordinarios en los cuales debido al incumplimiento de las obligaciones legales o de inhabilitación por causas delictivas o interdicción, pueden ser suspendidos del ejercicio de su profesión.

Este sistema se refiere al número de notarías que pueden funcionar, de conformidad con la autorización del Estado correspondiente. El número de notarías, de esa forma puede ser limitado o ilimitado.

En el caso de que el número de notarías sea limitado, a lo que se le denomina notariado de número o numerario, ello significa que se determina un número máximo de notarios que pueden ejercer dentro de ese ámbito. Ello, es evidente que es bien limitativo y puede conllevar desventajas aunque también algunas ventajas en lo relacionado a la certidumbre y al control. Pero, ello también afecta de forma ostensible el ejercicio liberal de la profesión y la libertad de contratar los servicios para los particulares, así los profesionales que se mantendrían a la espera de una vacante para poder ser autorizados a ejercer, con el debido reconocimiento de su profesión.

Por el contrario, cuando no existe restricción en lo relacionado con el número de notarios que pueden funcionar, este sistema recibe el nombre de notariado libre. Es el que se reconoce en Guatemala y en el resto de países centroamericanos, por lo cual todo notario puede encargarse del ejercicio libre de su profesión dentro de todo el ámbito territorial de su país. En el caso del notario guatemalteco, con fundamento en lo

establecido en la Ley del Organismo Judicial, puede ejercer su profesión inclusive en el exterior, cuando se trata de la autorización de actos y de contratos que surtirán efectos en el territorio nacional.

b) Sistema de notariado sajón: las características del sistema sajón son las siguientes: el notario no es un funcionario, solamente autentica las firmas del documento, no el contenido de éste, no existe la obligación de colegiación profesional, el protocolo no existe, el notario devuelve el documento original a los interesados y no se requiere de conocimientos jurídicos especiales.

“El sistema de notariado sajón es el que se practica en Inglaterra y en los países, que históricamente, se encontraron vinculados durante la época colonial al Reino Unido, entre los cuales se puede mencionar a los Estados Unidos de América, Canadá y Australia, entre otros”.⁹

c) Sistema de funcionarios judiciales: este sistema la función notarial se encuentra encomendada a funcionarios judiciales. Los elementos características dentro de este sistema son que los instrumentos así autorizados por estos funcionarios y tienen la connotación de resoluciones judiciales, por lo que cuentan con completa validez frente a terceros y producen autoridad de cosa juzgada, precisamente por contar con jurisdicción el notario autorizante.

⁹ Salas. **Ob. Cit.**, pág. 36.

En el caso de Guatemala, existe dentro del mismo Código de Notariado, la previsión de que pueden ejercer el notariado los jueces de primera instancia en las cabeceras de su jurisdicción en que no exista notario hábil o existiendo, se encuentre imposibilitado o se niegue a prestar sus servicios.

Pero, con base en prohibición expresa contenida en la Ley del Organismo Judicial, los jueces no pueden ejercer la abogacía o el notariado. En la actualidad ya no se presenta el caso de que no se encuentren suficientes notarios ejerciendo dentro de un departamento, no solamente en las cabeceras sino incluso en varios municipios, en el interior de la república, por lo que la norma ha perdido el sentido que originalmente pudo haberla justificado.

d) Funcionarios administrativos: en este sistema, la función notarial se encuentra determinada como un servicio que el Estado presta a los particulares, de forma específica mediante el poder Ejecutivo, mediante los funcionarios. Debido a ello, la remuneración que dichos notarios reciben es de tipo salarial y la cubre directamente el Gobierno. La validez que se le reconoce al instrumento así autorizado por este funcionario es plena y los documentos originales forman parte de los archivos públicos.

“En Guatemala, como es fácil comprobar, existe, a manera de ejemplo este tipo de prestación del servicio notarial, la figura del escribano de Gobierno, funcionario que depende del Ministerio de Gobernación, y que tiene, como parte de sus funciones, la

responsabilidad de autorizar, como notario, todos los actos y contratos en los cuales intervenga el Estado como parte. Sin embargo, es de reconocerlo, en la práctica esta figura de exclusividad en la autorización de los instrumentos públicos en los que figura el Estado como contratante o parte, ha sido y es irrespetada pues en muchos casos notarios particulares autorizan dichos instrumentos, cobrando por los servicios que prestan”.¹⁰

Tanto en el sistema de funcionarios judiciales como en el de funcionarios administrativos, lo que se evidencia es una tendencia centralizadora por parte del poder estatal a no delegar la función notarial, o sea la fe pública, y continuar en su ejercicio, como potestad de forma exclusiva, evitando con ello la delegación y recargando a la administración pública con la función notarial. Ello, evidentemente, conlleva a la posibilidad de que la función notarial pueda tornarse lenta y de una difícil prestación a los particulares, lo cual dificulta la posibilidad de contratación y prestación de la función notarial a los particulares.

e) Notariado totalitario: “Este tipo de sistema notarial, estuvo vigente en los antiguos países que pertenecieron al sistema socialista. Evidentemente, el desarrollo del derecho notarial está asociado a la posibilidad de la libre contratación y la dinámica mercantil para que existiera un sistema económico”.¹¹

¹⁰ **Ibid**, pág. 39.

¹¹ **Ibid**, pág. 46.

Debido a la prescripción o marcada limitación en la libre contratación y la existencia de la propiedad privada, la función notarial, como ejercicio profesional liberal, pierde sentido, por lo que el Estado retorna a la función de una forma limitada para el estrecho campo que queda para el ejercicio del notariado.

CAPÍTULO II

2. El notario

El notario guatemalteco actúa por delegación del Estado quien es el que le autoriza para ejercer la profesión y le encomienda la fe pública para las actuaciones que realice, imponiendo el deber a la sociedad de darle la credibilidad a la función notarial por la autorización debida.

“Dentro del sistema notarial latino se cuenta con la Unión Internacional del Notariado Latino, a la cual se encuentran adscritos los países que pertenecen a este sistema, dentro de los cuales se cuenta Guatemala”.¹²

2.1. Definición

“El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fe de su contenido”.¹³

En la anterior definición se hace referencia a la función pública que lleva a cabo el notario latino, en virtud de que su labor se cumple con fundamento en la autorización

¹² Carneiro, José. **Derecho notarial**, pág. 20.

¹³ Gracias González, José. **Derecho notarial guatemalteco**, pág. 40.

del Estado, quien es el encargado de conferir la fe pública en los actos y contratos que autorice para los particulares. Dicha función se lleva a cabo en relación a la recepción de la voluntad de las partes, la cual tiene que ser interpretada con la recepción de la voluntad de las partes y de forma técnica a efecto de darle la correspondiente forma legal. Después de ello, el servicio profesional del notario tiene que materializarse en el instrumento que obtenga la voluntad de las partes y cumpla con los fines legales necesarios, los cuales, debido a ser autorizados por el notario, cuentan con autenticidad. El notario latino conserva los instrumentos originales, al menos en lo relacionado a los de tipo protocolar que van dentro del protocolo y solamente pueden extender copias que, bajo el amparo de la fe pública que tiene el notario, prueban el contenido de los originales y sirven de prueba en los diferentes ámbitos en los que sea necesario hacerlos valer y demostrar su existencia.

2.2. Formación del notario

Para asegurar la capacitación profesional del notario es fundamental:

- a) Exigir de forma previa la obtención del título de abogado.
- b) El requerimiento de una especialización post-grado como la obtención de un doctorado en derecho notarial; y
- c) El sistema de oposición.

En la actualidad se encuentra latente la preocupación sobre la formación del notario,

debido a la trascendencia de su función para el Estado y para los particulares. Pero, dichos aspectos cognoscitivos y académicos son complementarios a otro tipo de consideraciones como el aspecto vocacional y ético para la formación y para el ejercicio profesional.

En lo relacionado a las consideraciones de tipo vocacional, el notario tiene que contar con conciencia social en relación a la trascendencia de su función, y una clara intención de servicio, unida a valores éticos como lo son la probidad, honestidad, lealtad y rectitud en las actuaciones que lleva a cabo.

“Cuando en una profesión fallan los principios éticos que deben inspirar la actuación de sus miembros o cuando determinados profesionales no ajustan su conducta a tales cánones morales, sin que, por otra parte, les sea llamada la atención en debida forma por los propios órganos rectores de la profesión a que pertenecen, el desprestigio de la profesión comienza”.¹⁴

En la sociedad guatemalteca, la formación profesional del derecho abarca tanto los elementos necesarios para el ejercicio de la abogacía como también la profesión del notario. Pero, la importancia que se le da al notario dentro del pènsu de estudios tiene que mejorar. De forma tradicional el estudio universitario comienza con la formación necesaria para el abogado y, al final de la carrera se estudia lo relacionado al derecho notarial.

¹⁴ Pelosi, Carlos. **El documento notarial**, pág. 15.

En lo relacionado a las posibilidades de especialización profesional, existe un reconocimiento de que en Guatemala se han llevado a cabo esfuerzos en dicho sentido. En otros países pertenecientes al sistema de notariado latino, el desarrollo del estudio del derecho notarial ha permitido la apertura de universidades que se encargan de la especialización en el derecho notarial. Dicho nivel de desarrollo, se encuentra asociado a factores de índole social y económico, que propician el desarrollo de especializaciones a un nivel mayor, no solamente en lo relacionado con las posibilidades académicas sino también en el ámbito del soporte institucional que pueda existir.

2.3. Los deberes y obligaciones del notario

Los mismos tienen que ser comprendidos como imperativos morales y éticos que tanto dentro del orden de motivación personal como por el servicio que se presta a los clientes, se espera que cumplan el desempeño de su función como profesional.

La función particular del notario, en atención a la índole de la actividad que le ha sido encomendada por el Estado, tiene que llevarse a cabo sobre el supuesto de determinados requisitos conductuales y actitudes mínimas de honorabilidad y congruencia con su función de servicio.

Los deberes del notario son los siguientes:

a) Imparcialidad: la imparcialidad consistente en no tomar parte, es la que supone

en el ejercicio profesional del notario que se observe una actitud informativa y asesora para con las personas que intervienen en los instrumentos que autoriza y con los clientes.

El derecho notarial se realiza dentro de la fase normal del derecho, o sea, cuando no existe confrontación entre las personas lo cual es correspondiente al abogado. Es un derecho de los clientes, debido a sus posibles y reales diferencias de intereses es consistente en conocer por parte del asesor legal que representa el notario, las implicaciones jurídicas y reales que devendrán de su manifestación de voluntad materializada en un instrumento público, especialmente en el contrato o en el acto.

En la práctica, es común que una de las partes, la poderosa económicamente, sea quien se encargue de la elección del notario. Ello plantea un problema ético para el notario, en cuanto a que tiene que ser fiel a sus clientes, pero sin dejar de tomar en cuenta la imparcialidad y la justicia de sus actuaciones. Lo relacionado con la imparcialidad es motivo de preocupación, en especial porque en las realidades sociales y culturales en que exista desigualdad, en términos económicos y de cultura jurídica, es posible que con facilidad se pierda el valor de la actuación notarial y se incurra en injusticias.

El supuesto legal, generalizado en todas las legislaciones, de que no se puede alegar desconocimiento de la ley en defensa para la justificación del incumplimiento, adquiriendo mayor peligro de responsabilidad para las personas si el notario no cumple

con dicho deber.

b) Veracidad: el notario como responsable y autor de los documentos que autoriza, es el encargado de hacer constar los actos y los hechos de conformidad con lo legalmente permitido y a través de la delegación del Estado guatemalteco, para el servicio de los particulares.

Dichos documentos gozan de credibilidad pública y de una presunción legal de prueba, así como de valor ejecutivo por haber sido autorizados por un notario. Pero, el imperativo y supuesto fundamental en dichos instrumentos, es consistente en que la actuación del notario se encuentra bajo el apego a la realidad de los hechos y que, con fundamento en la honorabilidad, probidad y formación del profesional solamente hace constar lo verdadero y real.

Debido a la credibilidad que supone el documento autorizado por el notario, se debe de tener cuidado en la forma, en el lenguaje que se utilice, a efecto de que del mismo se desprendan los hechos y el sentido pleno de lo que corresponda a la realidad y constituye la voluntad de los particulares expresada en el texto. La consignación de hechos falsos, que no correspondieran a la realidad, hacen incurrir al notario en responsabilidad.

El cumplimiento del deber anotado, conlleva a la necesidad de fortalecer la seguridad jurídica, o sea, a determinar a qué atenerse. El valor veracidad se menciona como uno

de los deberes del abogado y notario en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados y Notarios.

c) Abstención del litigio: el litigar, es una función del abogado, pero no del notario. En países como Guatemala, es bastante difícil determinar una diferencia completa entre el abogado y el notario, ya que el mismo profesional cuenta con ambas calidades. Pero, en otros países es factible deslindar ambos quehaceres debido a que quien es notario no ejerce la abogacía y viceversa.

En el caso guatemalteco resulta normal que quien ejerce la profesión de notario también haga lo propio con la abogacía. La validez del deber persiste en cuando a que el notario tiene que mantener su imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. En la legislación del país se encuentran algunos preceptos que tienden a evitar dicha parcialidad en la función notarial, y consecuentemente, en tener interés en el asunto, como en las prohibiciones para autorizar actos y contratos en los que el notario tenga interés o sus familiares.

d) Actuar eficazmente: la eficacia consiste en lograr el efecto que se desea o se espera. Además, se asocia al concepto de eficiencia, que, es la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado. El notario en sus actuaciones profesionales debe ser eficaz y eficiente, lo cual entraña que, como conecedor del derecho, en general, y del derecho notarial, en particular, tiene que cumplir, en los instrumentos que autoriza, con la satisfacción del cliente

en lo relacionado a los fines legales que éste busca.

La eficacia en lo notarial supone una correcta legislación, que se actualice y adecúe a las necesidades presentes, pero también el uso de medios tecnológicos como la computación y el resto de medios que faciliten y optimicen el cumplimiento de la función notarial. En lo relacionado al notario, la actuación eficiente y eficaz es representativa del imperativo para el notario de mantenerse actualizado y especializado.

En relación al derecho notarial, es de importancia anotar que la rama de la filosofía del derecho que estudia los deberes de los notarios es la deontología notarial. El notario, tanto desde el punto de vista legal, ético y jurídico, no puede ni debe aceptar esta inducción debido a que un instrumento de tal naturaleza del negocio de que se trata, sería ineficaz e ineficiente, lo mismo que la función notarial así realizada.

e) Secreto profesional: el notario en la realización de sus funciones, en la mayoría de las ocasiones, al asesorar a las partes, se torna depositario de la confianza de las personas y se entera de las intimidades y de las circunstancias que ameritan de su discreción y secretividad, como un requerimiento mínimo de la lealtad que tiene que observar para con sus clientes.

El secreto profesional abarca dos aspectos: por un lado, las confidencias que el cliente realiza al profesional con la finalidad de encontrar una solución jurídica a sus asuntos, como en el otorgamiento de un testamento, capitulaciones matrimoniales, y por el otro

lado, la confianza que el notario no revelará la información que de forma secreta se le ha confiado ni cometerá infidencias sobre los hechos de las personas.

La importancia del secreto profesional, el cual no es privativo de la profesión del notario ni del abogado, sino de todos los quehaceres profesionales y demás actividades en las que se maneje información de las personas, se encuentra consagrado como un principio en el cual su incumplimiento es de libertad.

También, en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados y Notarios, se señala en el Capítulo I, que versa sobre los postulados, específicamente en el numeral 4, que trata sobre la lealtad del profesional para con su cliente. Asimismo, se desarrolla el deber de guardar el secreto profesional.

f) Cobro adecuado: el notario, en el desempeño de su función, tiene que ser remunerado de forma adecuada por los servicios que preste, al igual que cualquier otro profesional. Sobre el particular, es conveniente mencionar que, a diferencia de la mayoría de profesiones liberales, la profesión de abogado y notario cuenta con un arancel específico en donde el abogado puede cobrar sus servicios en base en lo establecido en el Decreto número 111-96 del Congreso de la República, Arancel de Abogados, Árbitros, Procuradores, Mandatarios Judiciales, Expertos, Interventores y Depositarios, en tanto que el notario puede hacerlo en base en el Arancel contenido en el Título IX del Código de Notariado de los Artículos 106 al 109.

El Artículo 6 del Código de Ética Profesional de Abogados y Notarios regula: “Tendrá presente que el objeto esencial de la profesión es servir a la justicia y colaborar en su administración. El provecho o retribución nunca puede constituir decorosamente el móvil determinante de los actos profesionales”.

g) Competencia leal: en la actualidad, en todas las órdenes de la actividad humana, existe una innegable competencia por la venta de bienes y servicios de todo orden. Los servicios profesionales no escapan a esta competencia e inclusive a excesos por lograr la contratación de los mismos.

Pero, atendiendo a la índole y naturaleza de la formación profesional y su razón de ser, no es posible aceptar el uso indiscriminado de prácticas y métodos para ganarse al cliente.

Es por ello que la competencia que resulta sana y necesaria en las distintas órdenes del quehacer humano, no tiene que llevarse al extremo de tornar una mercancía más la profesión, sujeta a la compraventa y a la indignidad del sometimiento del precio y al servicio del mejor postor, o bien, a la depreciación de la profesión y la pérdida de la solidaridad gremial.

De lo contrario, el notario y el profesional del derecho contribuyen al envilecimiento y a la degradación de su profesión. “La competencia desleal en sus diversas fórmulas no

es sólo un atentado contra la deontología profesional, por supuesto sancionable, sino también otro contra la misma institución”.¹⁵

g) Deber social: la carrera de notario, así como la de abogado, son pertenecientes a las carreras profesionales del orden de las ciencias sociales, y se obtiene el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Tomando en consideración, se espera que todo profesional del derecho cuente con sensibilidad social, y que como parte de los ideales que le han llevado a optar por una profesión de servicio, se encuentre como sustento el logro de aspiraciones de justicia, equidad y de proyección a la sociedad a la que pertenece, en particular mediante su aporte personal a la seguridad jurídica y la paz social.

También la buena fe, la fidelidad, el estudio, el abstenerse de manifestar la filiación política, el decoro, la responsabilidad como funcionario público y los deberes como legislador son deberes del notario conforme lo establecido en el Código de Ética Profesional.

2.4. Derechos y prohibiciones

“En la legislación de otros países pertenecientes al sistema del notariado latino, los derechos y prohibiciones de los notarios se encuentran explicitados y regulados en sendos cuerpos legales que atañen al ejercicio de la función notarial. En el caso

¹⁵ **Ibid**, pág. 19.

guatemalteco, no se encuentran tales derechos y prohibiciones contenidas en un solo cuerpo legal específico, sino que, para evidenciarlos, debemos escudriñar un tanto en la legislación vigente para poderlos identificar”.¹⁶

Los derechos de los notarios son los que a continuación se presentan:

- a) Autodeterminación: en ejercicio de este derecho, el notario guatemalteco cuenta con libertad para la calificación y proposición de las soluciones mayormente adecuadas de conformidad con un criterio técnico legal, para aquéllos casos que le sean planteados.

- b) A asociarse: dicho aspecto tiene que ser comprendido desde un doble punto de vista. El notario puede asociarse con otro o con otros profesionales para la prestación de servicios, o bien de gremiales o para otras finalidades legales que considere necesarias, lo cual se encuentra asegurado mediante la Constitución Política de la República de Guatemala a todo ciudadano de la República guatemalteca.

También, para el notario existe, como para cualquier profesional en el país, el deber y la obligación correspondiente de colegiación profesional, lo cual es constitutivo de un mandato de tipo constitucional.

¹⁶ Castro Lucini, Francisco. **Relieve moral de la actuación notarial**, pág. 25.

c) Al cobro de honorarios por los servicios prestados: en la legislación civil vigente se establece de forma general, que los profesionales que presten sus servicios y quienes los soliciten son libres para la contratación relativa a honorarios y a condiciones de pago. El Artículo 2027 del Código Civil regula: “Los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago”.

El Artículo 2032 de la citada norma regula lo siguiente: “Salvo pacto en contrario, los que prestaren servicios profesionales tendrán derecho a ser retribuidos, cualquiera que sea el éxito o resultado del negocio o asunto en el cual hubieren intervenido”.

d) A excusarse: el notario como profesional del derecho liberal, puede y debe cuando así lo considere necesario por motivos personales, de conciencia o de legalidad, excusarse de prestar sus servicios. No se encuentra obligado a aceptar a prestar sus servicios cuando el negocio o asunto para que se requiere evidencie o presente indicios de ilegalidad o sospecha justificada. Es de utilidad la aplicación de lo establecido en el Código de Ética Profesional que se refiere al abogado, pero que de conformidad con el mismo código se aplica al notario.

En cuanto a las prohibiciones del notario, el Código de Ética Profesional, se encarga del desarrollo de forma explícita las prohibiciones para el notario, con lo cual se llena un vacío regulatorio que anteriormente existía en cuanto a la función notarial. Debido a su importancia, es oportuno transcribir el contenido del Artículo 40: “Prohibiciones. El

notario debe abstenerse de:

- a) Obligar directamente o indirectamente al cliente a utilizar sus servicios notariales;
- b) Facilitar a terceros el uso del protocolo;
- c) Ocultar datos que interesen al cliente o a las partes del acto o contrato;
- d) Retener indebidamente documentos que se le hubieren confiado, o negarse a extender la constancia correspondiente, sin causa justificada;
- e) Emitir o demorar indebidamente la entrega de testimonios, copias o constancias de los instrumentos que hubiera autorizado;
- f) Omitir o demorar el pago de impuestos cuyo valor se le hubiese entregado o negarse a extender la correspondiente constancia;
- g) Desfigurar los negocios jurídicos que celebren los interesados;
- h) Autorizar contratos notoriamente ilegales;
- i) Modificar injustamente los honorarios profesionales pactados;
- j) Retardar o no prestar el servicio que se le hubiese pagado parcial o totalmente;
- k) Cobrar, sin causa justificada, honorarios inferiores a los preceptuados por el arancel; y
- l) Beneficiarse en forma directa o indirecta de las violaciones a la libertad de contratación en que incurren algunas institucionales”.

Es de importancia señalar la prohibición anotada en el Artículo 77 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala: “Al notario le es prohibido:

1. Autorizar actos o contratos a favor suyo o de sus parientes. Sin embargo, podrá autorizar con la antefirma: “Por mi y ante mi”, los instrumentos siguientes:
 - a) Su testamento o donación por causa de muerte y las modificaciones y renovaciones de los mismos;
 - b) Los poderes que confiere y sus prorrogas, modificaciones y renovaciones y revocaciones;
 - c) La sustitución total o parcial de poderes que le hayan sido conferidos, cuando estuviere autorizado para ello;
 - d) Los actos en que le resulten solo obligaciones y no de derecho alguno; y
 - e) Las escrituras de ampliación o aclaración que tengan por objeto único, enmendar errores u omisiones de forma en que hubiere incurrido, siempre que no sean de los contemplados en el Artículo 96.
2. Si fuere Juez de Primera Instancia facultado para cartular, Secretario de los Tribunales de Justicia o Procurador, autorizar actos o contratos relativos a asuntos en que esté interviniendo.
3. Extender certificación de hechos que presenciare sin haber intervenido en ellos por razón de oficio, solicitud de parte o requerimiento de autoridad competente.
4. Autorizar o compulsar los instrumentos públicos o sus testimonios antes de que aquéllos hubieren sido firmados por los otorgantes y demás personas que intervinieren.
5. Usar firma o sello que no este previamente registrado en la Corte Suprema de Justicia.

2.5. Requisitos habilitantes del notario

De forma previa al establecimiento de las condiciones que sirven para la habilitación de una persona como notario, es oportuno llevar a cabo referencia sobre cuáles han sido en el pasado los medios por los cuales ha sido factible el ejercicio de la profesión.

“En un punto máximo de explotación de la propiedad, y abuso del derecho del propietario sobre el oficio comprado, se llegó al extremo de que el notario podía realizar con su título, como si se tratara de un bien, enajenación, subasta, arrendamiento y hasta dejarlo en heredad a sus sucesores; todo lo cual era posible dentro de un ordenamiento jurídico que adolecía de promoción de inseguridad jurídica y venalidad para el ejercicio de la función notarial. Adicionalmente, la persona que era dueña del título lo era también de los protocolos”.¹⁷

Ante dicha situación, en un concepto moderno sobre la función notarial, y el correspondiente aval y respaldo que el Estado debe dar al negocio jurídico, que tiene que estar caracterizado por la seguridad jurídica y la probidad, las situaciones tan lamentables que se encontraron como antecedentes históricos no podían continuar y era necesario desarrollar un sistema probo y legal para el ejercicio de la profesión de notario.

Los requisitos habilitantes consisten en los requisitos que se encuentran previstos

¹⁷ **Ibid**, pág. 29.

legalmente para poder ejercer la profesión del notario. Son las condiciones previas para ser admitido como notario por lo que se tornan causales de inhabilitación para el ejercicio del notariado cuando el notario cesa de reunir alguna de ellas.

Originalmente, se podía pensar que era suficiente haber obtenido el título respectivo, que en el caso de Guatemala, se obtiene de forma simultánea con el de abogacía. Pero, tomando en consideración que la función notarial se lleva a cabo con fundamento de la delegación de la fe pública que el Estado lleva a cabo en el notario, resulta lógico que existan otras condiciones y requisitos, además de la obtención del título de notario, para poder ejercer la profesión.

El Artículo 2 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula los requisitos habilitantes: “Para ejercer el notariado se requiere:

1. Ser guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar, y domiciliado en la República, salvo lo dispuesto en el inciso 2º. del Artículo 6º.
2. Haber obtenido el título facultativo en la República o la incorporación con arreglo a la ley.
3. Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales.

4. Ser de notoria honradez”.

De conformidad con lo regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, ley máxima dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, se estableció en 1985 la obligación para todos los profesionales que ejerzan en el país la colegiación profesional. De esa forma, a los requisitos habilitantes previstos en el Código de Notariado debe sumarse actualmente el de la colegiación profesional obligatoria.

2.6. Causas de inhabilitación para el ejercicio del notariado

De igual forma a como la ley prevé cuales son los requisitos o condiciones que una persona tiene que reunir para el ejercicio de la profesión de notario, es fundamental determinar, una vez que se cuente con la habilitación legal respectiva, a aquéllos casos, y las causales, que, de forma directa y absoluta, limiten e impidan continuar ejerciendo la profesión de notario.

Es notorio que el ejercicio del notariado requiere necesariamente que el profesional presente y demuestre determinadas condiciones personales, referentes a la salud mental y física, así como también hábitos de conducta y probidad. El Estado, como resultado de los cambios que a lo largo del tiempo han ocurrido como necesarios para el ejercicio de la profesión notarial, ha debido, para evitar la repetición de errores en el pasado, prever situaciones en las cuales ya no se puede continuar desempeñando el profesional en su función.

De lo contrario, se llegaría nuevamente a cometer abusos relacionados con la incondicionalidad del ejercicio de la profesión una vez que se había obtenido el título al punto de constituir ésta en un bien y el ejercicio de la profesión en un derecho objeto de enajenación o gravamen.

Por ende, las causales de inhabilitación son representativas de la tutela que el Estado lleva a cabo para el ejercicio de la profesión de notario, de conformidad con las que al incurrir en las mismas, el profesional será legalmente inhabilitado por no cumplir con las condiciones fundamentales para continuar siendo depositario de la fe pública que dentro del ordenamiento legal se le reconoce.

Dichas causales son de diversa índole, como se estableció, y se determinan en resguardo de los intereses sociales públicos y privados y la preservación de la seguridad jurídica que debe caracterizar a la función notarial, tanto en lo relacionado con el Estado como en relación a los asuntos de interés particular.

Las causas de inhabilitación como corresponde se encuentran previstas legalmente, y han sido establecidas por el Estado en atención a la preservación de los requisitos connaturales para el ejercicio de la función notarial. Las mismas se encuentran previstas en el Artículo 3 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala: "Tienen impedimento para ejercer el notariado:

1. Los civilmente incapaces;
2. Los toxicómanos y ebrios habituales;

3. Los ciegos, sordos o mudos, y los que adolezcan de cualquier otro defecto físico o mental que les impida el correcto desempeño de su cometido; y
4. Los que hubieren sido condenados por alguno de los delitos siguientes: falsedad, robo, hurto, quiebra o insolvencia fraudulenta, cohecho o infidelidad en la custodia de documentos, y en los casos de prevaricato y malversación que señalan los artículos 240, 241, 242, 243, 244 y 288 del Código Penal”.

En lo relacionado con el tema de la capacidad civil, constituye un principio general que toda persona tiene que contar con la capacidad del ejercicio para poder obligarse y actuar en todas las órdenes de la vida social. La institución de la interdicción, se establece en atención a la protección de la persona que judicialmente ha sido limitada del ejercicio personal y directo de sus derechos, pero también en lo relacionado a las relaciones jurídicas que se han determinado o pueden ser indicadas con terceras personas. En el caso particular del notario guatemalteco, es notoria la necesidad de qué, ante una inafortunada circunstancia en la cual se declare legalmente incapaz, el Estado tiene que revocarle el reconocimiento de la fe pública que ostenta para el ejercicio de su profesión.

En el numeral 2 se hace énfasis a los hábitos y a la conducta en la cual el notario puede llegar a incurrir, al igual que otra persona, que en cualquier momento, debido a su recurrencia y connotación, son también incidentes en su capacidad de ejercicio profesional y personal.

Al igual que para cualquier persona, tanto la ebriedad consuetudinaria como al toxicomanía son constitutiva de causales para que alguien pueda ser limitado en su capacidad civil. Si a ello sumando la fe pública que se le reconoce al notario guatemalteco en el ejercicio de su profesión, el peligro se ve acrecentado debido a que las consecuencias pueden ser trascendentes del ámbito personal al social.

En el numeral 3, se encuentra la aplicabilidad de limitaciones de carácter físico que, como ocurre en otras situaciones que se encuentran previstas en el derecho civil, constituyen limitaciones para el completo ejercicio de derechos para las personas. Para el otorgamiento de un testamento o donación por causa de muerte, el Código Civil establece limitaciones para las personas con severos problemas de audición y visión. Pero, en el caso del ejercicio de la profesión de notario, no se pueden aplicar alternativas de intervención de terceros para suplir la limitante física, debido a que el reconocimiento de la fe pública, y la responsabilidad por el ejercicio de la profesión, es completamente personal.

La honradez es un requisito habilitante esencial para ser notario. También, lo es para efectos de la colegiación, e inclusive para poder llevar a cabo el sustento del examen técnico profesional previo a la obtención del grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos de Abogado y Notario, para los cuales es fundamental la presentación de carencia de antecedentes penales.

En dicho supuesto para el ejercicio de la profesión, una vez demostrado, se mantiene.

Pero, es posible, que en determinado momento, un notario sea enjuiciado y condenado. Bajo dicho supuesto, es decir, al existir una sentencia ejecutoriada, no es posible que se siga ejerciendo la profesión de notario, debido a que la conducta y proceder profesional, ya sea dentro del ámbito personal o dentro del ejercicio de la función, han dado lugar a que, con sustento legal, sea merecedor de una condena que, en lo notarial, implica una causa de inhabilitación total para el ejercicio de la profesión.

En relación a los ilícitos penales, los mismos se encuentran relacionados con la actuación profesional y con la propiedad. La inhabilitación, de este modo, no puede devenir por causa de un accidente de tránsito, por un homicidio preterintencional, o bien por cualquier otro delito en el que no esté comprometida la honradez y la probidad que el notario tiene que mantener en el ejercicio de su profesión.

2.7. Incompatibilidades con el ejercicio profesional

Existe la posibilidad de forma temporal y circunstancial que se presenten motivos en virtud de los cuales el notario encuentre limitaciones a la posibilidad del ejercicio profesional, en tanto se dilucidan las causas o bien terminan los motivos que impiden que continúe cartulando.

Las motivaciones así previstas representan impedimentos, o sea, causas que no permiten el ejercicio de la profesión, de manera temporal, en tanto persistan las mismas. Una vez cesen, el notario puede continuar ejerciendo su profesión, sin ningún

tipo de limitante.

Los impedimentos temporales para el ejercicio del notariado se encuentran regulados en el Artículo 4 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala: “No pueden ejercer el notariado:

1. Los que tengan auto de prisión motivado por alguno de los delitos a que se refiere el inciso 4º. del Artículo anterior;
2. Los que desempeñen cargo público que lleve aneja jurisdicción;
3. Los funcionarios y empleados de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las municipalidades que devenguen sueldos del Estado o del municipio y el Presidente del Congreso de la República;
4. Los que no hayan cumplido durante un trimestre del año civil, o más, con las obligaciones que impone el Artículo 37 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala: “El notario y los jueces de 1ª. Instancia, cuando estén facultados para cartular, deben cumplir las siguientes obligaciones:
 - a) Remitir al Director del Archivo General de Protocolos, dentro de los veinticinco días hábiles siguientes al otorgamiento de cada escritura pública, testimonio especial en papel sellado del menor valor, con los timbres notariales adheridos de conformidad con la ley. En los departamentos de la República, excluyendo al de Guatemala, el notario podrá entregar dichos testimonios al Juez de 1ª. Instancia, quien extenderá el comprobante respectivo y los remitirá inmediatamente al Archivo General de Protocolos. Cuando se trate de

testamentos o donaciones por causa de muerte, así como sus modificaciones o revocaciones, el testimonio se entregará en plica firmada y sellada por el notario, expresando en la misma, el número de orden, lugar, fecha, hora y objeto del instrumento, nombre del otorgante, así como el número de registro de las hojas de papel de protocolo en el que fue extendido.

- b) Dar aviso dentro del término indicado en la literal anterior, y ante la misma dependencia de la Corte Suprema de Justicia o ante los funcionarios judiciales indicados, según el caso, de los instrumentos públicos cancelados, de los cuales no podrá extender copia o testimonio. El aviso se enviará en papel sellado del menor valor y contendrá el número y la fecha del instrumento cancelado;
- c) Remitir un aviso al Archivo General de Protocolos, o a los Jueces de Primera Instancia, en su caso, dentro de los 25 días hábiles siguientes al vencimiento de cada trimestre de cada año calendario, en papel sellado del menor valor, indicando el número y fecha del último instrumento público autorizado o cancelado, o en su caso que no autorizó ninguno durante el trimestre que corresponda.

Al finalizar el término a que se refiere la literal c) de este Artículo, el Director del Archivo General de Protocolos publicará dentro de los diez días hábiles siguientes a dicho vencimiento, en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación en el país, la lista de los notarios que no hayan enviado la totalidad de los testimonios especiales, y los

avisos a que se refieren las literales b) y c) del presente Artículo. Con posterioridad publicará trimestralmente las listas de los notarios que permanezcan o incurran en esa situación.

Sin perjuicio de la sanción que establece el Artículo 100 de este código, no se venderá papel de protocolo ni especies fiscales al notario que haya dejado de enviar, durante un trimestre del año civil la totalidad de sus testimonios especiales con los timbres notariales respectivos, al Archivo General de Protocolos, o a los Jueces de Primera Instancia, en su caso. Para tal efecto, el Director de dicha dependencia enviará a la Dirección General de Rentas Internas con copia a sus delegaciones departamentales, una lista de los notarios que hayan incurrido en el inciso c) de este Artículo. El notario a quien se le hubiere incluido en la lista referida quedará comprendido automáticamente en el impedimento para el ejercicio de su profesión, establecido en el inciso 4º. Del Código de Notariado tal y como aparece modificado por la presente ley, empero una vez subsanado el impedimento en forma legal, podrá solicitar al Director del Archivo General de Protocolos que se excluya de la lista, quien previa comprobación del caso, hará la comunicación a las dependencias respectivas.

Los empleados de la Dirección General de Rentas Internas o de sus delegaciones departamentales, que vendan papel de protocolo y especies fiscales a los notarios comprendidos en la lista a que se refiere el párrafo anterior, incurrirán en las sanciones que se prevé para el caso de que se venda especies fiscales a personas no patentadas.

El Colegio de Abogados de Guatemala podrá designar a su costa el personal que se considere necesario, para que verifique en el Archivo General de Protocolos, el correcto y exacto pago de timbre notarial en los testimonios especiales y colabore, bajo las órdenes del Director de dicha dependencia, en cualquier labor que tienda al cumplimiento de esta ley y de cualquier otra norma legal o reglamentaria, relativo al Plan de Prestaciones del Colegio de Abogados.

El director del Archivo General de Protocolos microfotografiará los testimonios especiales a que se refiere este Artículo con excepción de los entregados en plica. Las microfotografías referidas tendrán los mismos efectos legales que los testimonios especiales reproducidos.

La Corte Suprema de Justicia reglamentará la forma y requisitos que deben llenar la microfotografía y los demás aspectos de aplicación del sistema microfotográfico por el Archivo General de Protocolos”.

En el primer numeral del Artículo antes citado, se prevé como impedimento para el ejercicio del notariado la existencia de auto de prisión a causa de los delitos regulados que dan lugar a la inhabilitación como lo son la falsedad, el robo, hurto, estafa, quiebra, insolvencia fraudulenta, cohecho e infidelidad en la custodia de documentos, y en los casos de prevaricato y malversación de conformidad con el Artículo 3 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala antes citado.

En lo relacionado a los efectos que se generan debido al motivo del auto de prisión, que consiste en impedimento temporal para el ejercicio de la profesión y la inhabilitación para el ejercicio de la profesión de forma absoluta. Además, existe una gran diferencia de grado bien significativa. Se tiene que tomar en consideración que no tiene igual valor procesal ni jurídico un auto y una sentencia ejecutoriada. El auto de detención es posible dictarlo como una medida precautoria, como efectivamente cabe hacerlo en un proceso penal. Pero, una vez que sea llevado a cabo correspondiente en el proceso, tras el ejercicio del derecho de defensa, es posible que la sentencia final sea absolutoria. Por ende, se difumina la causal para inhabilitar al notario, y solamente existió motivo para el establecimiento de un impedimento temporal, para el ejercicio de la profesión.

Por el contrario, cuando la medida del auto es ratificada en sentencia firme, el notario incurre en la causa de inhabilitación absoluta.

En los numerales 2 y 3 del Artículo citado, se hace referencia al eventual caso de que un notario sea nombrado a los cargos públicos en los cuales exista función jurisdiccional, o bien que se desempeñen a tiempo completo, tanto en el Organismo Ejecutivo como también en el Organismo Judicial y en las municipalidades, es decir que perciban salarios derivados de su desempeñar labores como empleados públicos. Es de importancia tomar en consideración que ello es relacionado a una relación laboral, en particular debido a que actualmente, son diversos los casos en los cuales existe prestación de servicios profesionales, debido a que la remuneración que se percibe no

es la que se comprende con la denominación de sueldo, sino que el concepto es por honorarios, en cuyo caso el profesional del derecho extiende una factura y no tiene impedimento alguno para ejercer de forma libre su profesión.

Adicionalmente a lo anotado, es de interés la limitante que se establece en relación al Organismo Legislativo de ejercer la profesión al presidente del mismo, si es notario, y no a los diputados. En todo caso, si dicha limitación ha sido general para los notarios que se desempeñen en los otros dos organismos del Estado guatemalteco, e inclusive en el ámbito municipal, resulta incomprensible debido a que se establece una excepción discriminatoria en beneficio de los diputados y demás personal que pueda encontrarse laborando en el Congreso de la República de Guatemala y que tuviera la calidad de notario. Ello, desde el punto de vista jurídico, es discriminatorio e inequitativo.

El numeral 4 del mismo Artículo determina un impedimento que cuenta con carácter sancionatorio debido al incumplimiento de una obligación o deber formal del notario dentro del ejercicio profesional, como lo es la remisión de los testimonios especiales al Director del Archivo General de Protocolos.

También, se encuentra prevista una incompatibilidad más en la ley para el ejercicio del notariado, la cual es de carácter particular para los notarios que se desempeñan en instituciones de crédito, en relación a autorizar ellos mismos las actuaciones y los contratos de dichas instituciones.

Ello, se encuentra regulado en el Artículo siete del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala: “Los abogados titulares de las instituciones de crédito no podrán autorizar los documentos en que comparezcan o tengan interés directo dichas instituciones, salvo las actas de sorteo y remate”.

Los casos especiales de las excepciones de la aplicabilidad de los impedimentos para el ejercicio del notariado en Guatemala se encuentran regulados en los siguientes artículos:

El Artículo 5 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Pueden ejercer el notariado, no obstante lo preceptuado en los incisos 2 y 3 del Artículo anterior:

1. Los miembros del personal directivo y docente de la Universidad de San Carlos y de los establecimientos de enseñanza del Estado.
2. Los abogados consultores, consejeros o asesores, los miembros o secretarios de las comisiones técnicas, consultivas o asesoras de los organismos del Estado así como los directores o redactores de las publicaciones oficiales, cuando el cargo que sirvan no sea de tiempo completo.
3. Los miembros del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.
4. Los miembros de las corporaciones municipales que desempeñen sus cargos ad honores, excepto el alcalde.
5. Los miembros de las Juntas de conciliación de los Tribunales de Arbitraje y de las comisiones Paritarias que establece el Código de Trabajo, y los miembros de las

Juntas Electorales y de los Jurados de Imprenta”.

El Artículo 6 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula lo siguiente: “Pueden también ejercer el notariado:

1. Los jueces de Primera Instancia, en las cabeceras de su jurisdicción en que no hubiere notario hábil, o que habiéndolo estuviere imposibilitado o se negare a prestar sus servicios. En tal caso, harán constar en la propia escritura el motivo de su actuación notarial. La infracción de este precepto o la inexactitud de motivo de su actuación como notario, no anula el documento pero sí obliga al juez al pago de una multa equivalente al doble de los honorarios que le correspondieren conforme arancel. La multa será impuesta por la Corte Suprema de Justicia e ingresará a la Tesorería de fondos judiciales.
2. Los cónsules o los agentes diplomáticos de la República, acreditados y residentes en el exterior, que sean notarios hábiles conforme esta ley.
3. Los empleados que están instituidos precisamente para el ejercicio de funciones notariales, las que no podrán ejercer con carácter particular”.

CAPÍTULO III

3. Fe pública

El elemento característico de cualquier forma de fe, se encuentra sustentado en la creencia, o sea; en la convicción relacionada a la existencia de algo. Se trata de una convicción basada precisamente en una ausencia de experiencia directa de relación entre el sujeto y lo que se cree.

3.1. Definición

Para manejar un concepto que sea verdaderamente útil, es necesario el análisis de algunas definiciones que, a nivel doctrinario; han sido propuestas. Entre las mismas se citan las siguientes:

“Fe pública es el imperativo jurídico impuesto por el Estado, vigente mientras no se pruebe su falsedad”.¹⁸

“Fe pública es la creencia legalmente impuesta y referida a la autoría o a determinados actos públicos, o sobre el hecho de haber ocurrido un acontecimiento”.¹⁹

¹⁸ Carnerio. **Ob. Cit.**, pág. 84.

¹⁹ Cabanellas. **Ob. Cit.**, pág. 229.

“La fe pública es el imperativo estatal por medio del cual se establece la obligación para la comunidad, de creer y tener por ciertos y válidos; determinados hechos o acontecimientos”.²⁰

3.2. Fundamento

El fundamento de la fe pública consiste en la necesidad de proveer de certidumbre a los actos que llevan a cabo los particulares, tomando como base la normativa jurídica vigente.

Esa certidumbre, certeza o seguridad jurídica que se logra mediante la fedación que lleva a cabo el notario guatemalteco; cumple además con dotar de prevención en relación al futuro y establecer la prueba preconstituida materializada en el instrumento autorizado por el notario.

A dicho aspecto y necesidad de dotar de certeza a los actos de los particulares, es a lo que se le denomina realización normal del derecho.

En esa realización normal del derecho, no existe litis, sino que se utiliza el derecho sustantivo para proveer, de forma preventiva y con miras al futuro; del instrumento que otorgue seguridad y certeza jurídica desde el presente.

²⁰ Pelosi. **Ob. Cit.**, pág. 86.

La fe pública es esencial, debido a que en la misma radica el deber del Estado, como resguardador de la paz social, de proteger los derechos subjetivos; evitando que surjan contiendas que requieran de la intervención de los tribunales.

Para llevar a cabo la protección, el Estado necesita conocer con certeza todos los derechos sobre los que tiene que ejercerse esa tutela impidiendo que se niegue su existencia y garantizando su efectividad.

3.3. Clases

La fe pública es perteneciente al Estado y es el mismo quien la crea con la finalidad de brindar seguridad jurídica. Esa idea tiene que encontrarse presente al señalar la forma en que se reparte el Estado, entre personas e instituciones; la potestad de fedación.

- a) Registral: se encuentra asignada por el Estado a los registradores en sus diversas manifestaciones, a efecto de que puedan extender los documentos en los que se prueba la inscripción de distintos actos.

- b) Administrativa: es la que asigna el Estado a algunos agentes, funcionarios o empleados públicos, para que puedan certificar, dentro del ámbito de su competencia; determinados hechos o actos que se relacionan directamente con la administración pública.

Esas certificaciones, por obra del reconocimiento estatal a esta clase de fe pública, gozan de credibilidad y autenticidad a nivel de la comunidad.

c) Judicial: es la que reconoce el Estado con relación a los secretarios de los juzgados y tribunales, con la finalidad de que se deje constancia y prueba de las actuaciones que lleva a cabo el juez y de los documentos, pruebas y demás elementos constitutivos del proceso específico de que se trate y que obran en el expediente.

El juez actúa en su función jurisdiccional libremente y con independencia como sujeto activo que decide, ordena, resuelve; acepta o rechaza actos procesales que para el desarrollo e impulso del proceso le atañe conocer en su función. La ley le atribuye la fe pública para que reconozca todo lo que se hubiere actuado en el proceso.

d) Legislativa: es la que corresponde al Organismo Legislativo dentro de su campo de competencia, o sea, para la emisión de leyes. La misma, a diferencia de las demás, se caracteriza debido a que su ejercicio tiene, necesariamente, que llevarse a cabo de manera colegiada.

e) Extrajudicial o notarial: en las anteriores clases de fe pública, se evidencia un limitado ámbito de competencia para el ejercicio de la misma. El Estado en su función regulatoria del reconocimiento de las personas que gozan de la facultad de ejercer la función fedante, ha delegado en el notario los más amplios poderes; desde el punto de vista del campo de aplicación en donde puede actuar.

“La fe pública notarial consiste en la potestad de asegurar la verdad de hechos y de actos jurídicos que constan a quien la ejerce, o sea al notario, y que en virtud de sus aseveraciones; serán tenidos por auténticos mientras no se demuestre judicialmente su falsedad”.²¹

En principio, la fe pública no opera sobre el derecho objetivo, sino sobre el hecho. Además, los hechos sobre los cuales opera, son solamente aquellos que originan derechos subjetivos y no los que engendran principalmente sanciones u obligaciones.

El hecho de que la fe pública notarial no opere sobre hechos que engendren sanciones u obligaciones, separa y distingue la prueba judicial y la prueba de las operaciones de documentación y registro de los organismos administrativos, o sea de la prueba notarial; que es una prueba preconstituida.

3.4. Garantía de autenticidad y legalidad

La complejidad de las relaciones sociales y económicas, en comunidades caracterizadas por relaciones interpersonales que se encuentran debilitadas por la convivencia masiva en espacios que no aseguran el conocimiento directo de las personas, así como el nivel de desarrollo del negocio jurídico, son factores que a lo largo del tiempo, han determinado la consolidación de la fe pública notarial, como una

²¹ **Ibid**, pág. 98.

necesidad de proveer de certeza o seguridad a los instrumentos que autorice el notario en la prestación de sus servicios para asuntos de los particulares.

“Ni las leyes, ni las sentencias judiciales, ni los documentos notariales podrían tener eficacia ante la sociedad organizada, si a cada momento pudiera ponerse en duda la legitimidad o autenticidad de su contenido”.²²

La fe pública notarial goza de la presunción legal de veracidad, consiste en la verdad legal que se encuentra respaldada por el Estado, tomando en consideración a la persona que ha realizado la fedación, o sea, respecto a quien ha impreso, con su firma y sello; la autenticación al documento sometido a la intervención profesional del notario guatemalteco.

El respaldo legal a la fe pública notarial, está contenido en el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil: “Los documentos autorizados por notario o funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redarguirlos de nulidad o falsedad”.

Dentro de la norma transcrita, se reconoce la autenticidad, o sea, el merecimiento de la fe que recae en el documento, en virtud de la autorización notarial para llevar a cabo la fedación.

²² Salas. **Ob. Cit.**, pág. 69.

De forma adicional, también se reviste de absoluta legalidad el documento que se encuentra autorizado por el Notario, al reconocerle la calidad de plena prueba, o sea; que cuenta con valor procesal.

Ese valor procesal, no tiene que encontrarse sujeto a revisión ni demás requisitos como ratificación o calificación previa, para que sea admitido como un medio de prueba legalmente válido, y suficiente a sí mismo para ser presentado de forma directa y sin intervención alguna ante un órgano jurisdiccional; salvo el derecho de las partes de probar su nulidad o falsedad.

La fe pública otorgada al instrumento notarial es circunstancial, y fortalece dicho instrumento dándole las características de prueba documental y pública e indubitable mientras no se pruebe lo contrario.

La base legal para ese revestimiento de fe pública en las actuaciones profesionales del notario, autorizada y reconocida por el Estado, se encuentra regulada en la legislación notarial en donde se regula que el notario tiene fe pública para autorizar y hacer constar los actos y contratos en los que intervenga por disposición de la ley; o a requerimiento de parte.

Por ende, los documentos notariales otorgados de conformidad con la ley o a requerimiento de parte, de conformidad con la legislación notarial, en donde consten y se autoricen actos y contratos, gozan de la legalidad necesaria y de conformidad con el

Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil antes citado, producen fe y hacen plena prueba.

3.5. Campo de aplicación de la fe pública

El ámbito de aplicación de la fe pública se extiende prácticamente a todas las materias del derecho. De esa forma, los actos, negocios, hechos y documentos de los particulares son constitutivos de la materia de interés inmediato; sobre los cuales se ejercita la fe pública.

En relación a los intereses gubernamentales, y del Estado, la función notarial se encuentra limitada, debido a que el único notario que puede faccionar instrumentos en los que el Estado y sus dependencias sean parte es el Escribano de Gobierno, quien se encuentra adscrito al Ministerio de Gobernación es nombrado por el Presidente de la República de Guatemala.

3.6. Requisitos

Para que la fe pública pueda ejercerse válidamente y apegada al derecho, tienen que existir determinados requisitos o condiciones mínimas. En virtud de la responsabilidad que supone el ejercicio de la fe pública notarial el profesional tiene, tanto por consideraciones legales y éticas, cuidar que exista ese mínimo de condiciones y

supuestos; debido a que de lo contrario pueden llevarlo a incurrir con facilidad en responsabilidad.

Esos requisitos mínimos tienen que darse para el ejercicio de la función fedataria, tanto desde el punto de vista legal como doctrinario, y son la evidencia; la objetivización y la simultaneidad.

a) Evidencia: el notario, para ejercer su función fedataria, tiene que establecer correspondencia entre el autor del acto jurídico, que es el cliente a quien presta sus servicios, y el instrumento notarial.

El notario, dentro de su función puede narrar los hechos que le son propios, como sucede en el caso de las actas notariales o cuando se extienden testimonios, y también puede constatar hechos que le sean ajenos; y que se suceden en virtud de la voluntad de las partes de manera unilateral o bilateral.

Realmente el requisito de evidencia se cumple cuando el notario da fe de que tuvo a la vista los documentos descritos en la escritura pública, así como también en la identificación de las personas por los medios legales o bien cuando deja constancia de que tiene conocimiento de las personas que intervinieron en el acto o contrato, cuando hace constar que se dio lectura y se procedió a explicar el contenido del instrumento y el otorgamiento; lo cual se traduce fielmente en la voluntad de las partes o requirentes.

b) **Objetivación:** es la relativa a que todo aquello percibido por el notario, y que tenga relación directa y trascendencia para el acto; tiene que plasmarse y materializarse en un instrumento por medio de la forma escrita.

En relación a esa forma escrita, tiene que tomarse en cuenta que puede darse mediante los distintos instrumentos que autoriza el notario, pero preferentemente desde el punto de vista del ejercicio de la fe pública; y que es referente a la escritura matriz.

En Guatemala se acepta el faccionamiento de otros documentos llamados extraprotocolares, y que no se conservan en el protocolo, tales como las actas notariales, las actas de legalización de firmas y las de documentos; y los expedientes de tramitación de asuntos de jurisdicción voluntaria.

En la objetivización, tiene que tomarse en consideración lo establecido como formalidades para el faccionamiento del instrumento de que se trate.

c) **Simultaneidad:** también se le denomina coetaneidad y consiste en la necesidad de que la narración de lo que el notario percibe, se relacione con la plasmación que ocurre en el instrumento notarial y en el otorgamiento sucedan o se den en forma inmediata; en un mismo acto.

Ello no quiere decir que el notario tenga que atender y concluir con los asuntos que se le presentan en un mismo día, sino más bien que la percepción, materialización y

otorgamiento, que se da mediante la aceptación, ratificación y firma del instrumento, son eventos que tienen que concatenarse de forma que ocurran uno a favor del otro; dentro del menor tiempo posible.

En términos de los principios que regulan el derecho notarial, se trata del principio de unidad del acto. Las ventajas que ello comporta, son evidentes, debido a que de esa forma; es posible logra la tan buscada certeza o seguridad jurídica.

En la legislación guatemalteca, la expresión más clara de esta característica para el ejercicio de la fe pública, se encuentra prevista en los requisitos para el otorgamiento de los testamentos y de donaciones mortis causa, tal y como lo regula el Artículo 956, segundo párrafo del Código Civil:

“El notario redactará el testamento, y procederá a su lectura en presencia de los testigos, en un solo acto y sin interrupción, llenando los demás requisitos que para el efecto exige el Código de Notariado”.

3.7. Tipos

La posibilidad del ejercicio de la fe pública se presenta de dos formas: originaria y derivada.

- a) Originaria: existe cuando el acto o hecho sobre el cual recaerá la fe pública notarial, ocurre con base en la percepción sensorial directa del notario.

- b) Derivada: en este tipo de fe pública, el profesional dará fe con relación a los hechos, o bien documentos que tienen origen en otras personas. Por ende, la autoría no se le puede atribuir al notario debido a que en el hecho o documento el mismo no tuvo intervención directa para que naciera a la vida jurídica.

CAPÍTULO III

4. La función notarial y la seguridad jurídica

Función es el desempeño de empleo, cargo, facultad u oficio. Cuando se hace referencia a la función notarial, se mencionan las facultades, atribuciones, cometido y finalidad del ejercicio de la profesión del notario, o sea, cuáles son las actividades profesionales del notario guatemalteco para cumplir con su finalidad. En la función del notario se comprende qué es lo que hace y para qué lo hace.

“La actividad del notario es aquélla que consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes, preparar, redactar, certificar, autorizar, conservar y reproducir el instrumento”.²³

Pero, el conjunto de actividades técnicas con las cuales cumple el notario, para poder llevar a cabo su función, tienen que encontrarse caracterizadas por un contenido ético y moral, que va más allá del simple desempeño mecánico de lo que es su quehacer. En dicho sentido.

“La función notarial, aunque diversa en sus modalidades prácticas, según los diversos ordenamientos civiles de las comunidades, tiene su intrínseca razón de ser en la sociabilidad y solidaridad humana, la cual exige plena seguridad en la formación de las

²³ Muño, Nery. **Introducción al estudio del derecho notarial**, pág. 26.

relaciones de derecho, exacta constatación de los hechos y de los actos jurídicos y fiel conservación y pública disponibilidad de sus pruebas, como condiciones para la actuación y preservación del orden civil y social en la armonía de la justicia”.²⁴

La función notarial consiste en la autorización de escrituras, tomando en consideración las siguientes características: autenticidad, fuerza probatoria y ejecutoriedad. Pero, también tiene que tomarse en consideración que el notario se encarga de faccionar actas notariales, razones de legalización de firmas, auténticas de firmas y de documentos, así como protocolaciones, entre otros instrumentos jurídicos.

“Los aspectos que comprende la función notarial son los siguientes:

- a) Recibir e interpretar la voluntad de las partes, es decir, la función directiva o asesora;
- b) Dar forma legal a la voluntad de sus clientes, llamada fase modeladora o formativa y legitimadora;
- c) Autenticar, es decir, la fase autenticadora, en que el notario debe ejercitar la fe pública ante los hechos o actos jurídicos ocurridos en su presencia.
- d) Es un auxiliar de los registros, debido a que en los actos y contratos que autoriza que incidan en modificaciones en los registros, tiene el deber de remitir los avisos oportunos para que se realicen las correspondientes anotaciones.
- e) Controla la legalidad de los actos y contratos que autoriza.

²⁴ Martínez Segovia, Francisco. **La función notarial**, pág. 35.

- f) Interpreta las normas, a efecto de poder plasmar la voluntad de las partes”.²⁵

4.1. Diversas teorías que explican la función notarial

Dentro de la legislación de Guatemala, la explicación de la naturaleza de la función notarial, de forma tradicional se ha llevado a cabo con fundamento de la existencia de tres doctrinas de esencial importancia, siendo ellas las que a continuación se explican para su mejor comprensión:

- a) Doctrina funcionarista: de conformidad con la misma, la función que lleva a cabo el notario se cumple en nombre del Estado. Además, no se puede comprobar fácilmente que esta función pública originalmente se encontró a cargo de funcionarios del Estado y que posteriormente éste la delegó en los notarios.

En dicho sentido, han sido de importancia las aportaciones relacionadas a las posiciones doctrinales para el encuadramiento de la función notarial, tomando en consideración esta doctrina.

En la misma, la función notarial forma parte de la administración o poder ejecutivo del Estado, a efecto de contribuir a la realización pacífica del derecho, con lo cual se asemeja a un servicio público la función notarial.

²⁵ Salas. **Ob. Cit.**, pág. 50

- b) Doctrina profesionalista: para esta doctrina, el aspecto esencial que caracteriza la naturaleza jurídica de la función notarial, se encuentra en qué, quien la desempeña es un profesional y técnico del derecho. Por ende, rechazan el planteamiento de que el elemento primordial de la función notarial se encuentre en que se actúa por delegación del Estado.

Para los mismos la actividad autenticadora y certificante no es pública, sino que consiste en un quehacer de índole profesional y técnico.

- c) Doctrina ecléctica: el notariado es considerado como una profesión. Si bien, como sucede en la legislación guatemalteca, al notario se le puede reputar como funcionario público, y su responsabilidad legal en las actuaciones profesionales lo hace ser considerado como funcionario. El ejercicio de su profesión depende de la obtención del título correspondiente y de los requisitos habilitantes. En Guatemala se le priva este planteamiento ecléctico, de conformidad con el cual legalmente se reputa como funcionario público al notario, pero los requisitos habilitantes y la legitimación necesaria se obtiene de forma especial mediante el título facultativo.

Para conocer y comprender claramente la función notarial, es esencial profundizar en la determinación de qué hace el notario y para qué lo hace, debido a lo cual se exponen las siguientes teorías que han sido planteadas a nivel doctrinario y son las siguientes:

- Teoría de la jurisdicción voluntaria: en la actualidad se plantea equivalencia entre los términos de función notarial y jurisdicción voluntaria. La función notarial, consiste en la potestad de la Corte Suprema de Justicia y de los jueces y tribunales en Guatemala y se caracteriza por su imperio de ley. El notario, ejerce jurisdicción desde le punto de vista de la acepción que se le dió al término en el derecho romano, la cual era consistente en imprimir forma y fuerza jurídica a los actos y manifestaciones consensuales o unilaterales de la vida privada en donde no existe controversias entre las partes.

“Con la potestad que se le asigna al notario, se pueden sancionar derechos, imponer la fe pública y autoridad documental, para lo cual concurre un proceso de adición de fe oficial a una labor jurídico profesional y, de manera importante, lograr la certeza jurídica entre particulares”.²⁶

En la sociedad guatemalteca, como elemento en beneficio de esta teoría, es posible el planteamiento relacionado con que la función jurisdiccional se ejercita de forma conjunta, tanto por los jueces como por los notarios. Tomando en consideración las particularidades de la legislación en cada país, en Guatemala coexiste la jurisdicción voluntaria para determinados asuntos, como competencia compartida entre los jueces y los notarios, por lo que queda a elección de los clientes, ante quien quieran acudir.

Los resultados de la tramitación, es decir, si es de conocimiento del juez o del notario,

²⁶ Avila Álvarez, Pedro. **Estudios de derecho notarial**, pág. 22.

son iguales, debido a que no son productores de efectos de cosa juzgada, y no se encargan de la resolución de las sentencias, pero si se encargan de la provisión de certeza jurídica y a partir de las resoluciones que sean dictadas devienen resultados dentro del ámbito jurídico de interés para las personas que promueven los asuntos.

- Teoría de la función legitimadora: consiste en que a los derechos se les tiene que otorgar corporeidad, mediante la cual se señale su existencia, lo cual en la actualidad es conocido como función legitimadora y por ende tiene que existir una función o jurisdicción que responda a esa representación externa de los negocios jurídicos. Dicha función la cumple el notario como magistrado de la paz jurídica, debido a que su función se orienta a la justicia reguladora, a diferencia de la de los jueces, que es de índole reparadora.

Se le otorga autonomía a dos aspectos de importancia de la función notarial como lo son la forma y la prueba. La institución notarial tiene como finalidad exteriorizar la representación de los derechos privados en la normalidad y sin contienda.

- Teoría de la fe pública: consiste en la concepción tradicional relativa a la función notarial. Es la teoría de la prueba preconstituida, de conformidad con la cual se establece que es la teoría de la prueba preconstituida, de conformidad con la que se coloca en una postura favorable al pretensor en una eventual litis que puede ocurrir en el futuro y, desde dicha perspectiva, consiste en la razón de ser de la función notarial.

La presunción de veracidad legal de los instrumentos autorizados por el notario es tan importante, que se consagra en los ordenamientos jurídicos del país. Pero, la teoría de la fe pública, con toda la importancia e innegable fundamentación para el quehacer del notario, no es, con todo, el único alcance con el cual cuenta la función notarial.

- Teoría de la forma: la forma es constitutiva de uno de los fines del derecho notarial. Dicho término puede entenderse desde diversos puntos de vista, uno de ellos es el referente a la manera de hacer constar por escrito los negocios jurídicos, tomando en consideración que dicha forma tiene que constituir una condición o un requisito de existencia, o bien, de validez. También, la forma es de vital importancia aun cuando la misma sea potestativa para los particulares el hacer utilización de la misma mediante la función notarial, y también cuando la finalidad que se busca consiste en la constitución de un medio de prueba. La función notarial no puede quedar reducida al problema de la forma. Además, la misma, legitima la presunción de veracidad y el carácter tanto técnico como jurídico que le imprime la intervención del notario como profesional del derecho, lo cual también abarca la calificación de legalidad, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente en Guatemala, por parte del notario.

“En los comienzos de este nuevo siglo, las tendencias y expectativas de cómo haya de sufrir transformaciones e innovaciones esta rama jurídica también traen nuevos elementos enriquecedores que les permiten adaptarse al acelerado dinamismo actual. Quizá un ejemplo de ello, ha ocurrido recientemente con ocasión de que en el Código

Penal guatemalteco se acepta, con la intervención del notario, que mediante su función puede aplicarse una medida sustitutiva del arresto domiciliario”.²⁷

Dicha permeabilidad de otras disciplinas jurídicas, consiste en un atisbo de la forma en la cual puede llegar a ampliarse la aplicación del derecho notarial, al existir la voluntad de eficacia y eficiencia en la prestación del servicio justicia y de paz social en Guatemala.

4.2. Encuadramiento de la función notarial

La delimitación del ámbito en el cual el notario puede ejercer su profesión es esencial. A pesar de que en el país, la profesión liberal por excelencia se encuentra representada por la del abogado y notario, ello no quiere decir que puedan presentarse diversas variantes sobre la forma en la que efectivamente se ejercite la profesión.

- a) En la actividad del Estado: un demandante de los servicios profesionales que presta el notario, así como también el abogado, se encuentra bajo la representación del Estado, en sus diversas manifestaciones, o sea, tanto en la forma de gobierno central como también de gobierno local o municipalidad.

También, los otros organismos del Estado, tanto el Legislativo como el Judicial, demandan la existencia de servicios del notario, aunque su doble calidad de abogado y

²⁷ **Ibid**, pág. 30.

notario.

Cuando exista un notario que presta sus servicios profesionales en alguna dependencia del Estado a tiempo completo, en lo relacionado con la dependencia, o sea, como empleado, entonces se ve inhabilitado de continuar con el ejercicio de su profesión por cuenta propia.

También, las funciones que puede desempeñar el notario son bastante limitadas, debido a la existencia en el Organismo Ejecutivo de la figura del Escribano de Gobierno, quien por ley se encuentra llamado a la autorización de los contratos en los cuales tenga intervención el Estado como parte.

Pero, en la práctica notarial del país, dicho precepto que prohíbe la autorización de contratos del Estado por parte de notarios particulares ha sido en variadas ocasiones violado, en una práctica favorecedora ante todo, del enriquecimiento de pariente, colegas y amigos de funcionarios que se encuentran de turno en el ejercicio de la función pública.

La función que el notario guatemalteco lleva a cabo dentro de la administración pública, o en los diversos entes descentralizados y autónomos, es de asesoría, emisión de opiniones y dictámenes, así como también se encarga de coadyuvar al control de la legalidad. Es bastante difícil la existencia de una institución pública en la cual no exista un asesor legal que reúna la condición de abogado y notario.

En Guatemala se dictó la norma que establecía la obligatoriedad de que los Registradores Civiles en las municipalidades, tenían que ser Abogados y Notarios, colegiados activos, pero la realidad financiera de las municipalidades, hizo que se modificara el alcance de la norma, dejándolo establecido como una posibilidad solamente, por lo que el precepto, a pesar de lo conveniente y oportuno que hubiera sido a favor de la profesionalización y tecnificación en dichas dependencias municipales y coadyuvado a la legalidad y certeza jurídica nacional, solamente plantea lo deseable en la medida que los recursos lo permitan. El Artículo 373 del Código Civil regula: “Función municipal. Los registros del estado civil se llevarán en cada municipio y estarán a cargo de un registrador nombrado por el Consejo Municipal.

En los lugares en donde no sea necesario el nombramiento especial de Registrador, ejercerá el cargo el Secretario de la Municipalidad.

En la capital y, cuando fuere posible, en las cabeceras departamentales, el Registrador Civil deberá ser abogado y notario colegiado activo, siendo de reconocida habilidad para el ejercicio de su profesión, guatemalteco natural y de reconocida honorabilidad e idoneidad.

En los lugares en donde no sea necesario un nombramiento especial, ejercerá el cargo el Secretario de la Municipalidad.

En la capital y, cuando fuere posible, en las cabeceras departamentales, el Registrador

deberá ser abogado y notario, colegiado y hábil para el ejercicio de su profesión.

En todo caso, para el desempeño del cargo es indispensable ser guatemalteco natural y persona idónea y de reconocida honorabilidad”.

b) En el ejercicio de la profesión liberal: consiste en que el profesional labora de forma independiente, prestando sus servicios a los particulares y pactando de forma libre las condiciones relativas a la contratación de la asistencia que tiene que prestarles.

“Al momento de emitirse en el país, el Código de Notariado en 1947, existían tan pocos notarios, que mediante reforma oportuna, se autorizó que los jueces de primera instancia pudieran bajo ciertas condiciones y al no haber suficientes notarios en su departamento, prestar los servicios notariales a la población. Sin embargo, en la actualidad esta situación ya no se presenta, por lo que existe prohibición expresa para que los jueces y magistrados puedan prestar sus servicios a los particulares”.²⁸

Pero, dicha aparente suficiencia de oferta de servicios profesionales para las personas en todos los departamentos de la República, es innegable señalar que, para un significativo sector de la población, la accesibilidad a una adecuada asesoría profesional, legal y técnica resulta muchas veces prohibitivo por no poder cancelar el correspondiente precio. Es por ello que en Guatemala, los particulares resultan una

²⁸ Gracias. **Ob. Cit.**, pág. 64.

presa fácil de los tramitadores y resto de sujetos que, sin reunir las calidades del caso, se encargan de asesorar y sorprender a las personas con servicios improvisados.

En todo caso, el ejercicio del notariado presume una vocación social de servicio y una proyección hacia la comunidad, ante dicha realidad, es valiosa la proyección de las universidades guatemaltecas hacia la población mediante los bufetes populares.

Pero, a pesar de la competencia desleal que pueden considerar algunos notarios, es fundamental ampliar los servicios aún más en materia notarial, en particular hacia la población de escasos recursos.

Es esencial tomar en consideración en materia del ejercicio liberal de la profesión, que las tarifas de cobro establecidas por prestación de servicios, se encuentran contenidas en el Código de Notariado a partir del Artículo 109. Dicho arancel, a pesar de su vigencia y del mandato del Código de Ética Profesional, no siempre se respeta, en particular debido al ejercicio de competencia desleal entre colegas, lo que en la mayoría de ocasiones conlleva al establecimiento de tarifas no acordes.

c) En el ejercicio mixto de la profesión: otra de las alternativas para el ejercicio del notariado, es la consistente en que el profesional del derecho pueda desempeñarse laborando tanto para una dependencia del Estado guatemalteco durante medio tiempo o tiempo parcial, o sea, durante un período inferior a la jornada normal de trabajo de ocho horas, y, a la vez, se desempeñe por cuenta propia ofreciendo sus

servicios en un bufete.

Dicha situación sucede cuando el profesional se desempeña prestando servicios de asesoría o de consultoría en alguna dependencia pública, pero solamente durante algunas horas del día.

También, tiene que tomarse en consideración dentro de la alternativa anotada, la posibilidad de que el notario se desempeñe como docente. En el caso de que la docencia se lleve a cabo en un centro universitario privado no existe problema alguno de que se le pueda inhabilitar para el ejercicio profesional.

La docencia universitaria no es incompatible ni constitutiva de causa de inhabilitación o impedimento alguno para el ejercicio profesional del notario guatemalteco. Dicha autorización de servir mediante la docencia, también es aceptada en el caso de los notarios que desempeñan sus labores en el Organismo Judicial, y para las otras limitantes que existen para los funcionarios públicos.

De forma independiente de cuales puedan ser las preferencias y oportunidades que se presentan para el ejercicio de la profesión, es esencial tener presente que el desempeño dentro de la administración pública es una materia de importancia en sus distintas vertientes.

En el país son bien pocos los Abogados y Notarios que tienen conocimiento relacionado

con las especificidades de la administración pública, en sus diversas ramas. Dicho vacío, desafortunadamente, se debe a que no existe dentro de la administración pública un estatus definido para el servidor público que le permita realizar carrera.

Por ende, en la mayoría de ocasiones se evidencia, de forma especial en las transiciones administrativas gubernamentales, el cambio por motivaciones políticas y por la imposición de nuevos servidores, quienes, en principio, llegan a improvisar y a aprender las especificidades, a base de pruebas de la administración pública.

4.3. Actividades que desarrolla el notario

Es esencial la función técnica y actuación jurídica que realiza el notario en la prestación de sus servicios profesionales y que, en última instancia, tiene que materializarse en un instrumento público o en un documento con autorización notarial.

Por ende, es indispensable tener en cuenta las actividades que están referidas en relación con el notario y con las personas que requieren sus servicios, o sea, los clientes, en cuanto a la actividad que realiza para llegar a materializar la voluntad de las partes en congruencia con el ordenamiento legal vigente y, en algunos casos, también con el ejercicio de la fe pública que el Estado le reconoce expresamente en los instrumentos que autorice.

a) Función receptiva: la misma sucede en el momento en el que el notario es

requerido para la prestación de sus servicios a las personas particulares. La persona o personas particulares que concurren a la presencia del notario, en primer lugar, tienen que proceder a la manifestación de cuál es su interés y motivación legal, el asunto, el objeto de su petición, y sobre el que desean se lleve la función notarial para hacerla constar por escrito, a través de la forma legal respectiva.

En la función receptiva llevada a cabo a través del notario en su quehacer profesional frente al cliente, tiene que escuchar de forma atenta todas las circunstancias, antecedentes y hechos que las partes le transmiten de manera verbal. De forma adicional, dependiendo de cuál sea el asunto legal que se trate, es posible también que además de las manifestaciones de tipo verbal, se le puedan presentar también todo tipo de documentos, así como también el ofrecimiento de referencias y declaraciones de terceras personas.

Dicha función, se denomina la primera fase en la constitución de lo que después será el instrumento público o el documento notarial, y que constituye la base, el cimiento, la génesis sobre la cual se erigen todas las demás funciones que tiene que llevar a cabo el notario.

En la misma, el notario observa y percibe todos los elementos aportados por el cliente, sin la emisión de su parte de un juicio lógico ni calificación alguna, sin pronunciarse, limitándose a recabar toda la información y los antecedentes que sean necesarios.

Para la función receptiva, frente al profesional del derecho se debe tener la actitud que se tiene frente a un confesor, con el matiz de que está referido a asuntos legales, pero que muchas veces también adquiere una connotación personal e íntima, sobre las declaraciones que se reciben de los clientes.

Por ello mismo, es de importancia el factor confianza que tiene que privar la relación notarial con el cliente. Dicho elemento se encuentra reforzado, por el aspecto del secreto profesional, que, con fundamento legal, representa una garantía para el cliente sobre cómo sus asuntos serán mantenidos en privacidad y la información será utilizada con la discreción del caso.

En la función en estudio la persona o bien las personas, manifiestan su deseo de creación, modificación o extinción de alguna relación de derecho, o su voluntad de tramitar o diligenciar determinado asunto.

La creación, modificación o extinción de una relación de derecho, es referente a un negocio jurídico. El trámite del asunto, abarca los aspectos de jurisdicción voluntaria, para los cuales se encuentra autorizado el notario para impulsar. Y, en lo relacionado al diligenciamiento, puede consistir en un acto material, como el relacionado con la notificación a una persona de determinado acto procesal.

b) Función asesora: también se le denomina directiva, y es aquélla que sucede una vez superada la función receptiva, entonces el notario tiene que proceder a llevar a cabo

la función en mención. Después de haber recibido toda la información relativa al asunto objeto de interés del cliente o de los clientes, así como la intención y voluntad que les anima, el notario, haciendo uso de su preparación jurídica y técnica, procede a orientar a sus clientes.

Dicha orientación antes anotada se realiza, con fundamento en el conocimiento del ordenamiento jurídico y en relación con la voluntad de los clientes. En la misma es en la que se da a conocer tanto la información profesional del notario, así como su experiencia, de conformidad con lo que puede ofrecer las alternativas correspondientes para que se haga realidad la llamada fase normal del derecho. En ella, las personas, valiéndose del orden jurídico vigente, acuden ante el notario para que las oriente y presente las mejores posibilidades para llevar a cabo realidad los cambios actuales de las cosas, de conformidad con su voluntad y deseo.

Todos los antecedentes, información, documentación y el resto de los elementos provistos durante la fase de recepción, son de utilidad para operar la transformación y el cambio que se busca en la realidad. Es por ello, que con esta fase se comienza el afinamiento y la transformación final que se busca lograr con todos los elementos aportados y la voluntad expresada ante el notario.

Por ende, el notario, se encarga de la presentación de las distintas alternativas que, desde el punto de vista legal, tanto adjetivo como sustantivo, se presentan como posibilidades e idóneas frente al asunto sometido a su consideración. Sobre cada una

de las opciones se tiene que anotar sus ventajas y desventajas, así como también su grado de certeza y seguridad. Con todo ello, el notario ha dejado de ser un sencillo receptor pasivo de la información frente a los clientes, para encargarse de adoptar una función dinámica y activa, en la cual dirige y asesora sobre las distintas posibilidades servidas a consideración del cliente, dejando libertad al cliente para que tome las decisiones finales relativas a los elementos legales.

En algunas ocasiones, la función directiva y asesora del notario se cumple de forma inmediata y sin demora. En tanto que en otras ocasiones, debido a la naturaleza del asunto sometido a su consideración, se necesita de algún tiempo para el estudio y análisis de la información y proposición de lo que se considera la mejor alternativa.

En esta fase se evidencia un doble rol en la función que cumple el notario. Por un lado, no solamente debe tener conocimiento del ordenamiento jurídico vigente sino que tiene que respetarlo, por lo que su propuesta debe estar encuadrada dentro de ese marco referencial, so pena de que incurra en responsabilidad. Por el otro lado, en la propuesta o gama de proposiciones, que se presenten a los clientes, se tiene que observar lealtad a los mismos. Los dos aspectos se orientan a la responsabilidad personal del notario en el ejercicio de su profesión, y a los valores éticos que tiene que observar en su quehacer profesional.

c) Función receptiva: Prevenir es disponer con anticipación, precaver, prever, avisar, informar avisar.

A través de la función notarial preventiva, el notario se encarga de cumplir con la función preventiva, cumpliendo con el deber de anticiparse al futuro sobre las posibles consecuencias que se generarán con el documento o instrumento público que autorice, en las distintas circunstancias que ello generará para los clientes e inclusive frente a terceros, así como también otras obligaciones y deberes.

El notario lleva a cabo una calificación legal a la documentación que se le presenta sobre la propiedad de bienes, o bien, la forma como se acredita la representación de un menor de edad o de representación de un mandatario para la disposición de bienes de un mandante. El Estado le confía esa función preventiva al notario, lo que es representativo de un deber, con lo cual es posible la afirmación que se evitan imprevistos para el futuro y se provea también de seguridad para el mañana. Para ello, el notario debe llevar a cabo sus actuaciones con responsabilidad.

Adicional a ello, se tiene que tomar en consideración que, desde el punto de vista adjetivo, se ha establecido como una característica de los documentos autorizados por notario la virtud de constituir prueba para el futuro, o bien, que representan la prueba preconstituida reconocida dentro del ordenamiento jurídico sobre los documentos autorizados por notario.

El documento autorizado por un notario se caracteriza debido a que los efectos del mismo no se proyectan ni tampoco se extinguen en el presente, sino que devienen más

allá inclusive de la vida misma de las partes y del notario, por lo que todo ello tiene que considerarse y cumplirse como una de las funciones primordiales del quehacer notarial.

d) Función legitimadora: legitimar quiere decir justificar o probar la verdad de una cosa o la calidad de una persona de conformidad con las leyes.

“Legitimación es la reunión por una persona de los elementos necesarios para ser parte de una relación jurídica determinada, como ser el ejercicio de un derecho, atribución o facultad”.²⁹

Todas las personas cuentan con capacidad, la cual a su vez, se manifiesta en capacidad de goce y en capacidad de ejercicio. Una persona puede contar con capacidad, completamente reconocida y no encontrarse legitimada para una relación jurídica.

Una persona puede acudir a un notario con la finalidad de donar un bien inmueble en beneficio de otra. Ese derecho facultativo se encuentra completamente reconocido dentro del ordenamiento legal y ello no contraviene el orden legal vigente en Guatemala.

Pero, para que la donación pueda realizarse tienen que concurrir determinadas circunstancias. Una de las mismas es la consistente en que la persona que desea

²⁹ Cabanellas. **Ob. Cit.**, pág. 284.

realizar la donación, como supuesto legal, tiene que ser el legítimo propietario del bien en cuestión, debido a que nadie puede disponer sino de lo que le pertenece.

De esa forma, la función legitimadora que lleva a cabo el notario dentro de su quehacer profesional, consiste en comprobar que la persona que solicita sus servicios para un determinado asunto se encuentra justificada legalmente para llevarlo a cabo, o sea, que se encuentra en la posición legal necesaria para dicho objetivo.

e) Función modeladora: una de las finalidades supremas del derecho notarial es la consistente en alcanzar la forma idónea desde el punto de vista legal del documento. Pero, para llegar a dicho extremo material, es fundamental que, de forma previa, se lleve a cabo la función creadora, la cual es correspondiente al notario, para el encuadramiento de forma armónica, la legalidad y la voluntad de las partes, de una sincronía que aspira a ser perfecta.

Esta función, se caracteriza porque acusa signos distintivos, personales, propios de cada notario, y trasciende más allá de los elementos de legalidad y técnica. A través de la función modeladora el notario, en un acto creador personal y singular, se encarga de la traducción de todos los elementos fácticos, circunstanciales, y de la realidad que le han sido presentados, en armonía con el ordenamiento jurídico, en un documento que patentiza también la formación personal, el conocimiento del idioma, el estilo de redacción, la precisión terminológica y el resto de elementos que responden al complejo natural del cual se encuentra revestido el notario. En un mismo hecho, acto o negocio

jurídico, con todos sus elementos, dará por resultado, si se presenta a distintos notarios, un documento que reunirá de forma significativa el desarrollo de la precisión y el afinamiento conceptual y terminológico que se le pueda dar.

“Es evidente que cada notario, de acuerdo a su experiencia y preparación irá desarrollando un estilo propio, una técnica de trabajo personal, una forma particular inclusive de relacionarse con sus clientes y de responder, de la mejor manera posible, a las necesidades e intereses de las personas que solicitan sus servicios. Estos aspectos, que pueden parecer subjetivos e intrascendentes, constituyen en realidad, en conjunto, el elemento diferenciador para que los particulares establezcan una relación de confianza, credibilidad y seguridad en la relación que mantienen con un notario, al punto de llegar a constituirse en la nota distintiva que define la preferencia que se pueda tener entre optar por los servicios de uno u otro profesional”.³⁰

La función modeladora es esencial, debido a que mediante la misma se demuestra la respuesta específica que el profesional proporciona a sus clientes en sus necesidades y llega a encontrarse sustentada en la confianza de la capacidad del profesional. Es por ello que, el notario no puede delegar dicha responsabilidad legal en otra persona, debido a que existen quienes creen que es posible trabajar y satisfacer las necesidades del cliente con modelos preelaborados en forma indiscriminada para atender los asuntos de los clientes, lo cierto es que un desempeño profesional de esa naturaleza desvirtúa la función notarial. La misma tiene que encontrarse sustentada de forma

³⁰ Pérez. **Ob. Cit.**, pág. 75.

precisa en la intermediación, en la atención personalizada y no en la producción de una serie mecanizada de los documentos notariales.

En la práctica profesional del país se evidencia, con bastante frecuencia, que el trato a los clientes se limita a la exposición de sus necesidades a las secretarías, asistente o procuradores, al punto de que la función notarial termina siendo encomendada a este personal, qué, con todo y lo importante que pueda ser en una notaría, no tienen la preparación para suplir o sustituir los deberes ni las actividades que le son inherentes al notario.

Desde el momento en el cual el notario delega sus funciones en personal de apoyo, al punto mismo de que nunca llega a conocer al cliente, la función que lleva a cabo se desvirtúa por completo y se asemeja más a la función jurisdiccional en la cual la intermediación del juez es una quimera, y las decisiones se encuentran influenciadas, cuando no determinadas, por todas las personas, menos por el notario.

f) Función autenticadora: autenticar jurídicamente equivale a legalizar, a acreditar que la cosa de la que se trata es auténtica.

“Auténtica es la copia de un documento con firma de quien tiene fe pública”.³¹

La fe pública enfatiza en la presunción de veracidad que el Estado concede al

³¹ Muñoz. **Ob. Cit.**, pág. 51.

documento autorizado por funcionario o autoridad competente en relación a determinados documentos.

Dentro del campo notarial, la manifestación material, externa y perceptible de la función autenticadora que lleva a cabo el notario se manifiesta con la expresión ANTE MÍ, seguida de la firma y del sello del notario, lo cual tiene que tenerse presente como parte de los requisitos habilitantes para ser notario, consistente en haber registrado la firma y el sello del profesional ante la Corte Suprema de Justicia e inclusive, ante otras dependencias gubernamentales como el Registro de la Propiedad y el Registro de Poderes y Mandatos del Organismo Judicial.

“Mediante la función autenticadora, el notario pone en práctica su actividad fedataria, dando legalidad y credibilidad a los documentos por él autorizados. Por tanto, también se hace responsable, legalmente, en forma personal sobre el instrumento que autorizó dentro de su quehacer profesional, con lo cual el documento podrá cumplir con sus fines dentro del ámbito social y legal”.³²

3.4. Importancia de la función notarial y de la seguridad jurídica en la legislación notarial

La función notarial, o sea, el quehacer profesional del notario, desde la perspectiva de la fe pública, se justifica para otorgar certeza y seguridad y que ella se realice con los

³² **Ibid**, pág. 56.

poderes de fedación con que le reviste el Estado; para ponerla al servicio de la realización normal del derecho.

La relación notarial es la que se determina entre el notario y los clientes. El Estado en su función reguladora de la fe pública notarial, tiene como objetivo proveer de certeza a las relaciones jurídicas de los particulares. Esos particulares, al requerir o solicitar los servicios profesionales del notario, se constituyen en el fundamento de la relación notarial; debido a que justifican la intervención del profesional a efecto de prestarles un servicio.

Diversos han sido los planteamientos doctrinarios para dar una explicación de la naturaleza de la relación del notario con las partes que requieren sus servicios. Entre esas teorías se encuentran las siguientes:

- a) Es una relación semejante a la que se establece entre las partes y el juez: desde ese punto de vista, se pone énfasis en el aspecto de que así como el juez tiene que resolver los conflictos que surjan entre las partes, también el notario, en forma similar; no puede eludir el deber de ejercer su función a quienes soliciten su actuación notarial.
- b) Es una relación obligatoria como la que existe entre las partes y el juez: de conformidad con este enfoque, así como las partes tienen que someter su

controversia ante el juez, de igual forma; tienen que solicitar la intervención notarial. En determinados actos y contratos es obligatoria la intervención notarial.

- c) Es una relación de tipo privado la que se establece entre las partes y el notario: es contractual. La relación de las partes y el notario es de tipo profesional, de conformidad con la que existe una prestación de servicios por parte de un profesional del derecho a sus clientes, quienes promueven su propio interés; por lo que se observa una prevalencia de intereses privados. Por ende, la nota principal de la relación no se basa en la subordinación ni en la obligatoriedad alguna en someter los asuntos al conocimiento notarial, sino que se sustenta en el vínculo dentro de un plano de igualdad, en donde cada uno, o sea profesional y partes promueven sus intereses; uno respecto a los servicios que presta y el otro en relación a su interés negocial. Pero, inclusive dentro de esta concepción contractual, aparecen diferentes variantes, por lo que algunos le asignan a esta relación la misma que a la de un mandato; otros el de servicios profesionales y finalmente algunos los de locación de obra intelectual.

El fundamento teórico de este planteamiento, consiste en aseverar que el notario, en su función, recibe un encargo de las partes para el faccionamiento de un instrumento público; por lo que desempeña el rol de mandatario que ha recibido las instrucciones necesarias para cumplir un cometido.

La interpretación que se sustenta en los servicios profesionales, enfatiza en la relación

de notario y cliente, y atiende a que la prestación de los servicios tiene carácter privado; debido a que la profesión de notario se ejerce liberalmente. El notario, de conformidad con este planteamiento; no puede negarse a prestar sus servicios.

En Guatemala, se ha aceptado el planteamiento de que la relación notarial tiene por naturaleza la de ser contractual. En relación al aspecto sustancial que define esta contractual, si es el de ser un mandato; el servicio profesional o la locación de obra intelectual tiene que adoptar una postura ecléctica.

Del análisis de la relación notarial, se puede señalar que se encuentran presentes tres elementos: el notario no actúa por mutuo propio, debido a que tiene que ser requerido por las partes o clientes para la prestación de sus servicios; el notario es un profesional del derecho, que puede desempeñarse prestando sus servicios de manera liberal, lo que inclusive le permite excusarse de prestarlos a determinadas personas y bajo ciertas circunstancias y es una locación de obra intelectual ya que el cliente lo que busca es la certeza jurídica, la legalidad, lo cual debe estar materializado en el instrumento notarial, que tiene que satisfacer las necesidades de los particulares en armonía con el ordenamiento jurídico vigente.

La relación notarial es aquella que se determina entre los particulares o clientes y el notario, en la prestación de sus servicios profesionales, con base en un contrato oral o escrito; la cual tiene por finalidad lograr la certeza jurídica en forma documental en los actos y contratos de los clientes.

Dentro del sistema del notariado latino, existe la posibilidad de que se establezca un número limitado de profesionales que pueden prestar sus servicios a los particulares. Este es el sistema de números o cerrado, de conformidad con el que se establece una determinada cantidad de notarios que gozan de la autorización estatal para desempeñarse dentro de un determinado ámbito territorial.

En el caso de Guatemala existe un libre ejercicio profesional y a ese sistema se le denomina abierto, ya que el poder gubernamental no establece limitación en relación al número de notarios que pueden ejercer la profesión dentro de un determinado ámbito territorial. De esa cuenta, el notario guatemalteco, una vez que dispone de las credenciales y cumple con los requisitos habilitantes para el ejercicio profesional, puede realizar su labor y prestar sus servicios en todo el ámbito que comprende el territorio nacional; sin limitación alguna.

El notario guatemalteco, puede ejercer su profesión fuera del territorio nacional, cuando es requerido a cumplir con su función respecto a documentos que autorice en el extranjero y que hayan de cumplir sus efectos en Guatemala. Ello, es posible con base a lo determinado en el Artículo 43 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.

La amplitud que determina la ley para que el notario guatemalteco pueda desempeñarse en todo el territorio nacional, abona a favor de lo que en términos económicos se denomina la libre contratación, lo que constituye una característica de lo

que doctrinariamente se acepta y propicia las economías de mercado.

Esa amplitud, es positiva debido a que favorece de forma indirecta la búsqueda de una mejor preparación por parte del profesional, así como el desarrollo de las cualidades necesarias, tanto en términos de servicios como de aspectos morales y éticos, que permitan el establecimiento de la diferencia frente a otros notarios y la preferencia por parte del cliente.

Por ende, con base en todas las características indicadas con anterioridad, la elección del notario queda a criterio de los clientes; quienes prefieren al profesional que ya conocen y que ha sido eficiente y efectivo en su desempeño.

La relación notarial trasciende más allá del formalismo del pago de honorarios y de la adecuada asesoría. La misma, no tiene elementos que se diferencien en relación a la adquisición de otro servicio prestado.

El notariado, no tiene por naturaleza una función mercantil o enriquecedora, debido a que su objetivo no es el lucro; sino el servicio a la comunidad. Este punto, adquiere connotaciones morales y éticas, siendo necesario enfatizar en ella, debido a que ninguna profesión se establece con finalidad de lucro; sino que sus fines son de proyección y servicio social.

Uno de los primeros aspectos que tienen que señalarse en la relación al notario con sus

clientes, es referente a que tiene que guardar secreto profesional, en relación a la información y antecedentes que se le proporcionen y sobre las actuaciones que realice para servir a los clientes. Varias son las ocasiones en las que el notario, con motivo de su cargo y posición, llega a ser un confidente; por lo que se entera de aspectos personales de los clientes.

También, los actos o contratos que autorice, demandan que el notario observe discreción y también en relación al derecho de privacidad de los asuntos de las personas que confían en él.

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, la norma que versa en relación a este importante aspecto se encuentra contenida en el Artículo 5 del Código de Ética, que con base al inciso b) del Artículo 11 del Decreto 62-91 del Congreso de la República de Guatemala emitió el Colegio de Abogados y Notarios: “Secreto profesional. Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho para el abogado. Hacia los clientes, es un deber que perdura aún después de que haya dejado de prestar sus servicios. Ante los jueces y demás autoridades, es un derecho irrenunciable. La obligación de guardar el secreto profesional incluye todas las confidencias relacionadas con el asunto”.

El derecho y obligación de guardar el secreto profesional, trasciende inclusive el ámbito notarial, en donde se reconoce que el profesional no puede revelar los secretos; ni aprovecharse de ellos. Tampoco, puede revelar los secretos, o el aprovecharse de los

mismos para beneficio propio, que se hayan conocido con ocasión de la prestación de servicios.

Otra de las obligaciones del notario para con sus clientes consiste en orientar y explicar, de forma previa a la autorización de un instrumento; cuáles son las alternativas y soluciones para el caso que se le presente. Después de decidido qué es lo que se hará, es decir, qué tipo de instrumento notarial habrá de faccionarse, dependiendo del acto o negocio jurídico de que se trate, deberá el notario explicar las consecuencias que de él derivan, tanto en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas para las partes, como también en lo que respecta a obligaciones que devienen como consecuencia del instrumento autorizado; obligación de dar avisos y demás aspectos que permiten cumplir a cabalidad la prestación de servicios que el cliente necesita.

La función del notario es, con relación a los clientes, un tanto didáctica, debido a que él es quien conoce el derecho; tiene experiencia y es el responsable de autorizar el instrumento. Su labor se encuentra orientada a encauzar la voluntad de los clientes por los senderos de la forma notarial y de la certeza jurídica.

Existen dos tipos de finalidades de la función notarial guatemalteca, siendo las mismas la inmediata y la mediata. De esa forma, aceptando ambos fines dentro de la función notarial, existe la posibilidad de alcanzar una mejor comprensión y alcances del quehacer del notario y de lo que aspira y tiene que cumplir de forma rápida y eficaz.

La finalidad inmediata de la función notarial consiste en la jurisdicción preventiva, asesora y legitimadora. Se asocia al instrumento público, así como al resto de documentos notariales que por ley se pueden faccionar y autorizar por el notario. Por ende, si el instrumento como finalidad inmediata, constituye el objetivo primordial de la función notarial, la expresión concreta de dicha finalidad se traduce en los siguientes aspectos: dar forma, probar y dar eficacia legal.

Posteriormente, para cumplir con los propósitos anotados, la función notarial tiene que buscar que se cumplan con los siguientes objetivos:

- Asegurar la autenticidad;
- Validar la existencia de legalidad o legitimidad del acto;
- Crear un medio de fijación formal que asegure los efectos del mismo, tanto en lo relacionado con las partes, como con relación a los causahabientes de ellas o los futuros interesados.

Los fines inmediatos y mediatos de la función notarial se integran y complementan, debido a que solamente es posible el establecimiento de una dicotomía con finalidad didáctica. Ello es cierto, debido a que el notario actúa y materializa sus actuaciones en un documento, el cual tiene proyecciones presentes y futuras.

Las finalidades mediatas de la función notarial son las siguientes: seguridad, valor y permanencia.

“El documento notarial busca, a través de la utilización e interpretación del derecho sustantivo, proveer de seguridad o certeza jurídica a las partes, pero también en cuanto a normas del orden adjetivo son utilizadas de manera directa o indirecta, con miras a proveer de tal característica al instrumento”.³³

Para el efecto relativo a alcanzar la seguridad jurídica, el notario tiene que llevar a cabo diversos procesos mentales que se manifiestan mediante las calificaciones, análisis e interpretaciones tanto de hechos como de elementos materiales que se le presenten, así como la voluntad de las partes para proceder a dar forma al instrumento que tiene que gozar de la sustentación adecuada para el cumplimiento del fin propuesto.

Para la provisión de seguridad jurídica, el notario tiene que tomar en consideración aspectos tanto de contenido, o sea de fondo, en lo relacionado al hecho, acto o contrato de que se trate, pero también tiene que realizar la selección relativa a la forma más adecuada, tanto desde el punto de vista técnico, legal, notarial y del lenguaje para materializar ese medio que provea seguridad jurídica.

El valor que busca la fe pública y que se alcanza a través del concurso del notario en los actos de los particulares, no puede ser otro más que el valor jurídico, el cual se evidencia, demuestra y manifiesta, frente a terceros.

³³ Gracias. **Ob. Cit.**, pág. 79.

Entre las ventajas significativas que ostenta el documento notarial se encuentra su permanencia y durabilidad, en particular, para el caso del derecho notarial guatemalteco en lo relacionado con las escrituras matrices.

Mediante un sistema estructurado legal y técnicamente, se alcanza la conservación de documentos, lo cual le proporciona una significativa ventaja para que su conservación no quede al azar, a la eventualidad y se aseguren jurídicamente.

El sistema del notariado latino se caracteriza por la obligatoriedad de la conservación de los instrumentos públicos originales o escrituras matrices, lo cual se alcanza a través del protocolo. La conservación del instrumento, así respaldada, es constitutiva también de otros elementos coadyuvante para la realización normal del derecho, o sea para cumplir con el otorgamiento de seguridad jurídica y garantizar la reproducción de los documentos en el caso de que se necesite copia del original.

CONCLUSIONES

1. No existe certeza jurídica en la función notarial que lleva a cabo el notario mediante el derecho notarial, lo que limita la plena realización del derecho desde el ámbito de su aplicación; para el adecuado ejercicio de las facultades legales otorgadas al notario guatemalteco a través del derecho positivo como profesional del derecho que presta una función pública.
2. Existe deficiencia en la interpretación de la función notarial, al no ser tomados en cuenta ampliamente los elementos doctrinarios y las diversas teorías del derecho notarial y ello no permite que la misma tenga una circunscripción objetiva; dinámica y enriquecedora del quehacer del notario en el proceso de formación y autorización del instrumento público.
3. No puede existir función notarial enfocada con exclusividad en la jurisdicción voluntaria, en la forma, o en la prueba debido a que son elementos y finalidades intrínsecas de la misma así, como sus aspectos de jurisdicción asesora, preventiva y legitimadora; que son fines esenciales del instrumento público constitutivos del resultado y esencia de la función notarial.
4. No existe un debido cumplimiento de la función notarial en el aseguramiento de la autenticidad de los instrumentos públicos, en la legitimidad del acto, en la determinación de la legalidad y en la constitución de un medio de señalamiento

formal; encargado del aseguramiento de sus efectos y de sus futuros interesados y causahabientes.

5. Actualmente la función notarial, no garantiza la seguridad jurídica debido al incumplimiento del notario en la utilización de la fe pública de la que se encuentra investido y del otorgamiento de certeza jurídica; debido a que no toma en consideración los requisitos legales indispensables para la plena validez jurídica de los actos y contratos que autoriza.

RECOMENDACIONES

1. Que el Organismo Legislativo a través del Congreso de la República de Guatemala, señale la falta de certeza jurídica en la función notarial llevada a cabo a través de los notarios, para señalar las limitaciones en la realización del derecho desde el campo de su aplicación que no permiten el debido ejercicio de las facultades que se tienen que otorgar a los notarios del país como profesionales del derecho.
2. Que el Colegio de Abogados de Guatemala mediante su Presidente, determine las deficiencias actuales al interpretar la función notarial, debido a que no se toman en consideración los elementos doctrinales y las distintas teorías del derecho notarial para una debida circunscripción dinámica, objetiva y que enriquezca el quehacer notarial; en el proceso de autorización y elaboración del instrumento público.
3. El Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, tiene que señalar que no puede existir una función notarial que se enfoque exclusivamente en la jurisdicción voluntaria, en la prueba o en la forma debido a que son finalidades y elementos propios de la misma, así como sus aspectos de jurisdicción preventiva, legitimadora y asesora del instrumento público; para que exista una adecuada aplicación de la función notarial.

4. Que el Archivo General de Protocolos mediante su Director, señale el incumplimiento de la función notarial al asegurar la legitimidad del acto, la autenticidad de los instrumentos públicos, y la determinación de la legalidad, para que se constituya un medio de señalamiento formal que se encargue de asegurar sus efectos; los de los causahabientes y de los futuros interesados.

5. El Congreso de la República de Guatemala mediante los diputados, tiene que dar a conocer que la función notarial no garantiza la seguridad jurídica debido al incumplimiento de los notarios de la fe pública de la cual se encuentran investidos y del debido otorgamiento de la certeza jurídica a los contratos y actos que tienen que autorizar en base a los requisitos legales necesarios para la existencia de validez jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **La capacitación jurídica del notario.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1972.
- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y José Antonio Gracias González. **El notario ante la contratación civil y mercantil.** Guatemala: Ed. Fénix, 2006.
- ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro. **Estudios de derecho notarial.** Barcelona, España: Ed. Nauta S.A., 1972.
- BELLVER CANO, Antonio. **Principios notariales.** Madrid, España: Ed. Suárez, S.A., 1989.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1985.
- CARNEIRO, José. **Derecho notarial.** Bogotá, Colombia: Ed. EDINAF, 1988.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral.** México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 2005.
- CASTRO LUCINI, Francisco. **Relieve moral de la actuación notarial.** Madrid, España: Ed. Tecnos S.A., 1986.
- GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. **Derecho notarial.** Madrid, España: Ed. Navarra S.A., 1986.
- GRACIAS GONZÁLEZ, José Antonio. **Derecho notarial guatemalteco.** Guatemala: Ed. Fénix, 2007.
- LARRAUD, Rufino. **Curso de derecho notarial.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1976.

MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco. **La función notarial.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Europa, 1971.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial.** Guatemala: Ed. Litografía Llerena S.A., 1998.

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

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Ética notarial.** México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1996.

RÍOS HELLIG, Jorge. **La práctica del derecho notarial.** México, D.F.: Ed. Mc Graw Hill, 2002.

SALAS, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá.** Costa Rica: Ed. Costa, 1993.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106, del Congreso de la República de Guatemala, 1963.

Código Procesal Civil. Decreto Ley 107, del Congreso de la Republica de Guatemala, 1963.

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

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

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