

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización y Cierre Académico



**Violación al principio de unidad de contexto ante la
obligatoriedad de exhibición del protocolo a la
administración tributaria**

-Tesis de Licenciatura-

Erika Orsini Elias Ogaldez

Guatemala, junio 2013

**Violación al principio de unidad de contexto ante la
obligatoriedad de exhibición del protocolo a la
administración tributaria**

-Tesis de Licenciatura-

Erika Orsini Elias Ogaldez

Guatemala, junio 2013

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector	M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus
Vicerrectora Académica y Secretaria General	M. Sc. Alba Aracely Rodríguez de González
Vicerrector Administrativo	M. A. César Augusto Custodio Cobar

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano	M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Coordinador de exámenes privados	M. Sc. Mario Jo Chang
Coordinador del Departamento de Tesis	Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Director del Programa de Tesis	Dr. Carlos Interiano
Coordinador de Cátedra	M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Asesor de Tesis	Licda. Cándida Rosa Ramos Montenegro
Revisor de Tesis	M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

Lic. Eduardo Galván Casasola

Lic. Ricardo Bustamante Mays

Licda. Carol Yesenia Verganza Chacón

Lic. Víctor Manuel Moran Ramírez

Segunda Fase

M. Sc. Mario Jo Chang

Lic. Jose Antonio Pineda Barales

Lic. Manuel Guevara Amezquita

Licda. Eliza Alvarez Sontay

Tercera Fase

Licda. Carol Yesenia Verganza Chacón

Licda. Vilma Corina Bustamante Túchez

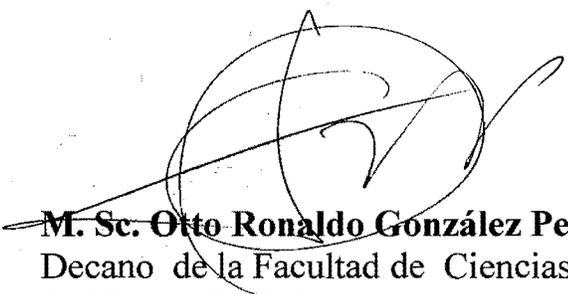
Licda. Sandra Lorena Morales Martínez

Lic. Jaime Trinidad Gaitán Alvarez

Lic. Luis Eduardo López Ramos

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, tres de agosto de dos mil doce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE UNIDAD DE CONTEXTO ANTE LA OBLIGATORIEDAD DE EXHIBICIÓN DEL PROTOCOLO A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**, presentado por **ERIKA ORSINI ELIAS OGALDEZ**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutora a la Licenciada **CÁNDIDA ROSA RAMOS MONTENEGRO**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.


M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ERIKA ORSINI ELIAS OGALDEZ**

Título de la tesis: **VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE UNIDAD DE CONTEXTO ANTE LA OBLIGATORIEDAD DE EXHIBICIÓN DEL PROTOCOLO A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**

El Tutor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

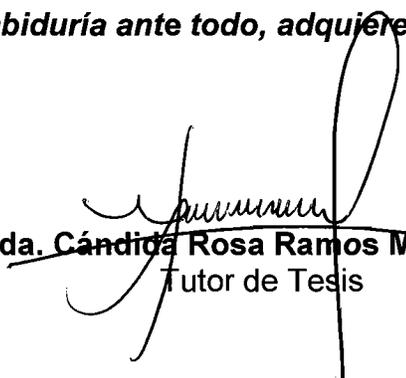
Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 8 de octubre de 2012

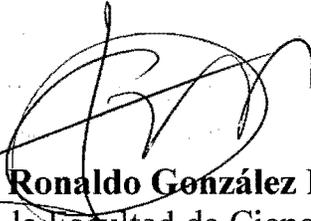
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Licda. Cándida Rosa Ramos Montenegro
Tutor de Tesis



UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, dieciséis de octubre de dos mil doce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE UNIDAD DE CONTEXTO ANTE LA OBLIGATORIEDAD DE EXHIBICIÓN DEL PROTOCOLO A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**, presentado por **ERIKA ORSINI ELIAS OGALDEZ**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico al Licenciado **JOAQUÍN RODRIGO FLORES GUZMÁN**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.


M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ERIKA ORSINI ELIAS OGALDEZ**

Título de la tesis: **VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE UNIDAD DE CONTEXTO ANTE LA OBLIGATORIEDAD DE EXHIBICIÓN DEL PROTOCOLO A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

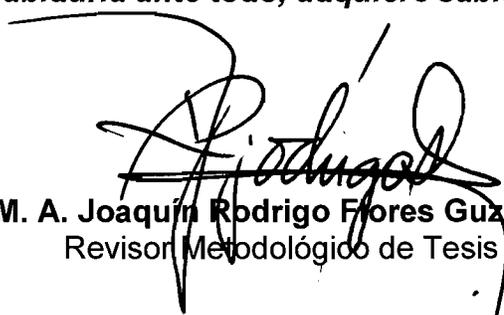
Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 03 de mayo de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Revisor Metodológico de Tesis



DICTAMEN DEL DIRECTOR DEL PROGRAMA DE TESIS

Nombre del Estudiante: **ERIKA ORSINI ELIAS OGALDEZ**

Título de la tesis: **VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE UNIDAD DE CONTEXTO ANTE LA OBLIGATORIEDAD DE EXHIBICIÓN DEL PROTOCOLO A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 18 de mayo de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Dr. Carlos Interiano
Director del programa de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ERIKA ORSINI ELIAS OGALDEZ**

Título de la tesis: **VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE UNIDAD DE CONTEXTO ANTE LA OBLIGATORIEDAD DE EXHIBICIÓN DEL PROTOCOLO A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**

El Director del programa de tesis, y el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

Por tanto,

Se autoriza la impresión de dicho documento en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 04 de junio de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Carlos Interiano

Director del programa de tesis Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Nota: Para efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

DEDICATORIA

A Dios:

Por su amor infinito, por iluminarme, bendecirme y permitir lograr este esperado sueño.

A mis Padres:

Simeón Elías Roca Q.E.P.D. y

Encarnación Ogáldez Girón. Q.E.P.D.

Por su amor, por su ejemplo y porque siempre me acompañan.

A mis hijos:

María José García Elías,

María del Mar García Elías y

Daniel Enrique García Elías,

Gracias por su comprensión, por esos momentos no compartidos;

Espero mi triunfo les sirva de motivación para alcanzar sus metas.

A mis hermanos:

Lic. Mynor Eliseo Elías Ogáldez,

Lic. Edgar Ramiro Elías Ogáldez Q.E.P.D. e

Ing. Gustavo Adolfo Elías Ogáldez.

Por su apoyo y ser fuente de inspiración y admiración.

A mis primos:

Lic. Mayra Ileana Solares Ogáldez y

Dr. Edgar Rodolfo Ogáldez Solares

Por todo el cariño recibido.

A las Universidades:

San Carlos de Guatemala y

Panamericana.

A usted:

Especialmente con cariño.

Índice

Resumen	i
Palabras Clave	ii
Introducción	ii
Antecedentes del notariado en Guatemala	1
Funciones del notario	12
Deberes del notario	19
Responsabilidad profesional del notario	25
El secreto profesional	34
Análisis del Principio Unidad de Contexto	37
Análisis del Decreto 04-2012; reforma al artículo 94 inciso 19 del Código Tributario.	40
Conclusiones	47
Referencias	49

Resumen

La violación al principio de unidad de contexto ante la obligatoriedad de exhibición del protocolo a la Administración Tributaria, se realizó mediante una investigación documental y se analizó hasta qué punto este principio se ha tomado en cuenta para la regulación legal de la función notarial en Guatemala; se inició con los antecedentes históricos de la figura del notario hasta la actualidad, se estudió las funciones, deberes y la responsabilidad del notario, la ética , el secreto profesional y en especial el análisis realizado al Decreto Disposiciones para el Fortalecimiento del Sistema Tributario y el Combate a la Defraudación y al Contrabando que contiene reformas tributarias haciendo énfasis en la reforma del artículo 94 inciso 19 del Código Tributario en el que se creó la obligación de exhibir el protocolo a la Administración Tributaria por el notario, imponiéndole una sanción ante el incumplimiento de este deber formal , aquí se estableció la evidente violación al principio de unidad de contexto y al precepto legal que regula cual es el procedimiento para legislar asuntos relativos a la función notarial especialmente con la inspección y revisión del protocolo previamente establecido en el Código de Notariado a cargo del Director del Archivo General de Protocolos.

Palabras clave

Notario. Función Notarial. Unidad de contexto. Secreto profesional.

Introducción

El presente artículo científico tiene como objetivo analizar la existencia de la violación al principio de unidad de contexto y el secreto profesional en el Decreto 04-2012 Disposiciones para el fortalecimiento del sistema tributario y el combate a la defraudación y al contrabando, ya que crea la obligación de exhibir el protocolo por parte del notario a la administración tributaria, violentando con ello el principio de unidad de contexto y el secreto profesional.

Este principio doctrinal ha sido tomado no sólo como un enunciado normativo del derecho notarial, sino que se ha incluido en el cuerpo de la legislación notarial guatemalteca, y de esta manera ha pasado de ser un precepto doctrinario a ser precepto legal. Sin embargo aun así no se ha garantizado que sea cumplido a cabalidad.

Para entender la importancia del principio de unidad de contexto y el secreto profesional, es necesario conocer quién es el notario, cuál es su función y que responsabilidades tiene por ser depositario de la fe pública.

Se pretende que la presente investigación constituya un aporte a los estudiantes de derecho, a los abogados y notarios, a los legisladores y población en general, debido a que contiene el estudio eminentemente jurídico de uno de los tantos casos guatemaltecos en los que se presentan ilegalidades notorias pero que en pocos casos existe la voluntad para documentarlos.

Antecedentes del notariado en Guatemala

Para tener una versión clara de la función del notario y su importancia en el desenvolvimiento de la sociedad es necesario conocer sus orígenes y evolución.

Época colonial

Según Muñoz (2006:13-17) , en la ciudad de Santiago de Guatemala, el día 27 de julio de 1524 se reunió el primer cabildo y en el acta que redactaron aparece el primer escribano Alonso de Reguera, tanto éste como miembros del cabildo fueron nombrados por Pedro de Alvarado en su calidad de Teniente Gobernador y Capitán General de don Fernando Cortes, lo que es el primer antecedente de un notario en nuestro país, luego aparecen en 1529 otros escribanos llamados públicos de la ciudad, en resumen existieron: el escribano de cabildo que no ejercía como escribano público, y el escribano público cuyo nombramiento lo hacía el cabildo. A escasos tres años de la fundación de la ciudad de Guatemala había tres escribanos públicos, número máximo que alcanzaría la ciudad, hasta que terminó la colonia.

Muñoz cita a Salas quien expone, que el notariado guatemalteco es el más antiguo de Centroamérica, ya que en 1543 aparece el escribano don Juan de León, cartulando en la ciudad de Santiago de Guatemala.

Desde un principio se mantuvieron las exigencias más rigurosas para ingresar a esta profesión siendo necesario un examen sobre cartulación, requisitos de los instrumentos públicos, testamentos, cartas dotales, donaciones, circunstancias y números de testigos, prácticas de inventario, trámites judiciales, términos probatorios, concurso de acreedores, valor y uso del papel sellado, y todo lo demás concerniente al oficio, se concluía estableciendo: sin la forma y requisitos exigidos, nadie podrá recibirse de escribano, ni ejercer este oficio en el Estado o sea que el examen era indispensable aprobarlo para el recibimiento y poder ejercer. Es importante mencionar que para el examen se integraba un Tribunal compuesto por tres escribanos o abogados recibidos, si el solicitante era reprobado, lo informaban con reserva, además de solicitarse que continuara con sus estudios y prácticas por algún tiempo más.

La colegiación de abogados y escribanos fue dispuesta por el Decreto Legislativo 81 del 23 de diciembre de 1851, que encargó a la Corte Suprema de Justicia, la vigencia de la actuación notarial no fuera descuidada. La Ley del 28 de agosto de 1832 dispuso que se visitaran los protocolos y conforme a ella, la Corte Suprema, por acuerdo del 16 de marzo de 1852, ordenó a los jueces de primera instancia realizar tales visitas en los departamentos donde hubiera estos oficios y hacer que los mismos escribanos remitieran al propio Tribunal, dentro de los ocho

primeros días del mes de enero, un testimonio del índice de los protocolos que hubieran autorizado el año anterior.

En la historia del notariado guatemalteco, ya hubo notariado de número, para darle la importancia debida, para que la profesión fuera desempeñada con pureza y rectitud, como lo establece el Decreto 100 del 30 de marzo de 1854, que confiere al Presidente de la República fijar el número de escribanos nacionales que reunieran los requisitos legales, él expedía el título y lo podía recoger en caso de abuso. Así mismo limitó la competencia territorial al departamento de su domicilio, fuera del cual no podían cartular. Se reguló también lo relativo a la fianza.

El notariado después de la Reforma Liberal

Según Muñoz (2006:18-19), entre las reformas más importantes que el Presidente general abogado y notario Justo Rufino Barrios dio a Guatemala, fue la ley del notariado, junto con un Código Civil, uno de Procedimientos Civiles y una Ley General de Instrucción Pública, todas de avanzada para la época. La ley del 7 de abril de 1877 y la del 21 de mayo del mismo año, hicieron del notariado una carrera universitaria, previo a los requisitos legales que se debían llenar, condiciones morales y fianza, por primera vez se les denomina notarios. También dictó el Decreto 271 del 20 de febrero de 1882, Ley de Notariado, en esta Ley se

definió el notariado como: la institución en que las leyes depositan la confianza pública para garantía, seguridad y perpetua constancia.

También se declaró incompatibilidad el ejercicio del notariado a los que desempeñaren cargos públicos que tuvieran anexa jurisdicción; además de ser mayor de 21 años, actualmente es de 18 años, se necesitaba tener la ciudadanía guatemalteca, ser del estado seglar y la posesión de propiedades por un monto de dos mil pesos, o la prestación de una fianza por una cantidad equivalente, la supresión del Signo Notarial que era la señal hecha a mano, con una figura determinada e idéntica que usaban los notarios en la antigüedad, por un sello con el nombre y apellido del notario que se registraba en la Secretaría de Gobernación, se reguló que los Notarios no eran dueños de los protocolos, sino depositarios de los mismos, y la obligación de remitir éstos al Archivo General de Protocolos, normó la reposición y se permitió la protocolación.

Otras leyes importantes después de la reforma liberal con relación al notariado son las siguientes:

El Decreto del 25 de agosto de 1916 ordenó a los notarios; empastar los tomos de sus protocolos; el Decreto del 18 de junio de 1917; reguló lo referente a las auténticas de firmas; y el Decreto Legislativo del 29 de agosto de 1916 suprimió la fianza.

Durante el Gobierno del General Jorge Ubico Castañeda se emitió el Decreto Legislativo No.215 nueva Ley del Notariado siendo ésta muy extensa y detallada.

El Decreto 2437 del 13 de abril de 1940, reglamentó los exámenes de prácticas notariales.

El notariado después de la Revolución de Octubre de 1944

Según Muñoz, (2006:20-21) en la Constitución de la República se consagra como derecho constitucional, la autonomía de la Universidad de San Carlos y se establece la colegiación oficial obligatoria para el ejercicio de todas las profesiones universitarias. Asimismo, el 10 de noviembre de 1947 queda establecido el Colegio de Abogados de Guatemala.

El Congreso de la República decreta leyes que están indisolublemente unidas al trabajo de los notarios. Se decreta el Código de Notariado y la ley de Colegiación Oficial Obligatoria para el Ejercicio de las Profesiones Universitarias.

Antes de estas leyes; el notariado se ejercía dentro de un marco jurídico muy confuso y desconcertante, debido a la proliferación de leyes, reglamentos y disposiciones administrativas, sin ningún principio técnico ni científico uniforme que no era propicio para ordenar y sistematizar adecuadamente la función y actuación notarial.

El notariado en la época actual

Según Muñoz, (2006:21-22) la ley que actualmente rige es el Decreto 314 del 30 de noviembre de 1946 del Congreso de la República, en vigencia desde el 1 de enero de 1947 el cual contiene el Código de Notariado.

Este Código ha tenido varias reformas incorporadas al mismo texto en cumplimiento del Artículo 110 que indica: Toda disposición que se emita para crear, suprimir o modificar los derechos y obligaciones de los notarios que contiene esta ley, deberá hacerse como reforma expresa a la misma, a efecto de que conserve su unidad de contexto.

En este concepto, queda prohibido la creación, supresión o modificación de aquellos derechos y obligaciones por medio de circulares administrativas o acuerdos gubernativos. Lo expresado anteriormente indica que nuestra legislación notarial, se actualiza conforme a los avances del mundo en relación al campo de su competencia, teniendo relación también con otras leyes del país, ampliando el campo de actuación del notario guatemalteco.

Como ilustración a lo mencionado anteriormente se pueden indicar algunas disposiciones contempladas en otras leyes:

El Decreto Ley 125-83, que regula lo relativo al trámite de rectificación de área, seguida ante notario.

El Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107, que regula lo relativo al trámite sucesorio intestado y testamentario cuando se sigue ante notario; además de la subasta voluntaria y la identificación de tercero.

El Decreto 73-75 del Congreso de la República de Guatemala, relativo al Registro de Procesos Sucesorios.

Ley de Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República que regula lo relativo al ejercicio del notariado en el exterior y a los documentos que provienen del extranjero.

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

Ley del Timbre Forense y Timbre Notarial Decreto 82-96 del Congreso de la República de Guatemala, regula lo relativo a la existencia del impuesto que deben cubrir los abogados en el ejercicio de su profesión, mediante la adhesión de timbres en los documentos elaborados.

El Código Civil, Decreto Ley 106-1963, regula lo relativo a los daños que puede causar el profesional al revelar secretos que se le han confiado.

Ley de Parcelamientos Urbanos. Decreto 1427, Congreso de la República de Guatemala, regula la obligación que tiene el notario de consignar una serie de requisitos al fraccionar escrituras públicas en las que autorice la formación de estos.

Las Leyes impositivas, entre otras, La Ley del Impuesto Único sobre Inmuebles, regula la obligación del notario de dar aviso a la Dirección General de Catastro o municipalidades en su caso de los contratos de compra y venta de bienes inmuebles.

La Ley de Impuestos de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial Para Protocolos y la Ley de Herencias, Legados y Donaciones.

Sistema notarial

No se puede hacer una clasificación de todos los sistemas notariales como lo manifiesta Luis Carral y de Teresa (1983:87), los sistemas notariales son un producto de la costumbre que en cada lugar sigue especiales tradiciones, costumbres y características y como todas las clasificaciones puede enfocarse desde distintos puntos de vista; por lo que solamente nos concretamos a hacer referencia a los sistemas que en este momento son más conocidos y los más usados en el mundo.

Los principales sistemas notariales son el anglosajón y el de corte latino, según Muñoz (2006:35) también expresa que entre el Notariado Latino y el Sajón o Anglo-Sajón, existe otros sistemas intermedios. Y cita a Salas quién los clasifica como: sajón, de funcionarios judiciales, de funcionarios administrativos y latino, además de otras clasificaciones que se basan en la existencia o inexistencia de limitaciones al número de notarías o de una clasificación forzosa, en la cual la corporación notarial

está investida de funciones de supervisión y control del notariado; éstas distinguen a los notarios numerarios de los de ejercicio y los notarios colegiados de los no colegiados.

Una característica importante del sistema notarial anglosajón es que el notario no es un profesional del Derecho. El notario en el sistema anglosajón no tiene la facultad de expedir documentos que ofrezcan garantías jurídicas como en el sistema notarial latino. El sistema notarial latino se caracteriza por la garantía jurídica que ofrece a sus usuarios. Esta garantía se ve plasmada en los documentos que realiza el notario, los cuales significan una importante herramienta jurídica. La fe pública investida en el notario de corte latino otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas o hechos presenciados por un notario.

Una diferencia importante en el sistema jurídico anglosajón y el latino es que en el anglosajón los derechos de las partes se declaran ante las instancias judiciales, mientras que en el sistema latino se promueve más un sistema de prevención de conflictos judiciales.

Características del sistema latino

Aplicándolo a Guatemala: 1) Pertenecen a un colegio profesional al Colegio de Abogados y Notarios, ya que se ejercen conjuntamente ambas profesiones; 2) la responsabilidad en el ejercicio profesional es personal; 3) el ejercicio profesional puede ser abierto o cerrado, limitado o ilimitado. En Guatemala el sistema es abierto, ya que no se tiene

limitación dentro del territorio nacional y en algunos casos puede actuar fuera del territorio nacional; 4) desempeñan una función pública, pero no dependen directamente de autoridad administrativa; 5) es un profesional del derecho, pero en algunas de sus actuaciones son las de un funcionario público; y 6) es incompatible con el ejercicio de cargos públicos que lleven aneja jurisdicción, así también para los funcionarios y empleados de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las municipalidades que devenguen sueldo del Estado o del municipio y el Presidente del Organismo Legislativo tal como lo estipula el artículo 4 del Código de Notariado; y 7) existencia de un protocolo notarial en el que asienta todas las escrituras que autoriza.

Funciones dentro del sistema latino: 1) Desempeñan una función Pública; 2) le da autenticidad a los hechos y actos ocurridos en su presencia, los cuales según la ley guatemalteca, producen fe y hacen plena prueba, de acuerdo al artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil; y 3) recibe e interpreta la voluntad de las partes, dándole forma legal al fraccionar el instrumento público.

Actualmente son más de setenta países que utilizan el sistema latino, ya que además de América, se utiliza en Europa, Asia y África. En cada país, este sistema tiene características especiales y algunas variantes.

Características del sistema sajón

El sistema sajón se le puede denominar sistema notarial anglo-sajón, sistema subdesarrollado, sistema de evolución frustrada y sistema notarial privado. Se cree que el sistema de contratación inglesa basado en la consideración dio origen a este sistema notarial.

No entra a orientar sobre la redacción del documento, por lo tanto no da asesoría a las partes. Sus características se pueden determinar de la siguiente manera: 1) Es necesaria una cultura general y algunos conocimientos legales, no es obligatorio tener título universitario; 2) se está obligado a prestar una fianza para garantizar la responsabilidad en ejercicio; y 3) no existe colegio profesional y no llevan protocolo. En el sistema sajón la principal función del notariado es autenticar firmas en documentos que le llevan preparados, su actividad se concreta a dar fe de la firma o firmas. Algunos de los países que lo utilizan son: Estados Unidos excepto el Estado de Luisiana, Canadá excepto Quebec; Suecia, Noruega, Dinamarca e Inglaterra. (Muñoz, 2006:37-39)

Sistema de funcionarios judiciales

Conocido como sistema Notario – Juez, según Muñoz (2006:40) los notarios son magistrados y están subordinados a los tribunales de justicia, esto significa que los notarios se encuentran subordinados al organismo judicial. La función notarial es cerrada y obligatoria, los documentos originales pertenecen al Estado y los conserva como actuaciones judiciales.

Sistema de funcionarios administrativos

Es importante mencionar según Muñoz (2006:41), que en este ejercicio notarial los notarios se encuentran en una dependencia completa del poder administrativo.

Está caracterizado por: a) Los notarios son empleados públicos, servidores del estado o sea que son funcionarios del gobierno. b) La función notarial es de directa relación entre el estado y el particular.

En Guatemala un ejemplo de un funcionario administrativo lo encontramos en el Escribano del Gobierno que realiza los negocios jurídicos del estado.

Funciones del Notario

Según Salas (1973:89), la definición de notario del sistema latino que brindara el primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1948. Según ella, el primer aspecto de esta función es recibir e interpretar la voluntad de las partes, para asegurarse de que el negocio que por medio del instrumento se formalice, corresponda con la verdadera intención o interés de los otorgantes. Su labor la desarrolla el notario cuando al ser requerido, recibe de sus clientes en términos sencillos la información necesaria para elaborar un instrumento público. Esta fase no se agota con una mera recepción e

interpretación ya que el notario tiene la obligación de ser asesor jurídico de quienes requieren sus servicios. El notario es un calificador jurídico de las manifestaciones de la voluntad de las partes.

Según Mora (1993:37), el notario, en primer término califica la naturaleza jurídica del negocio o acto que se va a efectuar en su presencia, ya que con frecuencia los requirentes de sus servicios confunden la naturaleza de los actos o contratos, o bien, los desconocen del todo, lógicamente porque desconocen el derecho y necesitan la asesoría del notario; el objeto de esta función es enmarcar estas declaraciones de voluntad dentro del marco de la ley.

El notario tiene la obligación de ajustarse a la ley en todo momento y no debe de ejercer su función notarial cuando los hechos o las manifestaciones de voluntad de las partes sean contrarios a la ley o la moral. Esta función la realiza el notario al verificar que las partes contratantes sean efectivamente las titulares del derecho y está obligado a calificar la representación en los casos que se ejercite, la cual conforme a la ley y a su juicio debe ser suficiente.

El segundo término de la función notarial según la definición dada en el Congreso antes mencionado, es la de dar forma legal a la voluntad de los otorgantes, encuadrándola en las normas que regulan el negocio en particular.

Ya concluida esta etapa, las partes tienen que dar su consentimiento al documento notarial ya elaborado, por medio de su firma, luego que el notario le da forma documental a las actuaciones de las mismas.

El dar forma legal a la voluntad de los otorgantes se puede realizar por medio de escrituras públicas y actas notariales.

Cabe resaltar que las escrituras públicas son las autorizadas por notario en el protocolo a su cargo a requerimiento de parte, en ellas se hacen constar negocios jurídicos y declaraciones de voluntad, obligándose sus otorgantes en los términos pactados, contienen las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen la prestación de consentimiento y los contratos de todas clases.

Según Mora: “Las actas notariales, son las que sirven para hacer constar hechos que el notario presencia y circunstancias que le consten”. (1993: 39)

Y por último, según Uhía (2008:40), siguiendo la definición antes mencionada, viene la fase autenticadora, que es la fase en la cual el notario da fe pública a los hechos y actos jurídicos ocurridos en su presencia.

En si la fe pública es la presunción de veracidad en los actos autorizados por un notario. Es por ello que el Código de Notariado de Guatemala, Decreto 314, en su artículo 1 establece que: el Notario tiene fe pública

para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.

Al estampar su firma y sello el notario le está dando autenticidad al acto o contrato, por lo tanto estos se tendrán como ciertos o auténticos, por la fe pública de la cual está investido.

Otros aspectos importantes que se deben tomar en cuenta en la función notarial son la de función de imparcialidad y la función asesora, ya que cuando el notario actúa lo debe hacer libre de cualquier interés que le impida ser objetivo al aconsejar a las partes o redactar los instrumentos por tener algún interés particular o que atente contra la seguridad jurídica del acto que realiza, debido a que en Guatemala la función notarial se ejerce al mismo tiempo que la abogacía por lo que es muy importante prestar primordial atención a estos aspectos. En cuanto a la función asesora, luego que el notario recibe la voluntad de las partes tiene que cumplir con esta función aconsejando a las partes de la forma más útil y conveniente.

La excepción para esta función asesora es con respecto a las actas notariales. El artículo 43 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala, Decreto número 2-89, señala en su parte conducente: están facultados para hacer constar hechos que presenciaron y circunstancias que les consten, aquí el notario debe abstenerse de hacer cualquier calificación

jurídica o asesorar ya que en las actas notariales solamente se plasman hechos y circunstancias que presencie.

La finalidad de la función notarial

Los actos jurídicos que se pretendan oponer ante terceros no podrían gozar de este beneficio si no existiera la institución del notariado, porque a través de ella se da forma y autenticidad a dichos actos, respaldados con la fe pública que ostenta el notario. El notario es un profesional necesario en las distintas sociedades desde tiempos remotos, ya que su función cumple con las necesidades de las personas que pretenden autenticar determinados actos jurídicos o hacer constar hechos jurídicos.

De esta manera el notario dotado con las atribuciones que le confiere el Estado puede ejercer su función en beneficio de las personas, tendrán que solicitar la actuación del notario para que pueda actuar conforme a la ley.

Según Carral y de Teresa (1983:93), expone la siguiente idea para dejar en claro la necesidad de la intervención de los notarios en una sociedad: “la labor del notario, bien entendida y bien desempeñada, constituye un verdadero apostolado y puede asegurarse que sin notarios competentes y honorables, muchísimas personas, pero especialmente de humilde condición, serían víctimas diarias del abuso y del engaño.

Hace tiempo, cuando los hombres se vieron en la necesidad de tener seguridad en sus transacciones, buscaron a aquellas personas que tuvieran conocimientos en la escritura para que ellas se la otorgaran, debido a que en ese entonces eran pocas las personas que poseían estos conocimientos. De este modo surgió la necesidad de investir a determinadas personas de fe pública.

Según Carral y de Teresa (1983: 94-100) opina que una de las funciones del Estado es otorgar seguridad jurídica a los particulares; si el Estado no hace posible que el particular pueda ejercitar su actividad con medios de seguridad que le permitan lograr el fin que persigue, no puede decir que ha llenado su función.

La afirmación que hace Carral y de Teresa se refiere a la obligación que tiene el Estado de otorgar seguridad jurídica a los particulares para lo cual deberá de facilitar los medios necesarios para cumplir con dicha función sobre la base de las facultades y obligaciones que establece la ley.

Existen determinados actos y hechos jurídicos que requieren de veracidad frente a terceros, por esto surge la necesidad de crear una institución capaz de darles autenticidad; es así como surgió la función notarial. Además, existe un elemento esencial de validez que es el de la forma en los contratos; es un elemento de validez en los contratos, que la voluntad se manifieste con las formalidades que en cada caso exige la

ley. Es decir, si la voluntad no se manifiesta con las formalidades legales, el contrato está afectado de nulidad relativa.

Es necesario que la persona a quien se confiere el poder para dar fe, cumpla con determinados requisitos, para que de esta manera el acto que se va autorizar quede libre de vicios. Es obvio que la institución notarial no ha existido desde siempre, de hecho existen actualmente algunas partes del mundo en donde no se usa; sin embargo, "no existe un estado de civilización avanzada, que no tenga un notariado, cualesquiera que sean su tipo o sus características" (Carral y de Teresa, 1987:104). Es muy difícil que en una sociedad en donde se lleven a cabo interrelaciones humanas, "no existiera una institución como la del notariado que ayude al cumplimiento de los contratos y de fe de los mismos". (Carral y de Teresa, 1987:110)

El notario tiene la obligación de dar seguridad jurídica, esta afirmación es respaldada por el artículo 2 de la Constitución Política de Guatemala que consagra una serie de principios fundamentales entre ellos la seguridad jurídica que garantiza la función notarial y la fe pública notarial. De esta forma la ley resalta el papel preponderante e imparcial que debe realizar el notario en el desarrollo de su actividad.

La ley es muy precisa en el sentido de señalar a los notarios la forma en que deben actuar para otorgar la seguridad jurídica que se busca dentro de la sociedad, según Giménez Arna (1944:76) la función notarial

persigue tres finalidades a saber: 1) seguridad: para darle firmeza al documento notarial. 2) valor: frente a terceros, que es la eficacia y la fuerza que otorga la intervención del notario entre las partes y frente a terceros y, 3) permanencia que se le da a los actos a través de diversos medios legales y materiales para garantizar la reproducción auténtica del acto.

Deberes del notario

Los deberes del notario, son de vital importancia ya que la sociedad espera un comportamiento moral. A través del tiempo y de la historia las personas se han formado una idea clara del notario, de su quehacer y de la necesidad de una actuación que sea ética y eficaz.

Deber de la veracidad, según Uhía (2008: 41) se define como la capacidad de mantener nuestras palabras, nuestros hechos y nuestra vida bajo una guía de la verdad y conforme a la expresión sincera de ella. La veracidad implica dos puntos de vista, desde lo exterior significa que se debe contar siempre con la verdad de quien nos rodea y con la verdad de los que hacen los medios, la publicidad, la justicia y los demás agentes sociales.

La fe pública del notario contenida en un documento, se convierte en estandarte de verdad, de seguridad y del bien común del acto realizado, valores que representan el contenido y la finalidad de su actuación.

Según Gracias (2001:66), en virtud de que el documento notarial contiene la verdad de lo sucedido, el redactor del instrumento necesita tener especial cuidado en su forma de expresión, pues cada palabra puede acercarlo o, en su caso alejarlo de la verdad o exactitud del hecho. Así mismo, el notario debe actuar con veracidad y ser fiel al asentar lo que ve y escucha, y más aún cuando se trate de interpelaciones, requerimientos y notificaciones, en los que se encuentre representando los intereses de sus clientes y deba actuar con profesionalismo y ética.

El sustento legal se encuentra en el código de ética profesional en el capítulo uno, numeral sexto, determina que en el ejercicio de la profesión el abogado debe evitar escrupulosamente toda alteración de la verdad.

El deber de la imparcialidad

Es una de las columnas en que se apoya la función notarial. Ya que aunque representa una actitud asesora e informativa para con las personas que intervienen en los instrumentos que autoriza y los clientes esto plantea un problema ético para el notario ya que debe ser fiel con sus clientes pero no olvidar la imparcialidad y la justicia de sus actuaciones ya que esto le permite juzgar o proceder con rectitud.

El notario se encuentra presionado por los intereses de los poderosos sea el estado o los grandes consorcios que con su gran fuerza política y económica, tratan de doblegar la imparcialidad del notario a su favor, y es en estos momentos que el notario debe actuar con ética y profesionalismo.

La imparcialidad está integrada por varios deberes notariales. Atinadamente, las leyes de todos los tiempos han buscado la manera de preservar al notario de todo vínculo de parcialidad.

El actuar del notario debe ser libre de cualquier nexo que le impida aconsejar a las partes y redactar los instrumentos con intereses distintos con los de equidad, la verdad y la seguridad jurídica.

Cuando comparecen ante un notario para solicitar la prestación de sus servicios, se está convencido de que actuará imparcialmente y protegerá los intereses de ambas partes.

Deber de actuar personalmente

El estado es titular de la fe pública. Una de sus finalidades es proporcionar seguridad jurídica, que realiza mediante la fe pública: Judicial, a través del secretario de juzgado; administrativa, por medio de sus servidores públicos como registrador, ministerio público etc. En este caso otorga la fe pública a los notarios, personas que han acreditado tener los conocimientos teóricos necesarios comprobados, una práctica

pública y una vida ética. La actividad notarial debe ser estrictamente personal. La fe pública, por tanto no se puede transferir a ninguna persona; es intransmisible.

Deber de ser eficaz

El notario tiene la obligación de ser eficaz en sus resultados. El instrumento público, debe satisfacerse las necesidades de su cliente, ya que con ello le dará seguridad jurídica y económica a los actos solicitados.

En la redacción de los instrumentos proyecta su creatividad de profesional del derecho. Ahí demuestra principalmente su calidad de jurista. Así mismo, despliega su actividad de especialista del derecho reconocida por la ley y adquirida a través de la experiencia.

El sustento legal se encuentra en el capítulo primero, postulado octavo, del código de ética profesional, que menciona, El ejercicio de la abogacía impone los deberes de preparación y eficiencia. En mérito de ello, corresponde al abogado la obligación de investigación y estudio permanente del Derecho. Así como de toda disciplina que contribuya a su mejor formación humanística y técnica. (Ossorio, 1981: 224).

Deber del cobro adecuado

Según Uhia (2008:43), la intervención del notario se efectúa a solicitud de la parte interesada su actuación es un acto rogado y nunca de oficio, es obligatoria por ser un servicio público, solo puede excusarse o abstenerse de intervenir por los siguientes motivos: cuando no pueda actuar con imparcialidad, cuando exista incompatibilidad con su profesión; en los días festivos o en horas fuera de oficina. Los interesados pueden anticiparle los gastos y honorarios por sus servicios.

El notario y los clientes que soliciten sus servicios tienen la libertad de contratar sobre los honorarios y las condiciones del pago, si en caso no lo pactaron los honorarios se regularán conforme al arancel establecido en los artículos 106, 107, 108, 109 del Código de Notariado.

El artículo 7 del Código de Ética Profesional estipula que para la estimación del monto de honorarios el abogado debe tomar en cuenta la importancia de los servicios, la cuantía del asunto, la novedad o dificultad, la experiencia, la reputación y la especialidad de los profesionales que intervienen, la capacidad económica del cliente; teniendo presente que la pobreza obliga a cobrar menos y aun a no cobrar.

La relación jurídica que existe entre notario y su cliente es de tipo contractual, específicamente se trata de un contrato de prestación de servicios profesionales, en el que por alguna circunstancia pueden nacer obligaciones extracontractuales, por lo que debe actuar con rectitud.

En la plataforma legal se encuentra el artículo 6 del Código de Ética Profesional, que estipula: como norma general, el abogado 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.

Deber de competencia legal

La colaboración entre profesionales de un mismo gremio es muy importante, pero entre los notarios toma especial significado puesto que los documentos de uno puede relacionarse con los de otro, esto se encuentra regulado en el artículo 24 del Código de Ética Profesional que menciona; la fraternidad debe privar entre los abogados, por ejercer la misma profesión y se caracteriza por el mutuo apoyo moral y material en todas las circunstancias de la vida y están en el deber de negar solidaridad y apoyo al colega de conducta moralmente censurable.

Al deber social en el sistema notarial, le corresponden acciones de servicio social a la comunidad, constituyendo uno de los elementos que

caracterizan y determinan la naturaleza jurídica de la función notarial, el deber social ha sido catalogado como uno de los principios de la función notarial.

El notario se desenvuelve en un medio, en un contexto al que está ligado estrechamente. Tiene en consecuencia el deber de colaborar en el desarrollo y progreso de la comunidad y asistir a las personas de escasos recursos. Su participación social se centra, sobre todo en el ejercicio de los valores de justicia y el bien común.

Responsabilidad profesional del notario

En el desempeño de cualquier profesión se tiene una gran responsabilidad pero es indudable que la responsabilidad de notario reviste de mayor importancia por la fe pública que sustenta.

La responsabilidad profesional, “es la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado” (Cabanellas, 1976:575).

Según Carral y de Teresa (1983:132), en cuanto a la responsabilidad notarial se indica: la ley ordena, permite, prohíbe y amenaza con castigos a los que no cumplan con lo que en la misma dispone. Esto origina la responsabilidad que es como la sanción por inobservancia de la norma. Como el notario tiene la confianza no sólo de los particulares, sino

también del Estado, ha de responder y merecer esa confianza. Por ello tiene más responsabilidades que los ciudadanos comunes. El notario tiene facultades propias, que le son atribuidas por la ley.

Por otra parte Muñoz cita a Marinelli, quien expresa: “es conveniente que el notario esté capacitado, para lograr eficazmente su función, sin generar resultados dañosos, tanto para los particulares como para él mismo, de allí es donde descansa lo que se conoce como responsabilidad notarial, que es un conjunto de responsabilidades, que darán como resultado, su buena observancia, creando un instrumento público pleno y perfecto, evitando resultados negativos para la vida de éste”. (2006:95)

Asimismo España R. citado por Muñoz, expresa que: “ su función no se contrae simplemente en asegurar la veracidad de los negocios jurídicos en que su intervención es requerida, va más allá, con su habilidad, los modela, para que en su manifestación externa, el instrumento público, quede palpable la voluntad verdadera y consciente de los que en ellos intervinieron”. (2006:95).

Se puede decir que la confianza es el elemento por el cual los particulares o clientes escogen a un notario; por lo tanto, éste es responsable de su actuar correctamente y en forma diligente, para que los actos o contratos en que intervenga, tengan la seguridad y certeza jurídica, pues de actuar incorrectamente puede causar un grave daño no

solo a él, sino a terceros de buena fe. Por eso la ley es rigurosa en exigir esa responsabilidad.

Sobre la responsabilidad del notario se tienen noticias desde los tiempos de Alejandro relativas a una sanción aplicada a un *Tabularii*, debido a una falsedad que se le atribuyó y consistió en el cercenamiento de sus dedos y el destierro por lo grave de su actuar.

Las siete partidas de Alfonso el Sabio consagran también penas severas para los escribanos que cometieran adulteraciones o consignaren falsedades a sabiendas. Pero en realidad es sólo a partir de la ley francesa del 25 ventoso año XI, que se prevé con cierta prolijidad un sistema de responsabilidades y sanciones específicas para los notarios. (Muñoz, 2006:96.)

Clases de responsabilidad notarial

En Guatemala se conocen cinco clases de responsabilidad que tienen los notarios: civil, penal, administrativa, fiscal y disciplinaria. La responsabilidad civil del notario consiste en la obligación de resarcir daños y abonar perjuicios derivados de un acto ilícito, que se impone a quién lo comete, o del no cumplimiento de un deber legal que corresponde a una persona determinada. Supone la eventual inobservancia de una norma por parte del sujeto obligado.

Responsabilidad civil del notario

Para que exista la responsabilidad civil del notario según Carral y de Teresa (1983:138) son tres los elementos que deben de tenerse en cuenta: 1) que haya violación de un deber legal, por acción u omisión del notario; 2) que haya culpa o negligencia de parte de éste; y 3) que se cause perjuicio. El Código de Notariado en su artículo 35 establece: para que proceda la responsabilidad civil de daños y perjuicios contra el notario por nulidad del instrumento, es necesario que haya sido citado y oído en el juicio respectivo, en lo concerniente a la causa de nulidad.

Asimismo, el Código Civil en su artículo 1645 establece: que toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, por descuido o por imprudencia, está obligada a repararlo, y específicamente con los profesionales en el artículo 1668 del mismo cuerpo legal se establece: el profesional es responsable por los daños o perjuicios que cause por ignorancia o negligencia inexcusable, o por divulgación de los secretos que conoce con motivo de su profesión.

En Guatemala no existe ninguna norma sobre el particular, aunque resulta evidente que es necesario establecer un requisito de este tipo, tanto en beneficio del Estado, los clientes y del mismo Notario. Existe un alto riesgo para el profesional, pues se encuentra desprotegido y, al presentarse una situación similar donde se le deduzcan

responsabilidades, seguramente se vea afectado en su patrimonio personal.

La responsabilidad penal del notario

Se da cuando éste en el ejercicio de su profesión puede incurrir en falsedad y otros delitos conexos, haciendo constar situaciones de derecho y de hecho que en realidad no existen o aprovechándose de su función en beneficio propio o ajeno, siendo asimismo derivada, en algunos casos de la responsabilidad civil, que es la responsabilidad que nace de la comisión de un delito, encontrándose la misma en el ámbito del Derecho Público.

Nos encontramos ante la responsabilidad más delicada e importante para el notario, pues en su carácter de fedatario tiene depositada la fe pública del Estado ante los particulares, considerando que el valor que tiende a realizar el Derecho Notarial es la seguridad jurídica, cualquier mal uso, traería como consecuencia una desconfianza entre los particulares y el desconocimiento del notario, en su carácter de fedatario, por parte del Estado, pues generaría una inseguridad jurídica. (Muñoz, 2006:98)

El Código Penal, disposiciones generales en el artículo 1 numeral 2, estipula: que los notarios serán reputados como funcionarios cuando se trate de delitos que cometan en ocasión o motivo de actos relativos al ejercicio de su profesión.

Los delitos que pueden ser cometidos por un notario en el ejercicio de su profesión están tipificados en el Código Penal y son los siguientes: 1) publicidad indebida; 2) revelación del secreto profesional; 3) casos especiales de estafa; 4) falsedad material; 5) falsedad ideológica, o ambas; 6) supresión, ocultación o destrucción de documentos; 7) revelación de secretos; 8) violación de sellos; 9) responsabilidad del funcionario al autorizar un matrimonio; 10) inobservancia de formalidades al autorizar un matrimonio.

En todos los casos el sujeto activo es el notario, mientras que el sujeto pasivo, puede ser el cliente, cualquier persona particular o la sociedad.

No se debe olvidar el agravante de abuso de autoridad, regulado en el artículo 27, numeral 12 del Código Penal y la inhabilitación especial por ser profesional, a que se refiere el artículo 58, del mismo cuerpo legal.

En los artículos 112, 114, y 119 del Código Penal se establece que la comisión de un delito o falta dará lugar a ejercitar dos acciones, la penal para sancionar al responsable, y la civil para el pago de las responsabilidades civiles.

Por ello es delicada la actuación del notario, en especial si se trata de actuar dolosamente, ya que esto conlleva no solo la privación de la libertad, sino también la inhabilitación y la deshonra personal, de la familia y afecta al gremio de profesionales.

Responsabilidad administrativa

Sobre la responsabilidad administrativa del notario Muñoz explica que:

La actuación del notario no solo se limita a dar fe de la declaración de los comparecientes, al moldear la voluntad de los otorgantes, y asesorarlos en cuanto a las cargas fiscales que recaen sobre ellos, al celebrar determinado negocio o declaración de voluntad y a informarles que se debe de dar a conocer a la administración pública de las manifestaciones de voluntad de los particulares para que, ésta pueda ejercer un control exacto de éstas declaraciones, para los efectos posteriores de los mismos. Y para el notario a las obligaciones posteriores al acto o contrato realizado o efectuado. (Muñoz ,2006:100)

La responsabilidad administrativa es aquella en la que incurre el notario por no informar a ciertas dependencias del Estado, específicamente a los registros sobre determinados actos y contratos que celebre, ya que este incumplimiento puede generar directa o indirectamente consecuencias de tipo jurídico. Entre estas obligaciones se pueden citar las siguientes: pago de apertura del protocolo, depósito del protocolo según sea la circunstancia, cerrar el protocolo y redactar el índice, entrega de testimonios especiales dentro del plazo establecido en la ley, extender testimonio a sus clientes, protocolización de actas de matrimonio inventario, dar los avisos correspondientes, obligaciones reguladas en el Código de Notariado y la Ley del Organismo Judicial.

La responsabilidad fiscal del notario

Sobre la responsabilidad fiscal del notario Carral y De Teresa (1983:142), expresa lo siguiente: se incurre en ella por incumplimiento de deberes de los particulares o ajenos a la función notarial propia.

Al respecto en Guatemala el notario resulta ser recaudador del fisco cuando paga, por un cliente los impuestos sobre el contrato celebrado o cuando adquiere timbres fiscales para el pago de dicho impuesto, del valor agregado o para expedirle el testimonio, en estos casos estamos ante la responsabilidad fiscal, es importante hacer notar que esta práctica no tiene su fundamento en una norma tributaria, se basa en que el notario no puede ni debe extender el denominado primer testimonio y los posteriores que son las copias simples legalizadas que se entregan al cliente como constancia del negocio jurídico que consta en el protocolo y la existencia de la escritura matriz si no se ha satisfecho el pago del impuesto.

Las responsabilidades fiscales más importantes conforme a los cuerpos legales correspondientes son: Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos, Ley del Impuesto Único Sobre Inmuebles, Ley del Timbre Forense y Notarial, Ley sobre el Impuesto de Herencia, Legados y Donaciones, Ley del Impuesto al Valor Agregado.

Responsabilidad disciplinaria

Según Muñoz (2006:103), esta responsabilidad, tiende a proteger los intereses de los particulares o clientes, es una forma de control al ejercicio profesional del notario, para evitar el incumplimiento a las normas que lo dirigen y fundamentan que en caso de incumplimiento generarían resultados negativos para los particulares o clientes.

Por su parte, González citado por Muñoz establece: “la responsabilidad disciplinaria, tiene por objeto reprimir una falta a los deberes de la profesión; y como fin el mantenimiento de la disciplina necesaria en interés moral de la profesión, cuyas normas en el ejercicio han sido violadas; y por medio de las medidas o penas a infringir por una jurisdicción instituida con ese propósito”. (2006:103)

Por lo que se puede decir: que el notario incurre en responsabilidad disciplinaria o responsabilidad moral, cuando falta a la ética profesional, o atenta contra el prestigio y el decoro de la profesión, siendo el Tribunal de Honor del Colegio Profesional, el que se encarga de recibir las denuncias y seguir el trámite correspondiente.

En Guatemala el órgano encargado de la aplicación de las sanciones disciplinarias es la Corte Suprema de Justicia, quien a la vez fiscaliza la actuación del notario regulada en los artículos del 98 al 105 del Código de Notariado y la revisión del protocolo artículos del 84 al 89 del mismo cuerpo legal.

El secreto profesional

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al secreto profesional indicando que es un deber que tienen los miembros de ciertas profesiones como médicos, abogados, notarios, de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión.

Como norma general se tiene la inviolabilidad del secreto. En la práctica, como se sabe esto es fácil de cumplir voluntariamente, Como secreto profesional en general, se podría revelar: cuando haya el consentimiento expreso del propio interesado, cuando haya beneficio para el bien común, cuando la revelación beneficie directamente al propio interesado, cabe presumir su consentimiento, cuando la no revelación pueda causar un grave perjuicio, como el peligro de muerte al profesional depositario del secreto, cuando pueda darse el mismo efecto con relación a un tercero inocente que deba salvarse.

"Es un hecho del cual el notario tiene conocimiento en el ejercicio de su profesión y que no debe revelar". (Mora, 1999:98). El secreto de la actuación del notario abarca no solo el secreto del protocolo que se da en el ámbito objetivo, derivado de la existencia de los documentos autorizados, sino también el propiamente dicho secreto profesional, en tanto la información que recibe, que va desde el deseo de disolver el vínculo matrimonial, el estado de solvencia económica del cliente o el

propio estado afectivo de éste para con sus parientes más cercanos, reflejado muchas veces a la hora de instituir herederos o legatarios en testamento. De esta forma al notario le está vedada la posibilidad de brindar cualquier información sobre aquellos hechos de los cuales tenga conocimiento como consecuencia del ejercicio de sus funciones.

Hay actos que contienen situaciones privadas cuyo conocimiento está reservado únicamente a las partes interesadas como los que documentan situaciones de familia, como reconocimiento de hijos, declaraciones sobre condiciones de vida, ofertas de contratos sin aceptación, donaciones, o testamentos especialmente cuando se encuentre en vida el testador.

Aun los negocios que parecen ser estrictamente patrimoniales, no tienen por qué ser divulgados a cualquier extraño, conocer el patrimonio de una persona por su actividad política, sindical, social entre otras, no justifica la exhibición de los protocolos a la vista de un extraño.

El notario tiene como deber ético el guardar reserva de los asuntos vinculados con la vida privada de sus clientes y de su familia. Porque se debe proteger el bien jurídico tutelar de los mismos, teniendo el deber el abogado y notario de guardar el secreto sobre lo relacionado con dicha intimidad, así mismo está ética y jurídicamente comprometido a no violar el secreto que el cliente le confía y la información que pertenece exclusivamente al negocio jurídico para el cual es requerido.

En el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados y Notarios, se menciona en el Capítulo I, de los postulados, específicamente en el numeral 4, la lealtad del profesional para con su cliente, y en el artículo 5 de ese mismo cuerpo legal también se desarrolla el deber de guardar el secreto profesional.

El secreto profesional comprende dos aspectos: por una parte, las confidencias que el cliente realiza al profesional con el propósito de encontrar una solución jurídica a sus asuntos como por ejemplo: en el otorgamiento de un testamento, en las capitulaciones matrimoniales, donación por mencionar algunos y por otra parte, tienen la confianza que el notario no revelará la información que de manera secreta se le ha confiado.

El notario, en el desempeño de sus funciones muchas veces al asesorar a las partes, se torna depositario de la confianza de sus clientes y se entera de intimidades y circunstancias que ameritan su discreción y secretividad como un requerimiento mínimo de la lealtad que debe observar con sus clientes.

El secreto profesional no es privativo de la profesión de notario ni del abogado, sino de todos los quehaceres profesionales y demás actividades en las que se maneja información personalizada, cuyo incumplimiento es sancionado como ya se estableció por el Código Penal en el artículo 223, con caución económica o privación de libertad.

Análisis del principio de unidad de contexto

Este principio, conocido también como de Especialidad, según Muñoz (2001:08), es muy propio de Guatemala, ya que habiéndose investigado en las normativas de otros países no se obtuvo información sobre este enunciado en particular, lo que da la pauta para afirmar que es un principio propio de la legislación guatemalteca, el cual está regulado en el Artículo 110 del Código de Notariado el cual reza: que cualquier disposición que se emita para crear, suprimir o modificar los derechos y obligaciones de los notarios contenidos en el Código de Notariado, deben hacerse como reforma expresa a la misma a efecto de conservar la unidad de contexto.

El principio de unidad de contexto como principio del derecho notarial, pretende mantener una adecuada sistematización jurídica en la que exista una legislación notarial que abarque todos y cada uno de los aspectos relacionados con el quehacer profesional del notario, pero que toda esa normativa jurídica se encuentre regulada en un solo cuerpo legal, a fin de evitar la dispersión de sus normas.

Así mismo en el segundo considerando del Decreto Número 314 del Congreso de la República código de Notariado se establece: que es imperativo modernizar los preceptos de la referida ley, y unificar en un solo cuerpo claro y congruente todas las disposiciones que se refieren a

la actividad notarial, siendo que esta ley está vigente a la fecha, es la que debe prevalecer al normarse la función del notario por ser la ley específica en la materia toda contravención a este cuerpo legal viola este principio.

Fue interesante y admirable la sensatez que el legislador tuvo al plasmar este principio doctrinario dentro de los preceptos legales de este código de notariado, dándoles de esta manera el carácter de norma jurídica a uno de los principios que inspiró la creación del Decreto Número 314, pretendiendo asegurar desde la perspectiva legal el cumplimiento del mismo, lo que pretendía era evitar un gran número de cuerpos legales con disposiciones legales.

Otros cuerpos legales con el principio de unidad de contexto

Desde luego no sólo el Código de Notariado regula este principio, también otros cuerpos legales, denominándolo unidad de texto, entre ellos:

El Decreto 15-98 del Congreso de la República, que contiene la Ley del Impuesto Único sobre Inmuebles, en el artículo 38, que dice: toda disposición que se emita para crear, suprimir, o modificar las tasas de este impuesto y demás obligaciones tributarias, así como las exenciones establecidas en esta ley, deberá hacerse como reforma expresa a la misma, a efecto que se conserve su unidad de texto. En este concepto

queda prohibida la creación, suspensión y modificación de aquellos derechos y obligaciones por medio de circulares administrativas, resoluciones, acuerdos ministeriales o acuerdos gubernativos.

El Acuerdo Gubernativo número 737-92, que contiene el Reglamento de la Ley del Impuesto de Timbres de Fiscales y Papel Sellado para Protocolos, en el artículo 77, que dice: toda disposición que se emita para crear, suprimir o modificar las normas contenidas en el presente Reglamento, deberá hacerse de forma expresa al mismo a efecto de que se conserve el su unidad de texto.

Al denominar este principio como legal, es por la regulación expresa que tiene la legislación guatemalteca y que no aparece en la doctrina tradicional.

El principio de unidad de contexto o de unidad de texto denominado así indistintamente, resulta de mucha utilidad, ya que su objeto es reunir en un solo texto legal todas las normas que rigen una misma materia a fin de facilitar su estudio, comprensión y aplicación.

Análisis del Decreto 04-2012; reforma al artículo 94 inciso 19 del Código Tributario

El Decreto 4-2012, que vino a reformar varias leyes ordinarias de la normativa vigente en Guatemala, bajo la premisa de la necesidad del cumplimiento de la obligación tributaria y evitar los índices de evasión y defraudación tributaria para una mejor obtención de los recursos tributarios nacionales, situación aplaudible por el espíritu de esta norma pero que vino a contravenir otras leyes como es el caso del Código de Notariado, tema de esta investigación.

A continuación se explican algunos conceptos y procedimientos del Código de Notariado, para fundamentar este análisis. En primer lugar el código de Notariado de Guatemala, Decreto número 314, establece claramente quien es la Institución que debe revisar el protocolo del notario, actividad que está establecida en el artículo 78 y que dice: al Archivo General de Protocolos dependencia del Organismo Judicial, le corresponde registrar los mandatos judiciales, recibir y conservar los expedientes extrajudiciales públicos autorizadas por Notarios del país y los protocolos que en él se depositen por fallecimiento, impedimento o ausencia del Notario respectivo.

Continúa normando el artículo 78 del citado código: el Archivo General de Protocolos será dirigido por un Notario colegiado activo, llevará el título de Director del Archivo General de Protocolos; este será nombrado por el Presidente del Organismo Judicial.

El Código Notariado en el artículo 81 indica las atribuciones del Director del Archivo General de Protocolos, donde se destaca para fines de nuestro estudio en el inciso dos, donde claramente indica que él es el encargado de practicar la inspección de los protocolos de los notarios que residan en la capital y en los municipios del departamento de Guatemala; en el inciso once también vale mencionar el no permitir que sean extraídos, aún con orden judicial, los protocolos, testimonios y documentos del archivo. Si la autoridad, cualquiera que fuere, tuviera que practicar alguna diligencia, la verificará en el propio archivo, a presencia del Director el cual firmará el acta que se levantara.

La inspección y revisión del protocolo tiene por objeto comprobar si en el mismo se han llenado los requisitos formales establecidos en la ley. La revisión puede ser ordinaria, extraordinaria

La inspección y revisión ordinaria se debe hacer cada año, para el efecto, el notario está obligado a presentar el protocolo y sus comprobantes, debiéndose practicar la inspección y revisión en su presencia.

En la capital, es el Director del Archivo General de Protocolos el facultado y en los departamentos los jueces de Primera Instancia. También el Presidente del Organismo Judicial puede nombrar a notarios colegiados activos para que practiquen la inspección y revisión de protocolos, tanto en el departamento de Guatemala, como en los otros departamentos.

La inspección y revisión extraordinaria podrá hacerse en cualquier tiempo, cuando lo ordene la Corte Suprema de Justicia.

Como se puede observar existe una institución, un procedimiento específico y debidamente regulado para la revisión del protocolo no es una situación antojadiza o irregular.

El objeto del Decreto 04-2012 fue adecuar las normas tributarias con la finalidad que las mismas permitan a las Administración Tributaria, ser más eficiente en el control de fiscalización que la ley impone, en especial en la eliminación de contrabando y la defraudación aduanera que ponen en grave riesgo la economía y la estabilidad del país, y que tienen como consecuencia la pérdida de empleos, la reducción de las inversiones y la pérdida de competitividad del país.

Considerando que el fin supremo del Estado es la realización del bien común, de los guatemaltecos, este debe de adecuar la normas tributarias con la finalidad que las mismas permitan a la Administración Tributaria, ser más eficiente en el control y fiscalización que la ley le impone,

siendo el encargado el Congreso de la República de decretar, reformar y derogar leyes tributarias a efecto que se fortalezca la tributación voluntaria se crea el decreto 04-2012. En el cual se reforman varios artículos, que por fines del estudio interesa en especial el artículo 44 que modifica el artículo 94, inciso 19 del código Tributario el cual dice: artículo 94. Infracciones de los deberes formales. Constituye infracción de los deberes formales la acción u omisión del contribuyente o responsable que implique incumplimiento de los previstos en este Código y en otras leyes tributarias. 19. La no exhibición del protocolo por el notario, a requerimiento de la Administración Tributaria, salvo el caso de testamentos. Sanción: multa de cinco mil quetzales (Q.5, 000.00).

Lo que pretende en especial este artículo, vulnera el principio de unidad de contexto y la clara violación a este principios se da al darle potestad a la administración pública para revisar el protocolo del notario que como se describió anteriormente está plenamente establecido en el código de notariado quien es la Institución facultada para esta función y el procedimiento específico a seguir al exigir la exhibición y revisión del protocolo cualquier funcionario nombrado por la administración tributaria y en cumplimiento de la norma antes mencionada está violando el principio de unidad de contexto porque ya hay un procedimiento establecido en el código de notariado y se está violando el principio de

secretividad provocando malestar entre los clientes del notario, al saber que una tercera persona tienen acceso al protocolo enterándose de los negocios jurídicos y declaraciones de voluntad que solo conciernen a las partes.

Otras consecuencias son que al no existir profesionalismo por parte del funcionario de la Administración Tributaria, se puede dar lugar a chantajes por la información obtenida, ya que se está enterando de cosas muy privadas que solo conciernen a las partes. Tampoco existe un reglamento donde se establezca el procedimiento específico y que en todo caso debe practicarse en presencia del notario.

De conformidad con la ley, el protocolo generalmente contiene actos y contratos que son propios de los otorgantes y no del notario, quien únicamente da forma a la voluntad de las partes siendo únicamente depositario del protocolo pues este pertenece al Estado. Su revisión solo puede realizarse por el notario, por los otorgantes, por el inspector de protocolos, director del Archivo General de Protocolos o por orden del juez competente; como lo provee el Código de Notariado en sus Artículos 21, 22, 81, 84. Por el contenido e información que consta en el mismo, por el secreto profesional que debe el notario a sus clientes y por la protección a esa intimidad tal como lo establece en los postulados el Código Ética Profesional en el inciso 4, lealtad no es factible que la Administración Tributaria tenga derecho a revisar el protocolo y

cualquier información concerniente a aspectos fiscales o tributarios recae en los contratantes y no en el notario quien únicamente advierte a los otorgantes de la obligación de pagar los impuestos, siendo estos los responsables ante el incumplimiento.

El Estado, en ejercicio de su poder tributario y por mandato constitucional, tiene la potestad de exigir a los ciudadanos el cumplimiento de una prestación consistente, por lo general, en el pago de una suma de dinero o tributos. Legalmente se establece que el Estado debe cumplir con uno de los fines primordiales, que es el bien común.

Para Héctor Villegas la relación jurídico tributaria “es el vínculo jurídico obligacional que se entabla entre el fisco como sujeto activo, que tiene la pretensión de una prestación pecuniaria a título de tributo y un sujeto pasivo, que está obligado a la prestación”. (1999:246).

La relación jurídica tributaria u obligación tributaria comprende un vínculo, de carácter personal, entre el Estado como sujeto activo y el contribuyente como sujeto pasivo, todo sujeto pasivo está obligado al pago de tributos y al cumplimiento de los deberes formales.

El Estado tiene la facultad de sancionar aquellos contribuyentes que estando obligados al cumplimiento del tributo y no lo hacen, el incumplimiento de deberes que imponen las normas jurídicas deben tener como consecuencia la aplicación de sanciones que disciplinen al contribuyente incumplido por lo que toda acción u omisión que implique

sanción de normas tributarias, constituye infracción sancionable por la Administración Tributaria.

Hay actos y contratos que el código estipula que únicamente los interesados tienen acceso como lo es la donación y el testamento por causas de muerte mientras estos vivan, el artículo analizado únicamente se refiere a los testamentos observados claramente que contradicen los preceptos del Código de Notariado. Creando con ello inseguridad Jurídica violando los preceptos Constitucionales.

Conclusiones

El principio de unidad de contexto como principio propio del Derecho Notarial, pretende mantener una adecuada sistematización jurídica en la que exista una legislación notarial que abarque todos y cada uno de los aspectos relacionados con el que hacer. Profesional del notario, pero que toda esa normativa se encuentre regulada en su solo cuerpo legal, a fin de evitar la dispersión de sus normas.

Fue una acción sensata de los legisladores que en su momento histórico conocieron y estudiaron el contenido del principio doctrinario de unidad de contexto y decidieron incluirlo en el Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, a fin de que este principio no fuera parte solo de una interpretación jurídica sino que al incluirlo, adquiriera la categoría de precepto legal.

No obstante haber sido un acierto de los legisladores que dieron vida jurídica al artículo 110 del Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, a partir de la puesta en vigencia del mismo, han sido creados, modificados o extinguidos preceptos legales que regulan la función profesional del notario guatemalteco en evidente violación no solo al principio doctrinario de unidad de contexto, sino al precepto legal que

regula cual es el procedimiento para legislar los asuntos relativos a la función notarial; poniendo de manifiesto la ignorancia del legislador.

El Estado en cumplimiento de su poder imperio tiene la potestad de exigir el cumplimiento de los deberes tributarios a sus ciudadanos pero esta actividad no debe traspasar los límites del derecho privado ni la relación entre el cliente y el notario porque con esto se viola el derecho a la confidencialidad y genera malestar dentro de la población.

Referencias

Libros

Carral y de Teresa. L. (1983). *Derecho Notarial y Derecho Registral*. México: Porrúa, S.A.

Giménez – Arnau E. (1944). *Introducción al Derecho Notarial* Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado.

Gracias J. (2001). *Derecho Notarial Guatemalteco*, Guatemala, (1era edición). Editorial Fénix.

Mora H. (1999). *Manual de Derecho Notarial, La Función Notarial*. San José Costa Rica: IJSA Investigaciones Jurídicas S.A.

Muñoz. N. (2011). *Introducción al Estudio del Derecho Notarial* Guatemala (11ª edición), Infoconsult Editores.

Muñoz N. (2006). *Introducción al Derecho Notarial*. Guatemala: Infoconsult. Editores.

Muñoz N. (2006). *El Instrumento Público y el Documento Notarial* Guatemala, (10ª edición), Infosonsult Editores.

Salas O. (1973). *Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá*, Costa Rica; Editorial Costa Rica.

Uhía J. (2008). *Ética*, Escuela de Estudios Judiciales, Guatemala.

Villegas H. (1999). *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Buenos Aires, Ediciones Depalma.

Leyes

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente 1985.

Código Procesal Penal, Decreto número 51-92, del Congreso de la República de Guatemala.

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

Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República de Guatemala *Código Civil*, Decreto Ley número 106, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto número 107 del Congreso de la República de Guatemala

Código Penal, Decreto número 17-73, del Congreso de la República de Guatemala

Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala

Disposiciones para el Fortalecimiento del Sistema Tributario y el Combate a la Defraudación y al Contrabando, Decreto número 4-2012 del Congreso de la República de Guatemala

Ley del Impuesto único sobre inmuebles, Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala

Ley de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos, Decreto número 37-92 del Congreso de la República de Guatemala

Código de Ética Profesional. Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala (1994)

Diccionarios

Cabanellas G. (1976) *Diccionario de Derecho Usual.* Heliastas, S.R.L.

Ossorio M. (1981) *Diccionario de Ciencia Jurídicas Políticas y Sociales.* Heliastas.

Diccionario de la Real Academia Española. (2011) Vigésima Segunda Edición 2001. Madrid. Gráficas Monte Albán, S.A. DE C.V.