

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

VALIDEZ DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS MEDIANTE LA SUBSANACIÓN DE
DOCUMENTOS NOTARIALES POR VICIOS CONGÉNITOS

CARLOS ALFREDO BARALES CABRERA

GUATEMALA, JULIO DE 2024

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

VALIDEZ DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS MEDIANTE LA SUBSANACIÓN DE
DOCUMENTOS NOTARIALES POR VICIOS CONGÉNITOS

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CARLOS ALFREDO BARALES CABRERA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2024

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

DECANO: M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I: Vacante
VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV: Lic. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO: Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

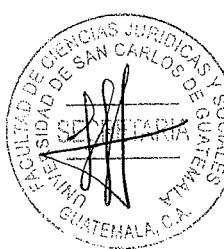
Primera Fase:

Presidente: Lic. Guillermo David Villatoro Illescas
Vocal: Lic. Alexander Fernando Cárdenas Villanueva
Secretaria: Licda. Claudia Paola Adelina Castellanos Samayoa

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Ingrid Nohelia Villatoro Natareno
Vocal: Lic. Héctor Javier Pozuelos López
Secretario: Lic. Armin Cristóbal Crisóstomo López

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).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
28 de noviembre de 2023.

Atentamente pase al (a) Profesional, **MARTA ALICIA RAMÍREZ CIFUENTES**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **CARLOS ALFREDO BARALES CABRERA**, con carné 201501678, intitulado: **VALIDEZ DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS MEDIANTE LA SUBSANACIÓN DE DOCUMENTOS NOTARIALES POR VICIOS CONGÉNITOS.**

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS

Jefe (a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

SAQO

Fecha de recepción 29, 11, 2023 (f)

Asesor(a)

(Firma y sello)

Marta Alicia Ramírez Cifuentes
ABOGADA Y NOTARIA



**LICDA. MARTA ALICIA RAMÍREZ CIFUENTES
ABOGADA Y NOTARIA**



Guatemala 30 de enero del año 2024

**Doctor Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.**

Doctor Herrera Recinos:



Atentamente me dirijo a usted con el objeto de darle a conocer que en cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona de fecha veintiocho de noviembre del año dos mil veintitrés, en mi calidad de asesora del trabajo de tesis del estudiante **CARLOS ALFREDO BARALES CABRERA**, que se intitula: **"VALIDEZ DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS MEDIANTE LA SUBSANACIÓN DE DOCUMENTOS NOTARIALES POR VICIOS CONGÉNITOS"**; procedí a emitir opinión y las modificaciones necesarias, las cuales fueron atendidas por el alumno, por lo que procedo a dictaminar en el siguiente sentido:

- 1) Por el contenido, análisis, objeto de desarrollo, aportaciones y teorías sustentadas por el alumno, califico de importante y valedera la asesoría prestada, circunstancias de aplicación y académicas que tienen que concurrir y son atinentes a un trabajo de investigación de tesis.
- 2) En cuanto a la redacción empleada, se observó que durante el desarrollo de la misma se utilizó una ortografía y gramática acorde. En relación con la contribución científica se puede indicar que el trabajo desarrollado tiene el contenido científico requerido, debido a que de su estudio señala la problemática que generan los vicios congénitos en los documentos notariales.
- 3) La metodología utilizada fue la adecuada, habiéndose empleado los métodos analítico, sintético, deductivo e inductivo, así como la técnica documental y de fichas bibliográficas, las cuales fueron relevantes para la recolección de la información tanto doctrinaria como jurídica relacionada con el tema que se investigó.
- 4) Se le sugirieron al alumno varias correcciones durante la asesoría del trabajo de tesis a su introducción, capítulos, conclusión discursiva y citas bibliográficas. Además, es de importancia indicar que el sustentante analizó ampliamente lo relacionado con la validez de las escrituras públicas mediante la subsanación de documentos notariales por vicios congénitos.

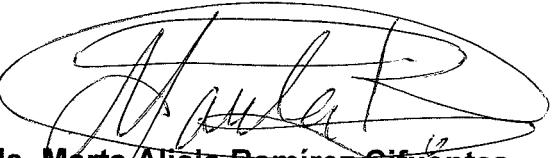
**LICDA. MARTA ALICIA RAMÍREZ CIFUENTES
ABOGADA Y NOTARIA**



- 5) La bibliografía que se empleó constató que en el desarrollo y culminación del informe final de tesis, se utilizó doctrina ajustada perfectamente al contenido de los capítulos.
- 6) He instruido y guiado al estudiante durante las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas de investigación apropiadas, siendo de utilidad para la comprobación de la hipótesis planteada y para alcanzar los objetivos señalados de conformidad con la proyección científica de la investigación. Se hace la aclaración que entre la asesora y el sustentante no existe parentesco alguno dentro de los grados de ley.

Doy a conocer que el trabajo de tesis del sustentante cumple de manera eficaz con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que **DICTAMINO FAVORABLEMENTE** 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 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.



**Licda. Marta Alicia Ramírez Cifuentes
Asesora de Tesis
Colegiada 15,095**

Marta Alicia Ramírez Cifuentes
ABOGADA Y NOTARIA



USAC

TRICENTENARIA

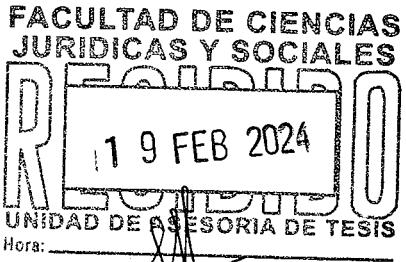
Universidad de San Carlos de Guatemala



Guatemala 19 de febrero del año 2024

Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Dr. Herrera Recinos:



Le doy a conocer que revisé virtualmente la tesis del estudiante CARLOS ALFREDO BARALES CABRERA, con carné 201501678 que se denomina: "VALIDEZ DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS MEDIANTE LA SUBSANACIÓN DE DOCUMENTOS NOTARIALES POR VICIOS CONGÉNITOS", a quien le indiqué las correcciones necesarias, las cuales fueron realizadas.

La tesis cumple con lo regulado en el instructivo de la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, motivo por el cual emito DICTAMEN FAVORABLEMENTE para que el estudiante pueda continuar con el trámite correspondiente.

Atentamente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Alexander Fernando Cárdenas Villanueva
Docente Consejero de Redacción y Estilo





Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, seis de mayo de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CARLOS ALFREDO BARALES CABRERA, titulado **VALIDEZ DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS MEDIANTE LA SUBSANACIÓN DE DOCUMENTOS NOTARIALES POR VICIOS CONGÉNITOS**, Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/AFCV



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FAC. DE C.C. J.J. Y S.S.
UNIDAD DE
ASESORÍA DE
TESIS
GUATEMALA, C.A.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DEGANO
GUATEMALA, C.A.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DEGANO
GUATEMALA, C.A.





DEDICATORIA

A DIOS: Por darme salud, sabiduría y bendiciones para alcanzar mis metas como persona y como profesional.

A MIS PADRES: Luis Alfredo Barales Dávila y Sara Griselda Cabrera Sánchez, porque gracias a su esfuerzo, amor incondicional, su apoyo constante, su paciencia y sus consejos pude llegar a esta etapa en mi vida, por lo que estoy muy agradecido con ellos, ya que el día de hoy he logrado alcanzar una meta importante en mi vida.

A MI ABUELA: María Elena Barales Dávila (Q.E.P.D.), por haber sido una importante influencia en mi vida.

A MIS HERMANOS: Sara Liseth Barales Cabrera y Luis Eduardo Barales Cabrera.

A MIS TÍAS: Vilma y Dora Barales, ya que forman parte muy importante tanto en mi formación personal como



profesional, por los consejos y el apoyo que me han brindado en todo momento.

A LOS LICENCIADOS:

Josué Manuel Menéndez Martínez y María Mercedes Barillas Barrera por el apoyo brindado durante mi formación académica y laboral.

A MIS AMIGOS:

Compañeros y demás personas que me acompañaron durante mi formación académica.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por proporcionarme los conocimientos necesarios para convertirme en un profesional.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala por ser mi segundo hogar y por formarme como profesional en mi carrera.

PRESENTACIÓN



La investigación llevada a cabo fue de carácter eminentemente cualitativa, puesto que se reflexionó desde el derecho notarial lo relativo a la manera en que se puede subsanar el vicio congénito de la escritura pública, a partir de que la misma omitió elementos esenciales para que el acto se celebró sin legitimación, entre otros aspectos

El objeto de estudio fueron las escrituras con vicio congénito, mientras que los sujetos de estudio fueron los notarios que han cometido dichos vicios por impericia o negligencia; lo cual fue establecido para el período 2020 al 2022, siendo realizado el trabajo de campo durante el año 2023.

El aporte realizado en esta investigación se orientó a recomendarle al Congreso de la República de Guatemala, la inclusión del Artículo 33 Bis, para incluir que la enmienda de las escrituras que adolecen de vicios congénitos se puede hacer a partir de otra escritura de ampliación en donde las partes ratifiquen el contenido del negocio jurídico, corrigiendo con ello el vicio congénito que las hizo nulas.

HIPÓTESIS

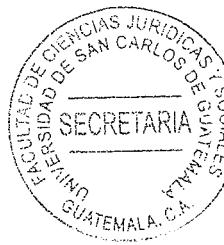


Para que las escrituras realizadas por notario que contengan vicios congénitos puedan existir legalmente, el Congreso de la República de Guatemala debe incluir un Artículo estableciendo que la corrección de los vicios congénitos en las escrituras públicas se realizará a partir de una escritura de ampliación en donde las partes ratifiquen el contenido del negocio jurídico, teniendo en cuenta la corrección o cumplimiento del vicio congénito para que ya no exista el mismo.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



La hipótesis fue debidamente comprobada, para lo cual se utilizaron los métodos analítico, deductivo, inductivo y sintético, puesto que se demostró que para que las escrituras realizadas por notario que contengan vicios congénitos puedan existir legalmente en Guatemala, el Congreso de la República de Guatemala debe incluir por adición el Artículo 33 Bis, en donde se establezca que la corrección de los vicios congénitos en las escrituras públicas se realizará a partir de una escritura de ampliación en donde las partes ratifiquen el contenido del negocio jurídico, teniendo en cuenta la corrección o cumplimiento del vicio congénito para que ya no exista el mismo.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho notarial	1
1.1. Definición	2
1.2. Reseña histórica	2
1.3. Sistemas notariales.....	6
1.4. Principios	13
1.5. Objetivo y fines	15
1.6. Características	16

CAPÍTULO II

2. El notario	19
2.1. Definición de notario	19
2.2. Características	23
2.3. Impedimentos del notario para su ejercicio profesional	24
2.4. Capacidad para el ejercicio notarial	26
2.5. Responsabilidad del notario	28
2.6. Formalidades esenciales	29
2.7. Libre elección del notario	29
2.8. Honorarios del notario.....	30
2.9. Protocolo notarial	34

CAPÍTULO III

3. La función notarial	37
3.1. Concepto de función notarial	40
3.2. Importancia de la función notarial	40
3.3. Utilización metajurídica de la actuación notarial	41
3.4. Teorías de la función notarial.....	42
3.5. Ubicación de la función notarial entre las demás funciones públicas	46

CAPÍTULO IV

4. La validez de las escrituras públicas mediante la subsanación de documentos notariales por vicios congénitos en Guatemala	51
4.1. El instrumento notarial	52
4.2. La escritura pública.....	53
4.3. Clases de escrituras.....	54
4.4. Estructura	55
4.5. Validez de las escrituras públicas mediante la subsanación de documentos notariales por vicios congénitos en Guatemala	57
4.6. Propuesta de reforma	61
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	65
BIBLIOGRAFÍA.....	67

INTRODUCCIÓN



La investigación se justifica porque en el Código de Notariado de Guatemala no se incluye ningún procedimiento para la corrección o enmienda de las escrituras públicas que adolecen de un vicio congénito; es decir, lo que ocurre cuando el acto es celebrado sin legitimación, lo cual ocurre cuando el objeto del negocio no se encuentra en la esfera patrimonial del sujeto al que se le imputa la voluntad de modificarlo; es decir, cuando realiza la venta de cosa ajena, pero, al no haber un interés general en juego, el acto ineficaz puede subsanarse y adquirir efectos plenos y retroactivos, lo cual es posible por medio de la ratificación del mismo.

Una escritura pública es un documento público en el que se realiza ante un notario público quien funge como ministro de fe un determinado hecho o un derecho autorizado por dicho fedatario público, que firma con el otorgante u otorgantes, mostrando sobre la capacidad jurídica del contenido y de la fecha en que se realizó. La escritura pública es un instrumento notarial que contiene una o más declaraciones de las personas que intervienen en un acto o contrato, emitidas ante el notario que lo complementa con los requisitos legales propios y específicos de cada acto, para su incorporación al protocolo del propio notario y, en su caso, para que pueda inscribirse en los registros públicos correspondientes.

El objetivo general se orientó a exponer sobre la validez de las escrituras públicas mediante la subsanación de documentos notariales por vicios congénitos, especialmente cuando se compruebe que el notario no actuó con dolo sino con impericia o negligencia, dejando de lado aspectos esenciales como que el acto se celebró sin legitimación, entre otros aspectos.

El cuerpo capitular se integra por cuatro capítulos, siendo el primero, orientado a exponer el derecho notarial, definición, reseña histórica, sistemas notariales, principios, objetivo y fines y características; el segundo, permitió abordar los aspectos relativos al notario, definición, características, impedimentos, capacidad para el ejercicio notarial,



cuando se compruebe que el notario no actuó con dolo sino con impericia o negligencia, dejando de lado aspectos esenciales como que el acto se celebró sin legitimación, entre otros aspectos.

El cuerpo capitular se integra por cuatro capítulos, siendo el primero, orientado a exponer el derecho notarial, definición, reseña histórica, sistemas notariales, principios, objetivo y fines y características; el segundo, permitió abordar los aspectos relativos al notario, definición, características, impedimentos, capacidad para el ejercicio notarial, formalidades esenciales, libre elección del notario, honorario del notario, protocolo notarial; el tercero, se construyó en función de la función notarial, concepto, importancia, utilización metajurídica de la actuación notarial, teorías de la función notarial y ubicación de la misma entre las demás funciones; mientras que el cuarto se redactó a partir de la validez de las escrituras públicas mediante la subsanación de documentos notariales por vicios congénitos en Guatemala.

Los métodos utilizados para ordenar la información y reflexionar sobre el contenido de la investigación, fueron el analítico, el deductivo, el inductivo y el sintético; mientras que las técnicas bibliográficas y documentales, permitieron la obtención de la información requerida para alcanzar los objetivos y someter a prueba la hipótesis, la cual fue debidamente comprobada.

Como conclusión se recomendó al Congreso de la República de Guatemala la adición del Artículo 33 Bis, para que en el mismo se establezca legalmente el mecanismo que permita corregir las escrituras públicas que adolezcan de vicios congénitos, especialmente a través de una escritura de ampliación en donde los comparecientes ratifiquen el contenido del negocio jurídico, cuidando el notario de subsanar el vicio congénito que no le permite a la escritura que lo contiene, adquirir vida jurídica en Guatemala.



CAPÍTULO I

1. Derecho notarial

El derecho notarial llamado también derecho de la autenticidad y derecho formal auténtico, es constitutivo del conjunto de principios, instituciones y normas jurídicas reguladoras de la función notarial que tienen por finalidad la producción del instrumento público notarial, tomando en consideración claramente la parte esencial, principal y final del derecho notarial.

De esa forma, el mismo se encarga del estudio de la organización del notariado, ámbito que abarca la forma como se estructura, su organización, así como se regula el funcionamiento de esta importante institución del derecho.

Tanto la función notarial como la organización del notariado constituyen las macro instituciones jurídicas que constituyen el contenido del derecho notarial y deben ser analizadas por separado. Ello, resulta del análisis, interpretación y sistematización del plexo normativo que se vincula con la materia notarial.

El derecho notarial es reconocido por la ley en sentido lato debido a que es de carácter positivo, así como tiene que indicarse que es normativo por su formalidad y sustancialidad. También, es genérico debido a que rige para todos y autenticador porque trasunta la veracidad, certeza y fe pública.



Es de anotarse que tanto el derecho sustantivo como el derecho civil, mercantil y societario regulan la forma de los actos y contratos; mientras que el derecho notarial, se encarga de la regulación de las formalidades. La formalidad se constituye como un elemento esencial de la definición del instrumento público notarial y en sustento de la función notarial.

1.1. Definición

“El derecho notarial es el conjunto de normas jurídicas, doctrinas, etapas de la historia y conceptos que conforman y regulan la organización de la función notarial con la finalidad de la autorización solemne y probatoria del instrumento público, siendo su esencia la que se encuentra en la fe pública notarial de la cual se encuentra investido el Notario”.¹

1.2. Reseña histórica

Es de importancia hacer mención del origen de la palabra notario, pudiendo indicarse que los *notarii* eran quienes empleaban las notas tironianas. Las mismas eran caracteres abreviados, los cuales eran constitutivos de una especie de escritura en taquigrafía que se encontró en uso en la Antigua Roma y en la Edad Media.

También, es de importancia tener conocimiento de quienes fueron los antecesores del notario, debido a que no existe posibilidad alguna de precisar el momento exacto en el cual surgió la fe pública notarial. Es de anotarse que los antecesores de los notarios fueron

¹ González, Carlos Emerito. **Derecho notarial**. Pág. 50.



originalmente, única y exclusivamente redactores de documentos. El notario, como se concibe en la actualidad, solamente apareció en la historia de la humanidad cuando el mismo quedó investido de poder, lo cual no es fácil de precisar, pero sí es cierto que originalmente apareció el documento, siendo el notario quien lo redacta.

Hasta el siglo XII los redactores de documentos adquirieron el poder del otorgamiento de la fe pública, lo cual es una potestad que hasta ese momento había sido referente a jueces o Magistrados. Pero, con el surgimiento del notario con fe pública no puede indicarse que pierda su anterior condición de redactor de documentos. La autenticidad del documento eleva de forma considerable su valor legal pero no transforma de manera esencial el quehacer notarial.

Es de indicar que el panorama cambió de forma radical con la recepción del derecho romano y a partir del siglo XII se intensificó y difundió el estudio de las grandes compilaciones de Justiniano y comenzó en casi todos los países un movimiento social encaminado a cambiar el derecho romano por el derecho autóctono. Ello, surgió especialmente en la parte del norte de Italia, dominada por completo por los longobardos, siendo el derecho romano el que imperó en los demás países pertenecientes a Europa, pero en todo ello ese derecho fue tomado en consideración como ley común que contemplaba la legislación particular.

“Además, la recepción del derecho romano cambió por completo el camino del derecho notarial. A partir de la Escuela de Bolonia, el notario quedó perfilado de manera definitiva



como jurista. En España se sentaron los fundamentos sobre los cuales se asentó la profesión notarial y debido a ello el notariado ha recuperado su prestigio y se ha colocado al mando de los notarios modernos, de acuerdo al reconocimiento de la unanimidad”.²

En Grecia, existieron diversos funcionarios en los cuales algunos autores han creído encontrar determinadas analogías, las cuales no son bien precisas, con el notario actual, como sucedió con los síngrafos, quienes se encargaban de la formalización de los contratos por escrito entregándoles a las partes respectivas sus firmas, y los apógrafos puede indicarse que eran los copistas de los tribunales.

En Roma existieron gran cantidad de personas que tenían a su cargo la redacción de los instrumentos. Por su parte, los *scriba* conservaban los archivos judiciales y daban forma escrita a las resoluciones de los magistrados.

Los *notarii*, también estaban adscritos a la organización judicial y eran quienes escuchaban a los litigantes y testigos y ponían por escrito, de manera ordenada y sistemática el contenido de sus correspondientes exposiciones.

Durante la Edad Media la disolución del imperio ocasionó un retroceso en la evolución de la institución notarial. Los señores feudales se atribuyeron el dominio total de todas las tierras y de todos sus vasallos quienes les debían la respectiva obediencia.

² Carral y de Teresa, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. Pág. 100.



Como en principio todo le era perteneciente, existió intervención a través de delegados en todos los contratos y testamentos. El notariado feudal tiene como finalidad propia la preservación de los derechos del señor y no el de servir a los intereses de las partes contratantes u otorgantes. Se careció de la independencia de los tabeliones de las postrimerías de Roma y del notario latino de actualidad, pero a la vez contaba con facultades impariendo para el efecto autenticidad de los actos en los cuales tenía intervención. En el mismo se repitió el ciclo de evolución primitivo, debido a la forma espontánea que se presentó en el notariado eclesiástico que no se limitó a los asuntos relacionados con la Iglesia, sino que tuvo intervención directa de manera creciente en los asuntos temporales.

Por su parte, el notariado español recibió la influencia de la escuela notarial en la Universidad de Bolonia. Al final de la Edad Media, casi en los comienzos del Renacimiento, se puede hacer mención de la actuación notarial tomando en cuenta como una función pública.

Al alcanzarse la unificación de la función notarial en los comienzos del siglo XIX, la institución del notariado se consolidó plenamente. La famosa ley francesa promulgada influyó decisivamente en las leyes notariales de España y de la América española estableciendo las líneas generales del régimen notarial latino de la actualidad.

Cuando Cristóbal Colón descubrió América trajo en su tripulación a Rodrigo de Escobedo, quien era escribano. La venida a América de Escobedo trajo consigo la personificación del

cambio del instituto de notariado de España a América. De ese momento en adelante, se tenían que marchar unidos formando una comunidad indisoluble.

Los antecedentes de la legislación americana tienen que buscarse en las normas jurídicas castellanas. No obstante, se promulgó una legislación especial para América conocida como Leyes de Indias las cuales exigían el título académico de escribano y pasar un examen ante la Real Audiencia.

1.3. Sistemas notariales

Por sistema se comprende el conjunto ordenado de principios o reglas relacionadas con una materia, o sea el conjunto de cosas que de manera ordenada tienen relación entre sí, contribuyendo a un determinado objeto.

En cambio por sistema notarial se entiende el conjunto de principios y reglas que en armonía entre sí, permiten el cumplimiento de la función notarial, o sea, con el que hacer del notario. O sea, se debe hacer referencia a la universalidad de funciones o actividades propias que lleva a cabo el notario, las cuales implican un antes, durante y después de haber sido requerido este para la prestación del servicio profesional.

En dicho orden de ideas ello significa que el sistema notarial va a permitir que el notario contemple una serie de principios y reglas tanto doctrinales como legales a efecto de cumplir de manera fiel con su función notarial.



- a) Sistema notariado latino: dentro del conjunto de sistemas notariales el sistema latino se caracteriza debido a su influencia proveniente del derecho romano, tomando como principales características las que a continuación se indican.
- Haber obtenido un título facultativo: de acuerdo a este sistema para poder ejercer el sistema notarial tiene que haberse obtenido el título facultativo, por ende, deberá ser profesional del derecho egresado de cualquier universidad.

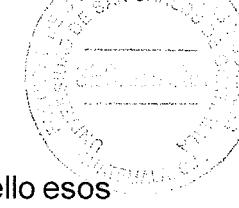
El Artículo 2 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Para ejercer el notariado se requiere:

- 1º. Ser guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar, y domiciliado en la República, salvo lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 6º;
 - 2º. Haber obtenido el título facultativo en la República o la incorporación con arreglo a la ley;
 - 3º. Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellido usuales; y
 - 4º. Ser de notoria honradez”.
- Aplicación del derecho escrito: encuentra su fundamento en que el notario tiene que hacer constar siempre la voluntad de las partes en documentos notariales, los cuales tienen que ser redactados de acuerdo a la forma notarial cumpliendo con los requisitos establecidos en la norma legal.

- Es un asesor de las partes: “Lo cual quiere decir que la actividad que lleva a cabo es de carácter profesional y perteneciente al derecho, y que deberá contar a su vez con suficiente conocimiento en la norma sustantiva y en la misma legislación para cumplir su función, lo cual implica prestar claramente una explicación de las partes, y es más conveniente a sus propios intereses, a su patrimonio y bienes, fundamentándose en la declaración de voluntad de los mismos”.³
- Interpreta la voluntad de las partes: es la característica que implica que cuando el notario es requerido por las partes y las mismas son las que tienen a su cargo la exposición de la manifestación de voluntad del notario mediante su conocimiento y experiencia llevando a cabo un proceso mental e interpretando su voluntad a efecto de concretar el negocio jurídico, el contrato o acto de conformidad con la declaración de voluntad.
- Redacta, lee y explica el documento: es la característica que hace referencia a que el notario se encuentra fundamentado en la declaración de voluntad de las partes, dándole forma legal para la satisfacción de la necesidad que tienen las partes dotándolo de certeza legal.

Es el instrumento mismo que posteriormente deberá leer y explicarse para que las partes puedan comprobar de manera fiel su respectiva declaración. También, cumple con una función que significa la prevención a las partes de los efectos

³ Larraud, Rufino. **Curso de derecho notarial**. Pág. 110.



legales que el instrumento notarial obtendrá para el efecto, explicando para ello esos efectos jurídicos.

- Autoriza el instrumento: quiere decir que después de haber leído detenidamente el documento, así como explicado sus efectos jurídicos deberá preguntar a las partes si se encuentran de acuerdo con su contenido para que los mismos ratifiquen y acepten, para posteriormente proceder al acto propio de autorización.

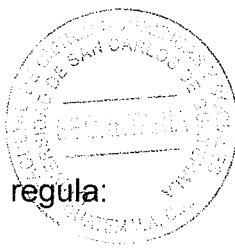
Ello, se tiene que llevar a cabo a través de signos exteriores que permitan la autenticación de los que constituyen su firma y correspondiente sello, dotando para el efecto a documentos de seguridad jurídica por medio de la fe pública que ha recibido el Estado.

- Conserva el instrumento: el sistema latino es el encargado de exigirle al notario que tiene que contar con un registro notarial, el cual se llama protocolo. El notario no puede entregar los instrumentos notariales originales debido a que él es únicamente depositario de ese protocolo, por ende, la ley le ordena su conservación.
- Reproduce el instrumento: el notario tomando en consideración lo dispuesto en la conservación del instrumento y al no poder hacerse cargo de la entrega de los documentos originales tiene la obligación de entregarle a las partes copias de los originales cuyo valor legal es el mismo del instrumento original, copias llamadas de acuerdo a la legislación vigente testimonios y copias simples.

El Artículo 66 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Testimonio es la copia fiel de la escritura matriz, de la razón de auténtica o legalización, o del acta de protocolación, extendida en el papel sellado correspondiente, y sellada y firmada por el notario autorizante o por el que deba sustituirlo, de conformidad con la presente ley”.

También, el Artículo 73 de la citada norma regula lo siguiente: “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”.

- Su cargo es por tiempo indefinido: es la característica del sistema notarial latino que implica que al graduarse una persona de notario durará en el ejercicio todo el tiempo que él desee, debido a que la legislación no indica el plazo específico para su ejercicio ni tampoco la autorización especial para hacerlo durante un período determinado, salvo el caso de impedimento o inhabilitación.
- Tiene que ser perteneciente a un colegio profesional: en el sistema notarial latino que se practica en la sociedad guatemalteca, el notario además de obtener el título facultativo requiere de pertenecer a un colegio profesional, en este caso, el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, debido a que la normativa constitucional en sus artículos 34 y 90 lo preceptúa, así como en la Ley de Colegiación Profesional.



El Artículo 34 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula:

“Derecho de asociación. Se reconoce el derecho de libre asociación.

Nadie está obligado a asociarse ni a formar parte de grupos o asociaciones de auto-defensa o similares. Se exceptúa el caso de la colegiación profesional”.

El Artículo 90 la Constitución Política de la República de Guatemala regula:

“Colegiación profesional. La colegiación de los profesionales universitarios es obligatoria y tendrá por fines la superación moral, científica, técnica y material de las profesiones universitarias y el control de su ejercicio.

Los colegios profesionales, como asociaciones gremiales con personalidad jurídica, funcionarán de conformidad con la Ley de Colegiación Profesional obligatoria y los estatutos de cada colegio se aprobarán con independencia de las universidades de las que fueren egresados de sus miembros.

Contribuirán al fortalecimiento de la autonomía de la Universidad de San Carlos de Guatemala y a los fines y objetivos de todas las universidades del país.

En todo asunto que se relacione con el mejoramiento del nivel científico y técnico cultural de las profesiones universitarias, las universidades del país podrán requerir la participación de los colegios profesionales”.

- Ejercicio liberal: hace referencia a que el notario puede ejercer su profesión de manera liberal, debido a que no es ni funcionario público, ni judicial, ni administrativo, por ende, no percibe un salario del Estado, y son sus propios clientes quienes pagan sus honorarios profesionales.

- b) Sistema notarial Sajón: es el sistema practicado en los países de habla inglesa y difiere de manera notable del sistema notarial latino, y en total contraposición, siendo sus principales características las que a continuación se indican.
- No es funcionario: es la característica que indica que el notario Sajón no es considerado como funcionario, debido a que lleva a cabo su ejercicio de una forma liberal.
 - Únicamente autentica firmas: “Probablemente es la característica de este sistema Sajón que indica que el notario únicamente autentica las firmas de los documentos que las partes en su mayoría ya le llevan redactados, concretándose en dicho sentido a legalizar esas firmas y no su contenido del documento”.⁴
 - No existe la obligación de colegiación profesional: ello significa que el notario Sajón no es un profesional del derecho ni egresado de alguna universidad. En dicho sentido puede ser cualquier persona, lo cual quiere decir que a no ser profesional del derecho no pertenecerá a un colegio profesional.
 - No existe un protocolo: el sistema Sajón se diferencia del latino en que en el Sajón no existe un registro notarial, lo cual quiere decir que deberá entregar a las partes los documentos originales, debido a que no guarda o no le exige un registro de los instrumentos originales, lo cual conlleva a un riesgo de la seguridad jurídica.

⁴ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. **Derecho notarial**. Pág. 90.

- No requiere de conocimientos jurídicos especiales: en dicho sentido esta característica señala que si no requiere de esos conocimientos de carácter especial no es necesario que sea profesional del derecho. En ese orden de ideas carece de título facultativo.
- c) Notariado judicial: también se le llama sistema del Notario-Juez, siendo su característica de mayor importancia que los profesionales del derecho denominados notarios son Magistrados y se encuentran bajo la subordinación de tribunales. De esa manera, puede anotarse que la administración del poder judicial es quien se encarga de hacerles su respectivo nombramiento, siendo la función jurisdiccional obligatoria. Además, todos los instrumentos originales son conservados como actuaciones judiciales y pertenecen al Estado.
- d) Notariado administrativo: “El régimen del notariado administrativo se caracteriza por contar con completa independencia del poder de la administración. Su función es de carácter directo en cuanto al particular y el Estado, siendo las facultades que están normadas por las leyes. En esta clase de notariado los profesionales del derecho son empleados de carácter público y servidores de la oficina estatal”.⁵

1.4. Principios

Son los siguientes:

⁵ Giménez Arnau, Enrique. **Derecho notarial**. Pág. 90.



- a) Fe pública: todos los actos y contratos autorizados por notario, ya sea por disposición legal o a requerimiento de las partes tienen la característica especial de que todo lo plasmado en ellos se toma por cierto por toda la sociedad.
- b) Forma jurídica: todos los actos y contratos que el notario autoriza tienen que encontrarse bajo la sujeción de lo regulado en la ley para su forma, y son una especie de requisitos que el documento tiene que cumplir para contar con la debida validez y carecer de cualquier defecto.
- c) Autenticación: todos los actos y contratos que autoriza el notario, deben darse a conocer a la sociedad y tenerse por ciertos en cuanto a su contenido.
- d) Inmediación: los actos y contratos que el notario autoriza tienen que encontrarse presentes en los interesados al lado del notario.
- e) Rogación: el notario es requisito en su actividad profesional y se refiere a que tienen que ser las partes las que acudan a llevar a cabo la respectiva solicitud de su servicio y no viceversa.
- f) Consentimiento: para que los actos y contratos autorizados por notario cuenten con total validez, las partes tienen que encontrarse de acuerdo con el contenido del mismo, de lo contrario puede existir vicio del consentimiento y el documento no nacería a la vida jurídica.



- g) Seguridad jurídica: el contenido de los documentos elaborados por notario se tiene por auténtico, siendo este principio el que tiene relación con la fe pública.
- h) Unidad del acto: los instrumentos públicos tienen que ser elaborados sin interrupción alguna, siendo un ejemplo de este principio el caso del testamento.
- i) Protocolo: se encuentra regulado en la legislación notarial vigente. El Artículo 8 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: "El protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el Notario registra de conformidad con la ley".

1.5. Objetivo y fines

"Dentro de sus primeras épocas se tomó en consideración que la finalidad del derecho notarial es la creación del instrumento público que en nuestro sistema se clasifican en protocolares y extra-protocolares. De esa manera, se tiene que dotar de procedimientos formales y evitar la informalidad".⁶

El desarrollo científico de esta importante rama del derecho ha integrado en su contenido a la institución del notariado. De esa manera el objeto y fines del derecho notarial se

⁶ Fonseca Villanueva, Luis Ángel. **El protocolo y las escrituras públicas.** Pág. 103.

constituyen por la función notarial materializada en el instrumento público notarial y la organización y funcionamiento del notariado.

- j) Publicidad: los actos y contratos que facciona el notario son de carácter público, debido a que son de interés de la colectividad.

1.6. Características

Son las que a continuación se indican:

- a) Actúa dentro de la fase normal del derecho: en donde no existen derechos subjetivos en conflicto, siendo la fase normal del derecho la que establece que el notario no tiene más que hacer lo que las partes le solicitan.
- b) Confiere certeza y seguridad jurídica a todos los hechos y actos solemnizados en su presencia: lo cual deviene de la fe pública del notario para el establecimiento de las actuaciones notariales.

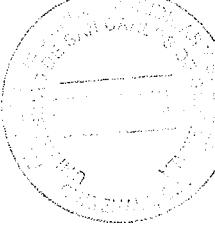
El Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107 del jefe de gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdia regula: "Autenticidad de los documentos. Los documentos autorizados por notario o funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos 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.

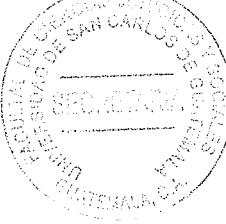
La impugnación por el adversario debe hacerse dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución que admite la prueba.

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

- c) Aplicación del derecho objetivo: el cual se encuentra condicionado a las declaraciones de voluntad y a la ocurrencia de determinados hechos de forma que se robustezcan o se creen los derechos de orden subjetivo.
- d) División: el derecho notarial no puede encasillarse en la tradicional división de derecho público y derecho privado.



CAPÍTULO II



2. El notario

El notario es un funcionario público estatal que tiene que encargarse de proporcionar a la ciudadanía la seguridad jurídica que se promete constitucionalmente en el ámbito del tráfico jurídico extrajudicial. Es un profesional del derecho que ejerce en un régimen de competencia, siendo la doble cualidad indicada la que garantiza su independencia. Con una elevada preparación, el notario es un profesional del derecho cercano e imparcial que proporciona su ayuda y garantiza un contrato o negocio jurídico, siendo los mismos quienes tienen que garantizar su servicio.

2.1. Definición de notario

El Artículo 1 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte”.

El notario es un profesional del derecho que se encuentra investido de fe pública por parte del Estado, brindando seguridad jurídica y certeza en los actos y hechos de los cuales da fe, manteniendo siempre un elevado nivel de profesionalismo, total imparcialidad con los prestatarios del servicio y completa autonomía en sus respectivas decisiones, las cuales únicamente tienen por límite el marco legal y el Estado de derecho.

- a) El notario como funcionario: "La ley configura al notario como un órgano de la función pública bajo la superación del sistema anterior de los oficios enajenados en el que las funciones públicas eran ejercitadas por los particulares en beneficio propio".⁷

Como funcionario el notario presenta las siguientes características:

- La función pública se tiene que presentar de manera inescindible unida a otra de naturaleza profesional como lo es la actividad que lleva a cabo el jurista.
- A pesar de que el notario se encuentre relacionado con la organización notarial, cada notario es de por sí independiente, siendo sus decisiones en el ámbito del instrumento público las que no son susceptibles de recurso alguno.
- Lleva a cabo sus actuaciones en régimen de libre elección, salvo determinadas excepciones, las partes pueden encargarse de acudir a cualquier notario. El régimen de libre elección entre notarios, rectamente comprendido es la base de la institución y la clave de su probada eficacia.

El notario compite lealmente a través de su preparación legal, atención personalizada, diligencia, buena organización del despacho.

⁷ González. **Op. Cit.** Pág. 140.

Pero, al igual que cualquier actividad del ser humano, no siempre lleva a efecto con la perfección requerida, y, en determinadas ocasiones se dan prácticas viciosas que, aunque de manera afortunada solamente se tienen que manifestar de manera aislada y deben ser oportunamente corregidas, no dejando por ello de manifestar un riesgo que deber ser diligentemente tomado en consideración por las autoridades responsables.

- b) El notario como jurista y como profesional del derecho: la visión simplista de la legislación, que se concentra en el núcleo esencial como lo es el del ejercicio de la fe pública, es desarrollado y matizado incluyendo otra dimensión esencial como lo es la actividad del jurista como asesor y modelador de la voluntad de las partes, dotando de esa manera la función notarial de una estructura bipolar.

Realmente la idea indicada ya se encuentra implícita en la misma legislación, que no hace mención de la dación de fe de hechos, sino de actos y contratos, los cuales son conceptos que en sí son inaprehensibles por los sentidos y por ende no pueden ser objeto directo de la fe pública.

El notario da fe de hechos que en muchos casos son constitutivos de actos y contratos que él mismo redacta por imperativo legal. El notario redactará conforme a las leyes previa a la indagación, interpretación y adecuación del ordenamiento legal de la voluntad de los otorgantes.

SANT CAYETANO

Todo ello, trae consigo la utilización de la técnica jurídica tanto para el consejo a las partes sobre el medio jurídico mayormente adecuado como para la plasmación de este en el mismo texto documental.

Además, al indicarse que el notario es un profesional del derecho, no se está requiriendo que tenga esta actividad como profesión, lo cual sería obvio, sino que es de importancia indicar que ejerce una profesión liberal como prestador de obra intelectual en un régimen de autonomía técnica y jerárquica frente al cliente, con amplia discrecionalidad bajo el aspecto de la técnica profesional y con organización de trabajo propio.

Esta forma de quehacer del notario, aunque la ejerza el mismo por ser notario y para actuar como notario eficiente, no integra parte del quehacer del notario.

- c) El notario y la jurisdicción voluntaria: la gran variedad de materias que abarca la jurisdicción voluntaria ha generado diversas opiniones, tanto sobre el aspecto cuantitativo como sobre el cualitativo.

Sin lugar a dudas, es de importancia que se indique que en el aspecto cuantitativo estas normas han supuesto nuevas competencias, en el sentido que, previsiblemente, las actuaciones que antes no se acometían por los notarios posteriormente si se llevan a cabo.

Muchas de las nuevas funciones atribuidas tienen un perfecto encuadramiento del quehacer sustantivo notarial habitual y son reconducibles a categorías formales previamente establecidas en escrituras y actas en el formal, que es la competencia notarial clásica, si bien ahora extendida a otras materias.

2.2. Características

Son las siguientes:

- a) Es garante de seguridad y legalidad: su finalidad es que el negocio jurídico, contrato o declaración se ajuste a la legalidad. La escritura pública es fehaciente ante los tribunales de justicia, no pudiendo ninguna persona poner en duda su veracidad.
- b) Proporciona tranquilidad: “La firma de cualquier documento frente a un notario proporciona tranquilidad de que el negocio o contrato tiene carácter definitivo, inamovible y eficaz”.⁸
- c) Debe existir cercanía: debido a que la distribución territorial permite la existencia y cercanía de los mismos.
- d) Debe ser un profesional altamente calificado: debido a que el acceso al notariado exige una serie de estudios de carácter intenso y profundo que permiten la

⁸ Marquéz Pérez, Jorge Mario. **El documento notarial**. Pág. 122.

comprobación de un mecanismo de selección objetivo. Los notarios llevan a cabo actualizaciones de manera constante en relación a sus conocimientos en los ámbitos tanto nacional como internacional.

- e) Tiene que existir independencia: debido a que los notarios únicamente se encuentran condicionados por la legislación.
- f) Modernidad notarial: estos profesionales del derecho buscan la prevención de nuevos requerimientos de carácter social y tecnológico, así como a la vez se encargan de la adaptación de sus funciones de manera permanente a cualquier innovación que pueda presentarse.
- g) Eficiencia: el costo de la intervención notarial es bien inferior a los costos económicos que puede llegar a evitar. Únicamente una pequeña parte de lo que se paga en la notaría es perteneciente a la factura del notario. La mayor parte consiste en una provisión por los impuestos que tienen que pagarse, así como en relación a los honorarios de los registradores y otros gastos que hayan sido generados por el notario que aboga en nombre de su cliente.

2.3. Impedimentos del notario para su ejercicio profesional

El Artículo 3 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Tienen impedimento para ejercer el notariado:

- 
- 1º. Los civilmente incapaces;
 - 2º. Los toxicómanos y ebrios habituales;
 - 3º. Los ciegos, sordos o mudos, y los que adolezcan de cualquier otro defecto físico o mental que les impida el correcto desempeño de su cometido; y
 - 4º. Los que hubieren sido condenados por algunos de los delitos siguientes: falsedad, robo, hurto, estafa, 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”.

También, el Artículo 4 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “No pueden ejercer el notariado:

- 1º. Los que tengan auto de prisión motivado por alguno de los delitos a que se refiere el inciso 4º. del artículo anterior;
- 2º. Los que desempeñen cargo público que lleve aneja jurisdicción;
- 3º. 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;
- 4º. Los que no hayan cumplido durante un trimestre del año civil, o más, con las obligaciones que impone el artículo 37 de este Código. Los notarios que se encuentren en este caso podrán expedir los testimonios especiales atrasados con los requisitos que establece este Código, a efecto de subsanar dicho impedimento”.

2.4. Capacidad para el ejercicio notarial

“El notario ejerce su función con independencia del poder público y de los particulares. Es de esa manera, como recibe, interpreta, redacta y da forma legal a la voluntad de los comparecientes al plasmarla en un instrumento público y auténtico, redactando bajo su responsabilidad”.⁹

Se utiliza una escritura pública si se trata de dar fe de un acto jurídico, un contrato o bien un acta notarial cuando certifica un hecho jurídico o material.

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 2º. Y 3º del Artículo anterior:

- 1º. Los miembros del personal directivo y docente de la Universidad de San Carlos y de los establecimientos de enseñanza del Estado;
- 2º. Los abogados consultores, consejeros o asesores, los miembros o secretarios de las comisiones técnicas, consultivas o asesores de los organismos del Estado, así como los directores o redactores de las publicaciones oficiales cuando el cargo que sirvan no sea de tiempo completo.
- 3º. Los miembros del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.
- 4º. Los miembros de las Corporaciones municipales que desempeñen sus cargos *ad honorem*, excepto el alcalde.

⁹ Pérez. Op. Cit. Pág. 160.

- 5º. 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: “Pueden también ejercer el notariado:

- 1º. 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 del motivo de su actuación como Notario, no anula el documento, pero sí obliga al juez al pago de una multa equivalente al doble de los honorarios que le correspondieren conforme arancel. La multa será impuesta por la Corte Suprema de Justicia e ingresará a la Tesorería de Fondos Judiciales;
- 2º. Los cónsules o los agentes diplomáticos de la República, acreditados y residentes en el exterior, que sean notarios hábiles conforme esta ley; y
- 3º. Los empleados que están instituidos precisamente para el ejercicio de funciones notariales, las que no podrán ejercer con carácter particular”.

En relación a la eficacia del instrumento público, por ser actos derivados del poder del Estado tienen la máxima eficiencia de efectos, siendo su valor público y absoluto, los originales son pertenecientes al Estado que los conserva al igual que los expedientes y demás documentos de la administración.

“El notariado se ejerce en este sistema en una dependencia perteneciente al poder ejecutivo, siendo el notario un funcionario público que percibe un salario con cargo a los presupuestos del Estado”¹⁰

Los requisitos para ser notario son diferentes en cada Estado, debido a que son establecidos en la legislación local. Además, cada Estado tiene su propia ley de notariado y la misma es la que se encarga de la regulación de la actividad de los notarios en una entidad, así como de los requisitos para ser notario, responsabilidades, derechos, obligaciones y sanciones.

2.5. Responsabilidad del notario

El notario conserva y reproduce el instrumento, brindando de esa manera seguridad y tranquilidad a la sociedad. También, se encarga del auxilio a las autoridades locales y federales en el cobro de impuestos y derechos, vigilando que se registren los actos que ante él se otorgan.

El Artículo 30 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “En todo acto o contrato que se obligue hará constar, de manera expresa, si sobre los bienes que motivan el acto o contrato, existen o no gravámenes o limitaciones, cuando éstos puedan afectar los derechos del otro otorgante; y el notario les advertirá las responsabilidades en que incurran si así no lo hicieren”.

¹⁰ Larraud. **Op. Cit.** Pág. 129.

2.6. Formalidades esenciales

Por su parte, el Artículo 31 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Son formalidades esenciales de los instrumentos públicos:

1. El lugar y fecha del otorgamiento;
2. El nombre y apellido o apellidos de los otorgantes;
3. Razón de haber tenido a la vista los documentos que acreditan la representación legal suficiente de quien comparezca en nombre de otro;
4. La intervención de intérprete, cuando el otorgante ignore el español;
5. La relación del acto o contrato con sus modalidades; y,
6. Las firmas de los que intervienen en el acto o contrato, o la impresión digital en su caso”.

El Artículo 32 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “La omisión de las formalidades esenciales en los instrumentos públicos, da acción a la parte interesada para demandar su nulidad, siempre que se ejercite dentro de cuatro años, contados desde la fecha de su otorgamiento”.

2.7. Libre elección del notario

El Artículo 106 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Los notarios, así como las personas que soliciten sus servicios

profesionales, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago. A falta de convenio, los honorarios se regularán conforme a este Arancel, en moneda nacional”.

El Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 107: “Si el notario pidiese liquidación de honorarios el Juez ordenará a la Secretaría para que le informe si se ajusta al Arancel; seguidamente dará vista por dos días a los interesados y, si la liquidación se encuentra ajustada a la ley, la aprobará sin más trámite. El auto que la apruebe será apelable y al estar firme, dará origen al título ejecutivo que podrá ejecutarse dentro de las mismas diligencias en la vía de apremio o en cuerda separada, mediante certificación del auto”.

2.8. Honorarios del notario

El Artículo 108 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Los Notarios que prestaren sus servicios fuera de su oficina, pero dentro del radio de la población en que residen, además de los honorarios que les correspondan conforme a este arancel, cobrarán cincuenta quetzales (Q. 50.00) por cada hora de trabajo, pero si el servicio tiene lugar fuera de la población, el Notario cobrará también seis quetzales (Q. 6.00) por cada kilómetro o fracción sumados de ida y regreso”.

Por su parte, el Artículo 109 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Los notarios cobrarán en concepto de honorarios:

1. Por autorización de escrituras de valor indeterminado, de doscientos a cinco mil quetzales (Q. 200.00 a Q. 5,000.00), según su importancia.
2. Por escrituras de valor determinado, de conformidad con las bases y porcentajes siguientes, según corresponda:
 - a) Cuando el valor no exceda de cinco mil quetzales (Q. 5,000.00), trescientos (Q. 300.00) de base más el diez por ciento sobre el valor del contrato.
 - b) De cinco mil quetzales un centavo (Q. 5000.01) a veinticinco mil quetzales (Q. 25,000.00), cuatrocientos quetzales (Q. 400.00) de base, más el ocho por ciento sobre el valor del contrato.
 - c) De veinticinco mil quetzales un centavo (Q. 25,000.01), a cincuenta mil quetzales (Q. 50,000.00), cuatrocientos cincuenta quetzales (Q. 450.00) de base más el seis por ciento sobre el valor del contrato.
 - d) De cincuenta mil quetzales un centavo (Q. 50,000.01) a cien mil quetzales (Q. 100,000.00), quinientos quetzales (Q. 500.00) de base, más el tres por ciento sobre el valor del contrato.
 - e) De cien mil quetzales un centavo (Q. 100,000.01) a un millón de quetzales, (Q. 1,000,000.00), quinientos quetzales (Q.500.00) de base, más el tres por ciento sobre el valor del contrato.
 - f) De un millón de quetzales un centavo (Q. 1.000.000.01) en adelante, quinientos quetzales (Q. 500.00), de base, más el dos por ciento sobre el valor del contrato.
3. Por escrituras canceladas, los notarios cobrarán la mitad de los honorarios que les corresponderían si se hubieren autorizado. El pago estará obligado a hacerlo el o

los otorgantes que representen un mismo interés y hubieren dado lugar a la cancelación.

4. Por autorización de escrituras de sociedad, el notario cobrará de conformidad con la importancia del contrato social o sobre el monto del capital autorizado, según le resulte más favorable.
5. Por autorización de un testamento o donación por causa de muerte, cobrará conforme a los incisos 1º y 2º del presente Artículo, según corresponda.
6. Por autorización de un testimonio, cincuenta quetzales (Q. 50.00), cuando fuere el protocolo del mismo año en que se solicita y setenta y cinco quetzales (Q. 75.00) por los de los años anteriores. Por los testimonios que extienda el Director General de Protocolos, sesenta y cinco quetzales (Q. 75.00).
7. Por acta notarial de cien quetzales (Q. 100.00) a dos mil quetzales (Q. 2,000.00) según su importancia.
8. Por protocolización de documentos, de acuerdo con lo que corresponda según su valor sea o no determinado.
9. Por los inventarios, se cobrará conforme a la base y porcentajes siguientes:
 - a) Cuando no exceda de cinco mil quetzales un centavo (Q. 5,000.01), cien quetzales de base (Q.100.00), más el diez por ciento sobre el activo inventariado.
 - b) De cinco mil quetzales un centavo (Q. 5,000.01) a veinticinco mil quetzales (Q. 25,000.00) cien quetzales de base (Q. 100.00) más el ocho por ciento sobre el activo inventariado.

- c) De veinticinco mil quetzales un centavo (Q. 25,000.01) a cincuenta mil quetzales (Q. 50,000.00) cien quetzales de base (Q. 100.00) más el seis por ciento sobre el activo inventariado.
- d) De cincuenta mil quetzales un centavo (Q. 50, 000.01) a cien mil quetzales (Q. 100,000.00) cien quetzales de base (Q. 100.00) más el cuatro por ciento sobre el activo inventariado.
- e) De cien mil quetzales un centavo (Q. 100,000.01) a un millón de quetzales (Q. 1,000,000.00) cien quetzales de base (Q. 100.00) más el tres por ciento sobre el activo inventariado.
- f) De un millón de quetzales un centavo (Q. 1,000,000.01) en adelante, cien quetzales de base (Q. 100.000) más el dos por ciento sobre activo inventariado.
10. Por auténticas, de cincuenta quetzales (Q. 50.00) doscientos quetzales (Q. 200.00), según su importancia.
11. Por el examen de libros en toda clase de registro público, cincuenta quetzales (Q. 50.00), el primer libro y veinticinco quetzales (Q. 25.00) por cada uno de los subsiguientes.
12. Por verificar las operaciones de traspaso en las oficinas fiscales, municipales o de registro, cincuenta quetzales (Q. 50.00) por cada verificación.
13. Por la redacción de un documento privado o la elaboración de una minuta, los notarios cobrarán la mitad de los honorarios que les corresponderían con los incisos 1º y 2º de este artículo, pero si la minuta fuera vertida a instrumento público por el propio notario, cobrará solamente los honorarios fijados en dichos incisos, según corresponda.

14. Por los proyectos de participación, trescientos quetzales (Q. 300.00) de base más el seis por ciento (6%) sobre el valor divisible hasta veinte mil quetzales (Q. 20,000.00) más el tres por ciento (3%) sobre el excedente.
15. Por las consultas relacionadas con actos o contratos que se les hicieren, los notarios cobrarán de cien a mil quetzales (Q. 100.00 a 1,000.00), según la importancia del negocio, su cuantía y extensión o dificultad de la consulta.
16. Además de los honorarios especificados anteriormente, el Notario cobrará lo escrito a razón de cinco quetzales (Q. 5.00) por cada hoja o fracción. Los impuestos, timbres fiscales y honorarios que cobraren los registros respectivos serán por, cuenta del interesado”.

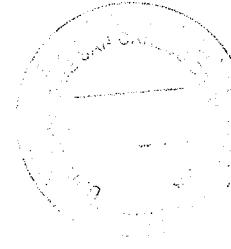
2.9. Protocolo notarial

Protocolo es la acción ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con la ley.

El Artículo 11 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Los Notarios pagarán en la Tesorería del Organismo Judicial cincuenta quetzales (Q.50.00), cada año, por derecho de apertura de protocolo. Los fondos que se recauden por este concepto, se destinarán a la encuadernación de los testimonios especiales enviados por los Notarios al Archivo General y a la conservación de los protocolos”.

En relación a la apertura del mismo, el Artículo 12 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala indica: “El protocolo se abre con el primer instrumento que el notario autorice, el que principiará en la primera línea del pliego inicial. Se cerrará cada año el 31 de diciembre, o antes si el notario dejare de cartular. La razón de cierre contendrá la fecha; el número de documentos públicos autorizados; razones de legalización de firmas y actas de protocolación; número de folios de que se compone; observaciones, si las hubiere; y la firma del notario”.

El Artículo 18 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “El notario mandará a empastar el protocolo dentro de los treinta días siguientes a su cierre”.



CAPÍTULO III

3. La función notarial

La esencia del notario radica en laborar con negocios jurídicos, siendo los mismos el medio a través del cual se lleva a cabo la autonomía privada, reflejando en el mundo jurídico el valor de la libertad. A dicho valor, es al que se encuentra radicalmente adscrito el notario. Por ende, tiene que indicarse que la autonomía de la voluntad tiene limitaciones por motivos de justicia, igualdad o respeto a la intimidad de orden personal. Al notario se le demanda seguridad de las partes como de los terceros. Pero, la verdadera esencia del notario es hacer posible en el ámbito legal el ejercicio de la libertad ciudadana.

La autorización del instrumento público a través del notario cumple una función múltiple al imponerse al notario la obligación de dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, de velar para que el otorgamiento se adapte a la legalidad, así como por la regularidad formal y material de los actos o negocios jurídicos que autorice o tenga intervención, tutelando numerosos intereses. De esa manera, se resguarda a las partes contratantes, mediante el asesoramiento y la advertencia; a los terceros, adoptando cautelas en su interés; y a la administración pública, siendo el medio para al cumplimiento de la legislación.

“Esa autorización notarial resguarda, en primer lugar a las partes contratantes y, en particular se trata de la transmisión del dominio de los derechos reales. Al adquirente le

controla la titularidad y el poder de disposición del transmitente, así como le advierte a las partes de las consecuencias tanto legales como fiscales del acto, con especial asistencia a los consumidores quienes son la parte más débil en la contratación. Con ello, lo que se busca es la procuración de una información que permita la prestación de un servicio, con un consentimiento debidamente asesorado, todo lo cual tiene simultaneidad en el momento de la realización de una determinada transacción económica, para de esa manera poder instar seguidamente de la actuación registral necesaria, por vía telemática, con carácter inmediato posterior al otorgamiento, sin solución de continuidad”.¹¹

Es de anotarse que el notario interviene para salvaguardar no únicamente el interés de los contratantes, sino a la vez también de los terceros involucrados. Los efectos de la escritura se producen no únicamente entre las partes, sino en contra de terceros.

Es de anotarse que entre los terceros protegidos debido a la actuación del notario en materia inmobiliaria se encuentran las mismas administraciones públicas y entre ellas, muy especialmente el fisco.

Los notarios se encuentran bajo la obligación de suministrar información a la administración tributaria mediante la remisión periódica de índices de información, sobre todos los documentos autorizados que contengan hechos imponibles, y también a remitir a los ayuntamientos las notificaciones para la liquidación del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos urbanos.

¹¹ González. **Op. Cit.** Pág. 205.

Ese trabajo que el notario tiene que desplegar al autorizar una escritura pública con la consiguiente tutela de los diversos intereses concurrentes la lleva a cabo con imparcialidad y le es encomendada por el legislador con completa independencia de que preste su función en régimen de libre concurrencia y de libertad de elección por el particular.

Dicha libertad de elección consiste en un modo de organización del servicio público que puede demostrarse en la práctica, siendo óptimo para asegurar la ágil y eficiente prestación del mismo, sin que ese criterio organizativo obstaculice de manera alguna el ejercicio de la función pública.

También, es necesario dejar constancia del impacto de la actividad notarial ocasionada. El aspecto del notario como profesional del derecho ha tenido en la práctica elevado predominio, debido a que se ha producido en la contratación una especificación directa en relación a la calidad documental con reflejo inclusive en la legislación civil, equiparando al público para garantizar efectos probatorios.

Por una parte, se ha buscado acentuar la idea relativa al control de legalidad por parte del notario. La legislación debe encargarse de garantizar un ulterior control registral. También, es de importancia señalar el aspecto público de colaboración con la administración.

Ello, sucede mediante el establecimiento de un nuevo sistema de índices de información a través de la posición de la obligación de controlar los medios de pago y de manera

particular la atribución de la administración tributaria de las amplias potestades de acceso a los protocolos notariales.

3.1. Concepto de función notarial

“La función notarial es una delegación por parte del Estado, en un profesional del derecho, como lo es el notario, con la finalidad de impartir fe pública a todo acto o contrato que se rija por el derecho privado”.¹²

La misma, se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiriéndole al usuario seguridad jurídica, evitando posibles litigios y conflictos, los cuales pueden resolverse por medio del ejercicio de la mediación jurídica y es un instrumento necesario para la administración de una buena justicia.

3.2. Importancia de la función notarial

El ejercicio del notariado es una función importante que se lleva a cabo con estricto apego a los postulados éticos y a las normas legales, debido a que los notarios con su actuar contribuyen a la paz y al desarrollo económico y social de los diferentes países, así como al fortalecimiento de la seguridad legal en las sociedades. Las funciones del notario son relevantes debido a que todas son de utilidad para la prevención de conflictos y litigios.

¹² Salas, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. Pág. 75.

3.3. Utilización metajurídica de la actuación notarial

La actuación notarial responde claramente a los principios jurídicos y produce una serie de efectos legales, pero a la vez tiene valor en otros campos como el valor cívico, debido a que implica someterse a la norma jurídica y facilitar su cumplimiento; un valor económico, debido a que las formas legales permiten la creación de representaciones estandarizadas que permiten el cambio de activos; y un valor ético, al recaudar determinados aspectos.

- a) Valor cívico: la forma y de manera particular la notarial consiste en un acto cívico, un acto de responsabilidad, debido a que implica someterse a la norma y facilitar con ello su cumplimiento.

Lo mismo puede indicarse en relación a otros actos jurídicos o formalidades que tienen también sentido cívico de permitir la identificación de situaciones como la preservación de la vida en sociedad y resguardar la intimidad.

- b) Valor económico: existen determinadas formas que no únicamente tienen valor ético, sino también económico. Las formas son representaciones estandarizadas de una realidad determinada que generan confianza. La economía moderna no recae sobre el conocimiento directo de la persona sino sobre sus representaciones.

La confianza que se genera entre las partes permite el intercambio y es la base del mercado. La escritura pública es el producto esencial del notario y la forma jurídica

consistente en su exhibición es también una convención que consiste en aceptar que un acto tiene que producir efectos jurídicos. Si existe escritura no tiene que profundizarse en aceptar que un acto será productor de determinados hechos, facilitando con ello el tráfico, la atribución de derechos y la confianza en el sistema.

- c) Valor ético: la forma también tiene un efecto en relación a la conducta de aquellos que se sirven de ella.

3.4. Teorías de la función notarial

Son las siguientes teorías:

- a) La fe pública: la más antigua y clásica teoría sobre la función notarial es la que se apoya en el concepto de fe pública. La función del notario es la de dar fe de determinados actos, creando con ello una prueba preconstituida.

La doctrina explica claramente la función notarial cuando se hace mención de la autorización de actas, revelando de manera insuficiente cuando se señala la escritura pública, cuyo valor y efectos son incapaces de ser fundamentados.

- b) Teorías instrumentalistas: la doctrina moderna busca la justificación de la función notarial y su propia esencia, más que en lo que el notario realiza, en el resultado de su hacer que es el instrumento público.

Es de anotarse que la actividad del notario se puede explicar y fundamentar debido a la creación de un documento de particular eficacia, tanto en lo relacionado con la forma como con el fondo, y desempeña un decisivo papel en la vida jurídica de la Nación.

Lo indicado no únicamente en la realización pacífica del derecho, sino que los ciudadanos también llevan a cabo todo los días ejecutando actos y celebrando negocios.

Los cuatro puntos de importancia del quehacer del notario son: redactar el instrumento público, autorizar el instrumento público, conservar el instrumento público y expedir copias del mismo. Las teorías instrumentalistas son aquellas que tienen mayor difusión en la actualidad.

- c) El notario como controlador de la legalidad: en la actualidad el control de legalidad notarial ha experimentado a consecuencia de sucesivas normas jurídicas un incremento cuantitativo y también cualitativo.

Ello, debido a que tiene por finalidad la regularidad formal y a la vez la material, lo cual se manifiesta en una nueva actitud de las cosas, más vigilante y proactiva, siendo conveniente hacer la advertencia sobre las limitaciones de ese control material, límite que puede ser calificado de constitucional, debido a que no puede comprender aquellas cosas que se encuentran fuera de su alcance legal.

El notario únicamente tiene que indicar la importancia de las declaraciones de las partes y los documentos presentados que, eso sí, tienen que ser lícitos, claros y coherentes.

Pero, al notario no le es conveniente llevar a cabo presunciones relacionadas con la licitud de las cosas apoyándose en su sencillo criterio subjetivo. Admitir lo contrario conduce a la consagración de una especie de juicio notarial carente de procedimiento contradictorio, que se incoaría con la única legitimidad de la subjetividad personal del notario debido a la concurrencia de sospechas más o menos fundadas, y se tiene que sustanciar sin disponer de todos los elementos de juicio, que no pueda encargarse de exigir.

La aceptación de esos juicios preventivos sería contraria al principio de tutela judicial efectiva, incluso supondría una limitación de la autonomía de las partes en oposición al principio de libertad, no pudiendo negarse a autorizar documentos por sospechas, máxime cuando la actuación del notario es obligada de acuerdo con cierto derecho a la forma pública que toda la ciudadanía tiene y que puede comprenderse debido a la normativa constitucional.

No es fácil encontrar el límite de la regularidad material y la labor de los jueces, pero tiene que buscarse, debido a que el notario es un evaluador nato debido a su lugar central en el tráfico; y, debido a los adelantos tecnológicos, un potente recolector y suministrador de información a todo tipo de organismos de carácter público y con la

ayuda de las mismas tecnologías genera un gran poder que surge derivado de la capacidad de vincular datos diferentes para controlar operaciones y personas.

Ello, cada vez recaba mayor parte de la atención y esfuerzo, pero dichas actividades no son, ni mucho menos, las que definen y contienen los valores básicos.

- d) El notario y la seguridad jurídica: “Ha sido el valor de seguridad jurídica el de mayor empleo al punto de poder anotar su relación con la seguridad cautelar, siendo el instrumento notarial un instrumento de la seguridad preventiva. Además, el notario contribuye a la seguridad jurídica”.¹³
- e) El notario y la libertad: se tiene que unir la función del notario a un valor con exclusividad suficientemente identificadora de su esencial. La función del notario es abstracta y multifuncional y no es fácil la visualización unitaria del concepto de redactar actos y contratos, asesorando de manera imparcial a las partes en relación a la manera mayormente eficaz de obligarse a actuar.

A la vez se controla la legalidad y se otorga fe del contenido del documento, conservando de manera definitiva su matriz para garantizar la justificación de los derechos en él contenidos; y, menos, que ello es útil debido a sus efectos ejecutivos, probatorios y legitimadores.

¹³ González. **Op. Cit.** Pág. 125.

El control de la legalidad es lo que el notario tiene que hacer en su faceta de funcionario, pero también tiene que encargarse de asesorar imparcialmente y conservar el documento notarial. La seguridad jurídica a pesar de ser un valor constitucional es un valor técnico y jurídico, instrumental y probablemente de segundo orden, de carácter auxiliar.

El notario no se dedica de manera sustancial a proporcionar seguridad legal, sino a redactar escrituras públicas, es decir, a trabajar con negocios jurídicos y la sustancia del negocio jurídico como lo es la autonomía privada, la autodeterminación, la configuración creadora. Es decir, el valor con el que se trata es, esencialmente, el de la libertad, con todo lo que ello quiere decir en relación a la legalidad.

3.5. Ubicación de la función notarial entre las demás funciones públicas

- a) La que aproxima la función notarial a la actividad administrativa: se incluye entre una actividad típica para la administración en relación a los intereses relacionados con la actividad de la administración normal, reputándola como un servicio público y calificando los actos del notario como actos administrativos.

Existe dificultad para concebir la actividad notarial como acción directa de la administración. No se otorga la responsabilidad de esta por los actos de sus agentes o funcionarios. También, se entiende a la función notarial relacionándola con la administración pública de intereses privados en cuanto a que entiende que la función

notarial, junto con la actividad no propiamente jurisdiccional de los jueces. La jurisdicción voluntaria tiene carácter administrativo y se encuadra dentro de la administración pública de intereses privados.

- b) Las que la aproximan al poder judicial: erradicada tiene que ser cualquier referencia a la actividad jurisdiccional en sentido propio, encomendada de manera exclusiva a la Magistratura, en donde se pretende que la naturaleza de la función notarial es idéntica, o de analogía de igual índole, en donde se tienen que desarrollar las actuaciones de la jurisdicción voluntaria.

En los orígenes del instrumento público se encuentran los llamados juicios aparentes, en los cuales las partes, puestas previamente de acuerdo, seguían los trámites del juicio para la obtención de los efectos relacionados con la sentencia firme.

Entre esta sentencia que no va precedida de auténtica contención y el instrumento público dotado de eficacia ejecutiva merced a la cláusula no existe solución de continuidad desde el punto de vista material.

Es una corriente doctrina ampliamente difundida que califica al notariado como un órgano de jurisdicción voluntaria. Por otra parte, así como existen actuaciones de jurisdicción voluntarias que no pueden encomendarse al notario, también la función notarial reviste varios aspectos que no encuadran en la jurisdicción voluntaria.

Existen analogías entre la función notarial y la jurisdicción voluntaria, sobre todo si esta última se le atribuye un significado de la máxima latitud, en donde el resultado no es bien provechoso desde el punto de vista científico.

- c) Relación jurídica material: existe una relación jurídica notarial que es análoga a la procesal, por la cual el notario, a través del instrumento, fija los hechos, los califica y proclama su validez y eficiencia, emitiendo al respecto un juicio de valor que excede la misión puramente autenticadora y constituye el acto jurisdiccional. Sobre la base indicada puede hacerse mención de una jurisdicción notarial diferente y paralela a la judicial.
- d) Se concibe como una función distinta a la administrativa y a la judicial: junto a los tres poderes del Estado que son el legislativo, ejecutivo y judicial se tiene que admitir otro poder o función como lo es la función legitimadora, que abarca todas aquellas normas e instituciones por las cuales el poder público asegura la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los hechos, actos y negocios jurídicos en donde el órgano mayormente característico de este poder o función es justamente el notariado.

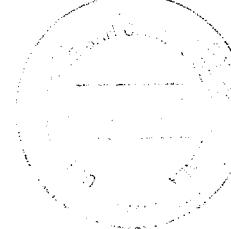
En relación al órgano social al servicio de la seguridad jurídica se enmarca al notariado en un sistema de orden general de seguridad jurídica como un órgano social al servicio de la seguridad en los negocios jurídicos a través del ejercicio de su actividad conformadora y autenticadora.

“Además, el cumplimiento ordenado de las actividades de orden privado tiene una trascendencia social notoria y es, por tanto, misión del Estado garantizarlo y protegerlo, lo cual se lleva a cabo mediante un conjunto de medidas e instituciones que son tendientes a asegurar la realización espontánea del derecho y que pueden denominarse como actividad de tutela cautelar o preventiva”.¹⁴

Se tiene que hacer la distinción de la actividad administrativa en que esta tiene por objeto la justicia distributiva, mientras que la tutela cautelar hace referencia a la justicia comutativa.

La función notarial que se integra en esta tutela cautelar es una función pública, pero se tiene que ejercer en un ámbito diferente del que es referente a la administración, o sea, al área de las relaciones de los particulares entre sí.

¹⁴ **Ibíd.** Pág. 150.



CAPÍTULO IV

4. La validez de las escrituras públicas mediante la subsanación de documentos notariales por vicios congénitos en Guatemala

El sistema de derecho latino al cual es perteneciente la legislación guatemalteca indica la distinción entre documento público y privado. El prototipo del primero es el documento notarial que se caracteriza debido a la intervención de un profesional del derecho denominado notario que asesora y aconseja jurídicamente a los particulares redactando para el efecto el documento de conformidad con las disposiciones de fondo y forma debidamente establecidas por la legislación.

Con ello, se valora la actuación del notario, a través de la presunción de legalidad del acto documentado, y en el plano de la prueba, se tienen que considerar como acreditados los hechos acaecidos en presencia del notario y de que éste da fe de la autenticidad del documento.

El notario además es asesor de los interesados tiene que encargarse de sugerirles los medios jurídicos más adecuados para conseguir los fines prácticos que se proponen alcanzar, todo ello como una actitud al procedimiento de asesoría notarial y de conformación del instrumento notarial que va más allá de una sencilla imparcialidad, llevando al notario a ser un verdadero consultor o consejero de cada parte, con atención personal y de entrega cuidadosa, de manera que se cubran por completo los requisitos de

asesoría y consejo para que cada una de las partes o solicitantes del servicio, sin descuidar los de la contraparte, ni ser parcial contra ella, sino ejerciendo hacia ella la misma actitud fundamentada en lo justo y concreto en el caso al cual se haga referencia.

4.1. El instrumento notarial

“El instrumento notarial, sea el mismo escritura o acta, de acuerdo se trate de documento o un acto o bien de relacionar un hecho jurídico o material, es un documento que deriva del latín *documentum* que quiere decir título o prueba escrita y contiene esencialmente el mismo acto, o sea un acto notarial público”.¹⁵

En la redacción de la escritura pública únicamente se le exige al notario una actividad *sensu auditu*, que quiere decir que la función del notario es abstracta, en cuanto que únicamente tiene relación con dar fe de lo que percibe por los sentidos, lo cual se observa y se redacta en el documento.

El oficio del notario es la escritura, y de ello deriva que sus orígenes sean conocidos como *scriba* y más cercanamente como *escribano*, debiendo ser experto en el arte de la redacción y escritura.

Dentro del arte de ello tenía que observarse esencialmente la existencia de principios de orden y precisión, para poder discernir qué elemento del escrito va en que lugar, y sus

¹⁵ Marquéz. Op. Cit. Pág. 160.

anexos ubicarlos dentro del apéndice con distinción clara de cada uno, utilizando todos los elementos a su alcance, es decir, empleando los subrayados, negrillas, cursivas, cambios de tipo, cambios de puntos, etc.

El testimonio es la copia en la cual se transcribe íntegramente una escritura o acta, y se transcriben, o se incluyen reproducidos, los documentos anexos que obran en el apéndice, con excepción de los que ya se hayan insertado en el instrumento y que por la fe del notario y la matricidad de su protocolo tiene el valor de instrumento público. Ello, es el producto de la actividad del notario, que se inserta en el tráfico normal de la vida jurídica.

4.2. La escritura pública

Es el instrumento público por el cual una o varias personas jurídicamente capaces establecen, modifican o extinguen relaciones de derecho. Es el documento autorizado por notario con las solemnidades del derecho a requerimiento de una o más personas o partes otorgantes con capacidad legal para el acto o contrato a que hacer referencia por virtud de la cual se hacen constar la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas particulares, con sujeción a las leyes y a la moral.

La escritura hace referencia a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, o más general y contiene un negocio jurídico. Son escrituras públicas las que, con las formalidades de ley, se hacen ante escribano público, u otro funcionario autorizado para ejercer en las mismas condiciones.

Es la autorizada por notario en el protocolo a su cargo, a requerimiento de parte, en la que se hacen constar negocios jurídicos y declaraciones de voluntad, obligándose a sus otorgantes en los términos que hayan sido pactados.

4.3. Clases de escrituras

En el medio se reconocen tres clases de escrituras:

- a) Principales: son aquellos que se perfeccionan en un mismo acto e independientes de cualquier otra escritura para tener validez.
- b) Complementarias: son conocidas también como accesorias, las cuales vienen a complementar una escritura anterior, que por alguna circunstancia no se perfeccionó, entre ellas se encuentran la de aclaración, ampliación, aceptación, rectificación y modificación.
- c) Canceladas: son aquellas que no nacen a la vida jurídica, sin embargo ocupan un lugar y un número en el protocolo notarial. Se cancelan con una razón de cancelación. De estas escrituras no pueden extenderse testimonios ni copias. La única obligación del notario es dar aviso al Archivo General de Protocolos. Los motivos por los cuales tienen que cancelarse las escrituras son muchos, pero esencialmente que aún no se encuentre firmada por las partes o por todas las partes que debieron hacerlo.

4.4. Estructura

Estructura es el modo como se encuentra construida una cosa. La misma es indivisible en su composición. No obstante, las partes de una escritura son susceptibles de ser analizadas de manera individual.

- a) Introducción: es la primera parte de la escritura, integrada por el encabezamiento, el cual contiene el número de la escritura, lugar y fecha, hora si se tratara de testamentos o donaciones por causa de muerte, las palabras ante mí, nombre del notario autorizante y su calidad.

Es de importancia que desde el inicio de la escritura se individualice al autorizante y aclare su calidad. El notario no es un compareciente sino el sujeto autenticador ante quien los actuantes comparecen.

La comparecencia contiene los nombres y apellidos completos de los otorgantes, edad en años cumplidos, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio.

La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento o en la identificación por los medios legales tiene que indicarse cuando no los conozca el notario autorizante.

- b) El cuerpo: en el cuerpo se tiene que hacer constar la relación fiel, concisa y clara del acto o contrato. La primera parte del cuerpo son los antecedentes o exposición. Los antecedentes en toda escritura son las circunstancias de utilidad, que permiten la ayuda a la interpretación de las declaraciones de voluntad que se manifiesten.

En la misma se consigna la descripción del objeto que va a ser el motivo del negocio jurídico, los cuales son elementos indispensables para la contratación. Desde luego no en todas las escrituras se presentan los antecedentes, como sucede al otorgarse un mandato, sencillamente se llega y se tiene que otorgar, sin necesidad de un antecedente previo.

- c) Estipulación: o parte dispositiva de la escritura es la parte esencial de su configuración jurídica. El negocio jurídico o acto que la motiva se encuentra expuesto en todo su contenido. Son las relaciones de las partes surgidas de la convención que edifican el instrumento.

En la estipulación como parte medular de la escritura tiene que redactarse en cláusulas, por ser la voluntad de los otorgantes y la adecuación que hace el notario a las disposiciones legales.

"En todo acto o contrato el otorgante que se obligue hará constar de manera expresa, si sobre los bienes que motivan el acto o contrato, existen o no gravámenes

o limitaciones, cuando puedan lesionar los derechos del otro otorgante; y el notario les advertirá las responsabilidades en que incurran si así no lo hicieren".¹⁶

4.5. Validez de las escrituras públicas mediante la subsanación de documentos notariales por vicios congénitos en Guatemala

Tomando en consideración la clasificación de la eficacia de los documentos notariales, es fundamental hacer la diferenciación de la invalidez de la ineficacia en sentido estricto. La primera es la falta de aptitud para producir efectos jurídicos, debido a la inexistencia de un vicio congénito, el cual es concomitante con la celebración del acto, ya sea de alguno de los elementos esenciales o presupuestos del mismo, por lo cual se tiene que hacer la aclaración que existirá ineficacia en sentido estricto cuando el acto jurídico no genere efectos o deje de producirlos, por un hecho extrínseco, o sea, por una circunstancia sobreviniente o ajena a su estructura.

El Artículo 14 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Serán nulas las adiciones, entrerenglonaduras y testados, si no se salvan al final del documento y antes de las firmas. Las enmendaduras de palabras son prohibidas".

Por su parte, el Artículo 17 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: "El notario agregará al final del tomo respectivo del

¹⁶ **Ibíd.** Pág. 133.

protocolo, los atestados referentes a los instrumentos a que se refiere al Artículo 11 de esta ley".

La ineficacia puede dividirse en estructural y funcional. Un acto puede ser ineficaz porque carece de virtualidad para la configuración idónea, la cual deja de constituir una regulación de los intereses prácticos que determinan a los sujetos a concluir el negocio.

"La ineficacia en sentido estructural se presenta cuando el vicio se encuentra dentro del negocio, hace a su estructura, es originario y existe desde el momento de su celebración. Al tener defectos o vicios, el acto es inválido y, por serlo, puede ser declarado ineficaz".¹⁷

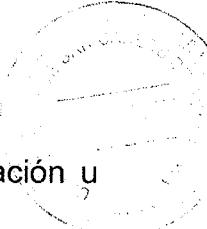
El típico supuesto de ineficacia estructural es la nulidad, y se encuentra involucrada la validez del acto jurídico. En esa postura se denomina ineficacia estructural a la nulidad, e ineficacia funcional a la ineficacia en sentido estricto.

La ineficacia absoluta es la que destituye el acto de efectos con relación a todos o *erga omnes*, mientras que la ineficacia relativa es aquella en la que el acto, si bien surte efectos con relación a determinadas personas, no lo hace con respecto a otras.

El Artículo 29 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Los instrumentos públicos contendrán:

1. El número de orden, lugar, día, mes y año del otorgamiento.

¹⁷ Arango Martínez, Diego Romeo. **Vicios congénitos de las escrituras públicas.** Pág. 66.

- 
2. Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes.
 3. La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento, y dé que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles.
 4. La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente.
 5. Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro, describiéndolos e indicando lugar, fecha y funcionario o notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio, para el acto o contrato.
 6. La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignore el idioma español, el cual de ser posible, deberá ser traductor jurado. Si el intérprete no supiere o no pudiere firmar, lo hará por él, un testigo.
 7. La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato.
 8. La fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que corresponda, según la naturaleza del acto o contrato.
 9. La transcripción de las actuaciones ordenadas por la ley o que a juicio del notario, sean pertinentes, cuando el acto o contrato haya sido precedido de autorización u orden judicial o preceda de diligencias judiciales o administrativas.
 10. La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación.

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

El Artículo 30 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “En todo acto o contrato el otorgante que se obligue hará constar, de manera expresa, si sobre los bienes que motivan el acto o contrato, existen o no gravámenes o limitaciones, cuando éstos puedan afectar los derechos del otro otorgante; y el notario les advertirá las responsabilidades en que incurran si así no lo hicieren”.

Artículo 33 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “La omisión de las formalidades no esenciales, hace que incurra el notario en una multa de cinco a cincuenta quetzales según el caso”.

“Los actos jurídicos pueden ser ineficaces con motivo de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas, las cuales no son las únicas clases de ineficacia.

Quedan incluidos, además de la nulidad o invalidez y la inoponibilidad, otros supuestos tales como la caducidad, la resolución, rescisión y la revocación, entre otros".¹⁸

Por ende, la teoría general de las ineficacias abarca diferentes categorías, y aun dentro de ellas diferentes clases. Es un concepto jurídico más amplio, que abarca distintas situaciones en las que los actos no tienen vigor, fuerza o eficiencia para lograr sus efectos propios.

4.6. Propuesta de reforma

PROPUESTA DE REFORMA

DECRETO NÚMERO _____

El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que las escrituras públicas son documentos en los que se facciona ante notario público un determinado hecho o un derecho autorizado por el fedatario público que firma con el otorgante u otorgantes, mostrando la capacidad jurídica del contenido y de la fecha en que se realizó, teniendo como contenido propio la declaración de voluntad y los actos jurídicos que implican la prestación del consentimiento y determinados contratos y negocios, que de acuerdo a la ley material se exigen.

¹⁸ Hidalgo Gómez, Luis Rodrigo. **Subsanación de vicios en el notariado**. Pág. 77.



CONSIDERANDO:

Que el documento describe la importancia del instrumento público notarial, específicamente los instrumentos públicos protocolares, siendo los mismos escrituras públicas y actas que el notario incorpora a su protocolo notarial y conserva como originales, expediendo copias cuando la ley lo requiere, además de que son los instrumentos públicos protocolares los que ofrecen seguridad jurídica y son medios de prueba efectivos ante los procesos legales, debido a que el notario certifica su contenido y calificación jurídica.

CONSIDERANDO:

Que la nulidad es una causal de ineficacia del acto jurídico celebrado entre las partes, en virtud de un vicio congénito que señala una ineficacia estructural y absoluta, privando a un acto jurídico de sus efectos propios o normales, con efecto retroactivo y frente a todos debido a defectos originarios, estructurales y esenciales, a través de un proceso de impugnación y declaración.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171, literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA:

La siguiente:

REFORMA POR ADICIÓN AL ARTÍCULO 33 DEL CÓDIGO DE NOTARIADO

DECRETO 314 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

Artículo 1. Se reforma por adición el Artículo 33 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, el cual queda así:

“Artículo 33 Bis. “Subsanación de documentos notariales por vicios congénitos”. Deberán ser subsanados los instrumentos matrices extendidos en el protocolo de un escribano público cuando la voluntad de las partes contratantes adolezca de vicio congénito limitante de un acuerdo genuino que permita la garantía de la validez jurídica del acuerdo celebrado.

Artículo 2. Vigencia. El presente Decreto Ley entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

REMÍTASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

EMITIDO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, EL _____ DE _____ DE _____ MIL _____.

Presidente



Secretario

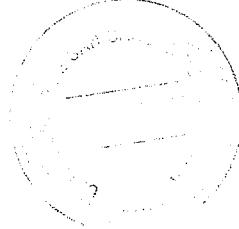
Secretario

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El problema que se encontró es que el Código de Notariado no tiene establecido un mecanismo legal para la subsanación de vicios congénitos en las escrituras públicas, lo cual afecta el libre ejercicio del notariado y de la disposición a realizar negocios jurídicos entre las partes interesadas, a partir de la libertad de contratación; aun cuando este tipo de vicios pueden ser resueltos si se tiene establecido un mecanismo legal para que se subsanen legalmente como sucede con la omisión de formalidades esenciales y no esenciales.

El fundamento legal en que se basó la investigación para establecer la existencia del problema mencionado para subsanar vicios congénitos en las escrituras fue el Artículo 32 sobre lo que sucede si hay omisiones en las formalidades esenciales y los efectos si existen omisiones de las formalidades no esenciales en el Artículo 33.

Para evitar que se continúe afectando los negocios jurídicos a partir de la inexistencia de un mecanismo legal para la subsanación de vicios congénitos en las escrituras públicas, el Congreso de la República de Guatemala debe incorporar el Artículo 33 Bis, en donde se establezca el mecanismo legal para corregir los vicios congénitos, a partir de la ampliación del contenido que falta en una escritura de ampliación donde las partes acudan a ratificar el contenido del acto con lo cual resolvería un vicio que no adolece de dolo sino que se debió a impericia o negligencia del notario.



BIBLIOGRAFÍA

ARANGO MARTÍNEZ, Diego Romeo. **Vicios congénitos de las escrituras públicas.** 3^a ed. Barcelona, España: Ed. Dykinson, 1990.

CABANELAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** 17^a ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1988.

CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral.** 3^a ed. México, D.F.: Ed. Astrea, 1988.

FONSECA VILLANUEVA, Luis Ángel. **El protocolo y las escrituras públicas.** 4^a ed. Valencia, España: Ed. Ariel, 2008.

GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. **Derecho notarial.** 5^a ed. Pamplona, España: Ed. Navarra, S. A., 1986.

GONZÁLEZ, Carlos Emerito. **Derecho notarial.** 5^a ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley, S.A., 1988.

HIDALGO GÓMEZ, Luis Rodrigo. **Subsanación de vicios en el notariado.** 4^a ed. Madrid, España: Ed. Jurídico, S.A., 1994.

LARRAUD, Rufino. **Curso de derecho notarial.** 6^a ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1987.

MARQUÉZ PÉREZ, Jorge Mario. **El documento notarial.** 2^a ed. Madrid, España: Ed. Trotta, 1989.

MUÑOZ, Nery Roberto. **La ética notarial y la seguridad jurídica.** 8^a ed. Guatemala: Ed. Fénix, 1999.

OSSORIO Y FLORIT, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 10^a ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1999.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho notarial.** 2^a ed. México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1989.

QUIÑONEZ MIRANDA, María Luisa. **Nulidad notarial.** 3^a ed. Guatemala: Ed. Ediciones Mayté, 2007.

SALAS, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá.** 5^a ed. Costa Rica: Ed. Jurídica, 1996.

VALTIERRA MONZÓN, Rosemary. **Vicios del derecho notarial.** 2^a ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Legal, 1994.

Legislación:

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

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 del jefe de gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdia, 1963.

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