

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



**EL PROCEDIMIENTO Y LA SEGURIDAD
JURÍDICA NOTARIAL EN LA REPRODUCCIÓN
DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS
PROTOCOLARES**

MANUEL ANTONIO LEMUS FLORES

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2006.

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

**EL PROCEDIMIENTO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA NOTARIAL EN LA
REPRODUCCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS PROTOCOLARES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MANUEL ANTONIO LEMUS FLORES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre de 2006.

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



DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Gerardo Prado
Vocal: Lic. Víctor Hugo Barrios Barahona
Secretario: Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Marisol Morales Chew
Vocal: Licda. Claudia Lucrecia Santiago Gómez
Secretario: Lic. David Sentés Luna

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.)

LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
5ª. AVENIDA 4-29 ZONA 9
TELEFAX: 23325867
GUATEMALA, C.A.



Guatemala, 20 de marzo de 2006

Licenciado
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.

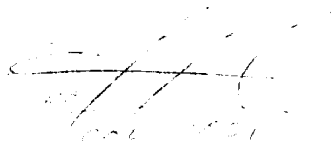
Señor Decano:

En cumplimiento de la resolución dictada por ese Decanato, por la cual se me designó Asesor del bachiller **MANUEL ANTONIO LEMUS FLORES**, en la realización de su trabajo de tesis de grado intitulado **"EL PROCEDIMIENTO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA NOTARIAL EN LA REPRODUCCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS PROTOCOLARES"**, respetuosamente me permito informar a usted lo siguiente:

- a) El trabajo de investigación enfoca desde la perspectiva doctrinaria y exegética de los textos legales relacionados con la disciplina notarial, el tema objeto de la tesis de grado.
- b) Las conclusiones y las recomendaciones que se vierten, son congruentes con el trayecto de la investigación.
- c) El trabajo realizado, contenido en 4 capítulos, comprende los aspectos más importantes del tema tratado, desarrollándose técnicamente la bibliografía consultada, la cual es adecuada y suficiente.
- d) Finalmente el trabajo resalta la importancia de la seguridad jurídica notarial, como satisfactor de las exigencias sociales en materia de la expresión de voluntad, atendiendo a la fe pública notarial y al valor formal y probatorio del instrumento público; Siendo de singular importancia para el acreditamiento de las diferentes expresiones de voluntad, la regulación legal del testimonio o copia simple legalizada; para lo cual se propone suprimir el compulsado del instrumento matriz, para lograr las finalidades de garantía y seguridad jurídica.

En razón de lo expuesto, soy de la opinión que el trabajo de mérito, satisface tanto su objetivo como los requerimientos reglamentarios respectivos.

Con muestras de mi más alta consideración y estima, aprovecho para suscribirme del señor Decano, atento y seguro servidor.



UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



**UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, nueve de mayo de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) JORGE MARIO ALVAREZ QUIROS**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **MANUEL ANTONIO LEMUS FLORES**, Intitulado: **"EL PROCEDIMIENTO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA NOTARIAL EN LA REPRODUCCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS PROTOCOLARES"**.

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

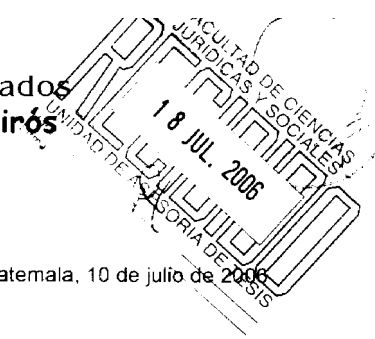

LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MIAE/slh

Alvarez, Gordillo, Mejía, Asociados
Lic. Jorge Mario Alvarez Quirós
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 10 de julio de 2006



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

Estimado licenciado Castillo Lutín:

En cumplimiento a la resolución emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, con fecha nueve de mayo de dos mil seis, procedí a **REVISAR** el trabajo de tesis del estudiante **MANUEL ANTONIO LEMUS FLORES**, que se titula "**EL PROCEDIMIENTO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA NOTARIAL EN LA REPRODUCCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS PROTOCOLARES**". En virtud de lo cual informo:

1. Procedí a revisar cuidadosamente la tesis presentada por el estudiante, haciendo las observaciones necesarias, la cual tiene contenido técnico, así como una metodología adecuada.
2. Estudié el contenido del tema propuesto por el estudiante **MANUEL ANTONIO LEMUS FLORES**, el cual reúne los requisitos de actualidad e importancia no solo en el aspecto académico sino para la prestación de la función notarial, por cuanto en el desarrollo del trabajo trata adecuadamente la forma de reproducir los instrumentos públicos protocolares de la manera que permite darle protección y seguridad jurídica a la sociedad que requiere de los servicios que prestan los Notarios.
3. Con el presente trabajo, se evidencia que la seguridad jurídica, obligación constitucional del Estado de otorgarla, recae en el Notario en el ejercicio de su función notarial, ya que a éste funcionario Sui Géneris, le corresponde la seguridad jurídica notarial, misma que debe ser dinámica y no estática como la mayoría de autores y tratadistas del derecho notarial lo afirman.

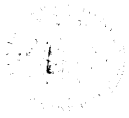
En virtud de lo anterior, comparto los comentarios vertidos por el asesor de tesis, Notario Carlos Manuel Castro Monroy, distinguido profesor de los cursos teóricos y prácticos de derecho notarial de esta unidad académica, por lo que **dictaminó** que la tesis presentada por el estudiante **MANUEL ANTONIO LEMUS FLORES**, reúne la calidad que se exige para esta clase de trabajos y por consiguiente, pueda ser discutida en el examen público respectivo

Sin otro particular, agradeciendo su atención a la presente me suscribo de usted.

Atentamente,

Colegiado No. 3233

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Calle Universidad Zona 12
Guatemala, G.A.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, uno de agosto de dos mil seis. -

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (a) estudiante **MANUEL ANTONIO LEMUS FLORES** titulado **EL PROCEDIMIENTO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA NOTARIAL EN LA REPRODUCCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS PROTOCOLARES.** Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis -

MTCL/slh



DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser supremo que me dio la vida y me permitió culminar este triunfo.
- A MI PATRIA:** Que me vio nacer y quien merece ser digna.
- A MI PADRE (QEPD):** Aunque ya no este lo llevo dentro de mi corazón por el ejemplo que dejo.
- A MI MADRE:** Maria Ernestina Flores Duarte, mi eterna gratitud por el amor, sacrificio y apoyo que siembre me ha brindado y a quien debo esta meta.
- A LA MEMORIA DE MIS ABUELITOS** Anselmo Flores y Rosa Duarte, quienes siempre me enseñaron con sus actos a ser una persona de bien.
- A MI ESPOSA:** Por su amor, confianza y comprensión.
- A MIS HIJAS:** Karen, Meylin, Maria Jose y Stefany Sofia, quienes son la razón de mí existir.
- A MIS HERMANOS:** Quienes me incentivaron a culminar la meta que he logrado, mi amor fraternal.
- A MI CUÑADO:** Por su apoyo incondicional, gracias.
- A MIS SOBRINOS:** Con mucho cariño, en especial a Héctor Haroldo Lemus Chamalé (chinito), que Dios lo tenga en su reino, a quien prometí el día de su partida dedicarle este triunfo.
- A MI FAMILIA EN GENERAL:** Con afecto y aprecio.
- A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS:** Quienes de alguna forma me brindaron su solidaridad y apoyo para lograr la realización de éste éxito.
- A LA TRICENTENARIA:** Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; por haberme otorgado el privilegio de estudiar y alcanzar esta digna profesión.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i
CAPÍTULO I	
1. Seguridad jurídica	1
1.1 La seguridad jurídica desde la perspectiva ius filosófica	1
1.2 Evolución de la conceptualización filosófica de la seguridad Jurídica.....	1
CAPÍTULO II	
2. La seguridad jurídica notarial	25
2.1 Los antecedentes del notariado	25
2.1.1 Antecedentes históricos	25
2.1.2 En América	28
2.1.3 Evolución histórica del notariado en Guatemala....	29
2.1.4 Época colonial	29
2.1.5 El notariado después de la reforma liberal	31
2.1.6 El notario después de la revolución de 1944	32
2.2 Derecho notarial	32
2.2.1 Definición	32
2.2.2 Principios en que se funda el derecho notarial	33
2.2.3 Su objeto	34
2.3 El notario	36
2.3.1 Definición	36
2.3.2 Sistemas notariales.....	38



	Pág.
2.3.2.1 Sistema latino	38
2.3.2.2 Sistema sajón	46
2.3.3 Actividades realizadas por el notario	47
CAPÍTULO III	
3. Los documentos notariales. El protocolo notarial	53
3.1 Documentos notariales.....	53
3.2 Documentos protocolares. El protocolo notarial	58
3.2.1 La escritura pública.....	61
3.2.2 Acta de protocolación	64
3.2.3 Razones de legalización de firmas y documentos	65
3.3 Documentos extraprotocolares	67
3.3.1 El acta notarial	67
3.3.2 Certificaciones	69
3.3.3 Reproducciones de instrumentos públicos	70
CAPÍTULO IV	
4. La inseguridad jurídica notarial del compulsado.....	73
4.1 Proyecto de reforma de ley	77
CONCLUSIONES.....	79
RECOMENDACIONES.....	81
BIBLIOGRAFÍA.....	83



INTRODUCCION

La cartulación es la actuación que consiste en redactar y autorizar instrumentos públicos de forma individual en el registro notarial, también denominado protocolo, por lo que las actuaciones notariales por excelencia, las constituyen las escrituras públicas en este asentadas, lo que significa que toda actuación protocolar, obliga al notario público a actuar en el registro notarial a su cargo, asentando en éste todos aquellos instrumentos que contengan actos, contratos y hechos jurídicos sometidos a su autorización.

Cuando se autoriza un instrumento público, a los otorgantes se les extiende una copia fiel de lo que se plasmó en dicho instrumento, documento que en el ámbito del notariado se le conoce como testimonio, el cual según el Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, puede ser expedido a través del sistema de fotocopias o mediante el sistema de la transcripción literal o compulsado del mismo.

Cuando se realiza la reproducción del testimonio a través del sistema de fotocopias, no existe mayor problema con la seguridad jurídica notarial, porque lo que el notario hace, es que reproduce el contenido de las escrituras matrices, actas de protocolización y razones de legalización de firmas, en hojas de papel simple y se le robustece de fidelidad y certeza jurídica mediante la elaboración de una razón que documenta el notario, haciendo uso de la fe pública notarial, en su calidad de depositario del protocolo, en el cual faccionó dichos instrumentos; los cuales, por lo



tanto, son simples y suficientes para los usos legales que interesen a los otorgantes en las relaciones posteriores que se deriven del otorgamiento del instrumento autorizado.

El problema de la seguridad jurídica notarial, que se ve afectada y el cual es el que nos atañe en esta investigación, es cuando se compulsaba el testimonio del instrumento público a través del método más antaño conocido como compulsado, que no es más que la transcripción de puño y letra del notario autorizante del contenido de un instrumento público, cualquiera que sea su clase.

La falta de certeza jurídica surge entonces debido a que definitivamente, la letra con la cual es compulsado dicho testimonio, no se sabe a ciencia cierta si es la del notario autorizante, con lo que se puede de alguna forma alterar, de manera significativa y en perjuicio de los otorgantes, el contenido de las cláusulas escriturarias plasmadas por la voluntad de los otorgantes, debido a que no se tiene a la vista el contenido que se plasmó en el instrumento antes mencionado y que en dicho testimonio tampoco calzan las firmas de los otorgantes; y, por otra parte, surge también la incertidumbre de que por causa de notarios inescrupulosos, el contenido de dicho instrumento se pueda ver alterado por parte de ellos mismos, violentando de esa manera la voluntad de las partes plasmadas en dicho instrumento notarial, dando como resultado la reproducción de un testimonio alterado, y por lo consiguiente falso, que definitivamente es sujeto de nulidad y de persecución penal por constituirse en una falsedad material e ideológica. Lo anterior es sin perjuicio que en principio debemos asumir sobre la presunción legal de veracidad que se le advierte a los notarios, por la fe pública que gozan; sin embargo, hago énfasis, como lo expresé anteriormente, la



seguridad jurídica se ataca debido a notarios que faltan a la ética, a la moral y a los principios que informan al derecho notarial.

El principal objeto de este trabajo de tesis es establecer, al final y a través de una investigación jurídico exploratoria, que el sistema del compulsado actualmente no presta ninguna garantía a los otorgantes, y ha dejado de ser una manera eficaz de expedirse un testimonio, por cuanto atenta contra la seguridad jurídica que, como es sabido, es uno de los principales objetivos del Estado y de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El presente trabajo de tesis se encuentra dividido en cuatro capítulos; el primero de ellos trata sobre la seguridad jurídica desde el punto de vista general; el segundo capítulo, abarca lo concerniente a la seguridad jurídica notarial; en el tercer capítulo se aborda lo referente a los documentos notariales y el protocolo notarial; finalmente en el capítulo cuarto de este trabajo se aborda lo relativo a la inseguridad jurídica notarial del compulsado, lo cual es la parte medular y objeto del presente trabajo.



CAPÍTULO I

1 Seguridad jurídica

1.1 La seguridad jurídica desde la perspectiva ius filosófica

Desde el siglo IV los filósofos comienzan a percibir la necesidad de brindar seguridad a los ciudadanos en la realización de sus actividades, aunque esta seguridad es abordada por cada uno atendiendo a la tendencia filosófica que desarrolla y según el condicionamiento social que impone la época.

1.2 Evolución de la conceptualización filosófica de la seguridad jurídica

Cuando Hipódromo,⁴ sin ser político, un tanto irresponsablemente, se puso a escribir sobre el régimen mejor, todavía las ciudades griegas descansaban sobre una sólida base de creencias. Es cierto que ya empezaban a cuartearse algunas; desde mediados del siglo V, la vida de las ciudades griegas habían iniciado una peligrosa transformación. La filosofía naturalista de los jonios y la sofística fueron causa, ciertamente, de ella; pero hay que subrayar que en su origen fueron más bien efectos de esa nueva situación. En Atenas, como es sabido, las nuevas ideas, en especial la filosofía, aparecen tardíamente. El primer filósofo que reside en Atenas era jonio Anaxágoras; hasta Sócrates no hay ningún filósofo que sea ateniense. Las nubes de Aristófanes, que son del año 423, presentan la reacción hostil y ya alarmada frente a la irrupción de una nueva forma de vida; pero esa hostilidad va acompañada de

⁴ Aristóteles, **Política**, Pág. 951.



ignorancia, y por eso se confunden, más o menos voluntariamente en Aristófanes,² de seguro sin ninguna voluntad en su público, las dos corrientes intelectuales distintas; la fisiología jónica y la sofística. Aristófanes, al satirizar a Sócrates y sus discípulos, no sabe siquiera cómo llamarlos, ni a ellos ni a su escuela; el hecho mismo de que tal escuela no existiera subraya su falta de familiaridad con el grupo y, por tanto, de precisión y claridad. Pero el que en las nubes se enfrenten el discurso justo y el injusto y se contrapongan la educación antigua y la corrupción moderna, es suficientemente significativo e inequívoco.

Cuando Aristóteles escribe su política han pasado casi cien años. El proceso que se iniciaba en tiempos de Hipódamo, Sócrates en su defensa la legalidad contra la violencia y Aristófanes está consumado. Aristóteles, que propiamente, como observa Jaeger,³ era un hombre sin estado, ha asistido a la liquidación de una época histórica, y además su información le ofrece un repertorio de vicisitudes políticas casi inagotable. En su mente se engrandece una convicción fundamental: que la vida de las ciudades es esencialmente insegura; las constituciones todas están afectadas por una radical inestabilidad; disensiones y revoluciones las amenazan, se pasa de unas a otras; ninguna de las formas políticas perdura fácilmente. Y esto es lo más grave: la constitutiva inseguridad de los regímenes, y por tanto de las ciudades; la situación precaria de la convivencia, y con ello de la vida individual.

² Maier, Heinrich, **Sócrates**, Pág. 157.

³ Aristóteles, **Ob. Cit**; Pág. 959.



El problema fundamental de la política no es por consiguiente, qué régimen es el mejor, sino cómo pueden existir –persistir- los regímenes, sean los que sean. El tema de la ciencia política no es el ideal de politeia, la constitución perfecta, sino algo mucho más modesto, pero más apremiante: la seguridad.

Por esta razón, la fidelidad a un tipo de régimen no consiste en su pureza, sino más bien al contrario: en su prolongación y conservación. No es democrático lo que extrema la democracia, o tiránico lo que lleva al límite la tiranía, sino lo que hace que siga habiendo democracia o tiranía, aunque sea a costa de que lo sean con menos rigor y plenitud.

Aristóteles se plantea en toda su generalidad el problema de la seguridad o ***aspháleia***. Unas constituciones son mejores que otras, sin duda; pero, en primer lugar, no todas son adecuadas a todas las ciudades ni a todas las circunstancias. Un grave error político, que ha minado profundamente la estabilidad de la vida griega, ha sido que las potencias hegemónicas –Atenas y Esparta- han tratado de extender sus propios regímenes sin más discriminación. Los que tuvieron la hegemonía en la Hélade, mirando sólo a su propio régimen, establecieron en las ciudades unas democracias y otras oligarquías, sin tener en cuenta la convivencia de las ciudades, sino la suya propia. Aristóteles agrega: Forzosamente será mejor el que más se aproxima a éste, y peor el que diste más del régimen intermedio, a no ser que se juzgue en vista de ciertas circunstancias; digo en vista de ciertas circunstancias, porque con frecuencia, aun



siendo preferible un régimen, nada impide que a algunos les convenga más otro régimen.⁴

La consecuencia de esto es clara. En principio, el tema de la política es la realidad de cada régimen, por tanto los requisitos de su perduración. Hay que ver qué es la monarquía, la oligarquía, la democracia, la tiranía, etc., en qué consisten, qué las constituye y qué tienen que hacer para conservarse y perdurar.

Todo esto lleva a Aristóteles al estudio preferente de un extraño régimen, que no sólo es distinto de todas las formas puras, sino que consiste en la máxima impureza: en la combinación o mezcla de varios regímenes, y mejor aún de todos. Es el famoso régimen mixto, la constitución que Aristóteles, a falta de nombre peculiar, designa con el nombre genérico de todas ellas: **politeia**, república.

El régimen mixto, que ya interesó vivamente a Platón y había de tener tan larga historia como idea política, si no como realidad efectiva en los Estados, resulta de combinar diestramente todas las constituciones conocidas, para extraer de cada una de ellas sus ventajas y evitar los inconvenientes, los fallos que han hecho que ninguna sea estable. Ortega ha observado que es una solución desesperada, consecuencia de la absoluta desconfianza frente a todos los regímenes, después de haberlos ensayado y visto fracasar; es –ha dicho– la triarca máxima de los antiguos boticarios, la mezcla de

⁴ **Ibid**



todos los medicamentos cuando ninguno de los remedios aislados ha resultado eficaz. El régimen mixto es la expresión política positiva del fracaso de todas las formas de gobierno.⁵

El régimen mixto es el más seguro y estable: está es su excelencia y justificación. Debe aprovechar el equilibrio de las distintas fuerzas políticas, y con ellas constituir la suya propia y asegurarse así la permanencia.

Aristóteles se recoge sobre sí mismo y, renunciando a lo que era más caro para un griego –lo irreal- se inclina sobre la realidad histórica, sobre el incesante movimiento político del último siglo, sobre las constituciones pacientemente coleccionadas, e intenta extraer de ese material la fórmula que haga posible una nueva concordia, una mínima seguridad, para que los hombres puedan seguir tendiendo los arcos de sus vidas con alguna esperanza de que la felicidad sea su blanco.

Como casi todos los términos culturales, la **seguridad jurídica** es un concepto histórico que encontramos en el mundo moderno. La seguridad, en un sentido más general, vinculada a otros factores distintos del derecho, existe en la edad media, aunque su raíz sea más bien social y religiosa. La ausencia de temor y de duda del hombre medieval es consecuencia de su inserción por un lado en una comunidad, un

⁵ Aristóteles, **Una nueve interpretación de la historia universal**, Pág. 168



gremio, una relación de vasallaje, una corporación, donde desde su nacimiento es formado, orientado y protegido hasta su muerte. Por otro lado la unidad, en la interpretación del mundo y de la vida, que produce, el monopolio de la Iglesia Católica en el ámbito de la fe y de las creencias y el imperialismo de la Teología en relación con todas las demás formas de conocimiento humano permite que todos sepan a que atenerse sobre su destino último, sobre el camino para llegar a él, y difumina las incertidumbres, los temores y las dudas.

En cambio, visto desde un punto de vista moderno, el derecho de aquel tiempo no genera seguridad. El pluralismo de fuentes, el entrecruzamiento de competencias, una creatividad judicial sin norma previa, buscando el *id quod iustum est*, en el caso concreto y sobre todo la falta de un Poder capaz de imponer sus normas jurídicas, no permite hablar de certeza, ni de ausencia de temor. Los juristas nostálgicos con una vuelta a la Edad Media, no sacan, a mi parecer, todas las consecuencias de esta realidad.

Lo cierto es que la seguridad se genera por un monismo ideológico, y por una rigidez social y comunitaria que disminuyen la importancia del pluralismo jurídico medieval.

Cuando a partir del tránsito a la modernidad se rompa ese monismo ideológico y ese control desde la teología católica con el pluralismo religioso originado por el



fenómeno protestante y la proliferación de Iglesias y sectas, y cuando al individualismo de la burguesía naciente resquebraje el comunitarismo gremialista, la seguridad cambiará de signo y empezará a ser *seguridad jurídica*, con la aparición del derecho moderno. Ciertamente hay precedentes de la idea en algunos privilegios estamentales, especialmente garantías procesales de los vasallos, como las de Alfonso IX a las Cortes de León en 1188 o en la Carta Magna. Pero vemos pese al esfuerzo de Carlyle estos precedentes son escasos y tienen diferente significado.

En la obra “El príncipe”, Maquiavelo aborda el tema de la seguridad desde el punto de vista de un medio utilizable para garantizar la seguridad del rey y su reino, es un Código de la tiranía, fundado en la torpe máxima de que el fin justifica los medios y de que el éxito ensalza la obra, el plantea que la inseguridad solo puede evitarse mediante el Estado, solo el orden estatal garantiza una organización de la convivencia humana.⁶

Se opone al poder feudal en su afán de asegurar el poder del príncipe, la seguridad del Estado y la unidad italiana, justifica las dobleces y las falsas promesas a la vez que realiza una apología de la represión. El pragmatismo de su concepción marca un hito en el estudio teórico de la política al liberarla de la moral.

⁶ Maquiavelo, Nicolás: **El príncipe**, Pág.171.



El monopolio en el uso de la fuerza legítima que supone el Estado como forma política propia del mundo moderno en el decir de Weber, y la reserva al soberano estatal de la producción jurídica, en la formulación de Bodino que refleja fielmente la realidad de su tiempo y la evolución posterior, trasladarán el centro de gravedad de la seguridad. El monismo jurídico moderno empezará a coexistir con el pluralismo ideológico y con el individualismo creciente, y se podrá hablar propiamente, a partir de entonces, de *seguridad jurídica*, sin perjuicio de los precedentes antiguos que encontramos en el derecho romano. Así la recepción en el tránsito a la modernidad del derecho romano como *ratio scripta*, para superar el pluralismo jurídico medieval y para favorecer la unificación de los reinos explica también la identificación de la seguridad con el derecho. La dialéctica monismo ideológico-religioso-pluralismo jurídico primero, y pluralismo ideológico-religioso-monismo jurídico después, estarán en la raíz del cambio de sentido de la seguridad.

El humanismo jurídico, el ius naturalismo racionalista, el positivismo normativista y su superación desde perspectivas plurales en la actualidad, manteniendo el carácter central del derecho como ordenamiento jurídico, desde el punto de vista interno, y por otro lado las aportaciones del pensamiento político renacentista, ilustrado, liberal, democrático y socialista desde el punto de vista externo, marcarán hasta hoy la evolución de la idea de *seguridad jurídica*.



Junto al cambio que se ha señalado de una seguridad apoyada en el monismo ideológico y en la rigidez social, a la protegida por el monismo del derecho estatal en el mundo moderno otro fenómeno cultural tendrá relevancia significativa en la evolución de la idea de *seguridad jurídica*. Me refiero a la crisis del iusnaturalismo, y de su idea de una justicia material, que se producirá a finales del siglo XVIII a partir del triunfo de las revoluciones liberales en Francia y en las colonias inglesas de Norteamérica, aunque el iusnaturalismo moderno, racionalista y fundamentalmente protestante, ya encerraba serias contradicciones que prepararon su propia destrucción. En efecto, la idea del contrato social como origen del poder legítimo del derecho como primera función del poder soberano surgido del contrato, y el paso de la libertad natural a la civil para la eficacia social de los derechos, que son ideas fuerza de esa concepción que anuncian el positivismo. Quizás en este sentido el más coherente de los autores de esa época, sea Hobbes, para quien la única función del derecho natural es legitimar la obediencia al derecho positivo.

Por otro lado Hobbes considera la seguridad, como paz derivada del contrato social, que saca al hombre del estado de naturaleza y le convierte en ciudadano que entrega el poder, al Leviatán, su seguridad, en detrimento de su libertad natural que le llevaba a la guerra de todos contra todos.

Rousseau caracteriza la seguridad como protección que produce orden y certeza, si la vemos desde el punto de vista objetivo y como ausencia de temor y



ausencia de duda, si lo hacemos desde el punto de vista subjetivo. En Tocqueville se describe la seguridad, pero también se valora, con preocupación, la posibilidad de que adormezca la iniciativa y la creatividad, fomentando la servidumbre voluntaria de la que habló, ya en el siglo XVI, Etienne de la Boétie.

La repercusión de este proceso en la idea de seguridad jurídica será convertir a esta, de una característica no buscada, derivada de la misma existencia del derecho, al fin principal del mismo, puesto que parece imposible un objetivo de justicia material, razón de ser del derecho natural. Si no existen verdades objetivas que constituyan el contenido del derecho justo, busquemos mecanismos y técnicas formales que aseguren la posibilidad de una autonomía libre para la actividad del individuo. Pascal en su Pensées, lo formulará, probablemente sin intención, pero con una feliz expresión: “Si la justicia no es fuerte hagamos que la fuerza sea justa”.

Se iniciara así la idea positivista de la seguridad jurídica, vinculada a la concepción política liberal democrática que propugna y defiende procedimientos y técnicas que aseguren y den certeza al individuo, ciudadano y hombre privado. La justicia material es sustituida por la seguridad jurídica como justicia formal o procedimental.

Hasta el siglo XVIII el derecho era fundamentalmente derecho privado con una función garantizadora de esa autonomía, libertad para obligarse y contratar, y



derecho penal con una función represora de las violaciones de los ámbitos garantizados por el derecho privado, y por consiguiente la seguridad jurídica se formará inicialmente en ese sector. Las instituciones del derecho privado vinculadas a la seguridad jurídica arrancarán de aquel tiempo. El derecho público, como expresión de la voluntad del poder, tenía menor estabilidad y representaba menos la realidad natural. Por eso muchas veces se identificaban, como en Kant, derecho privado y derecho natural, y el público se descartaba como obra propia de la razón y se situaba en el ámbito más arbitrario y contingente de la voluntad soberana. La filosofía de los límites del poder que, a través del iusnaturalismo conduce al constitucionalismo, será el cauce para la incorporación de la seguridad jurídica al derecho público. Cuando la escuela del derecho público alemán, Jellinek, Gerber, Laband, etc., construyan la teoría del Estado como teoría de la constitución, las instituciones de la seguridad jurídica estarán ya sólidamente instaladas en ese ámbito.

Dentro de los límites y de los puntos de vista del positivismo legalista y estatalista del siglo XIX este esfuerzo que caracterizaremos más adelante, pero que podemos identificar con el estado de derecho, se puede valorar positivamente, frente al exceso de lo que llama Bobbio la teoría formalista de la justicia, propia del positivismo ideológico, en virtud de la cual el derecho es justo por ser derecho. Es el reduccionismo de la justicia a la validez, tan rechazable como su contrario, el de la validez a la justicia propia del iusnaturalismo extremo.



Jeremías Bentham, como vocero inconsciente de la burguesía liberal europea, y especialmente la inglesa del siglo XIX, desarrolla un concepto abstracto de utilidad, el cual expresa o sintetiza la tendencia e inclinación de una cosa a preservarse del dolor o procurar el placer. El mal, para el jusfilósofo inglés, es pena, dolor o causa de dolor; el bien, es placer o causa del placer⁷. Ciertamente es que ese utilitarismo de Bentham no está exento de algunos puntos positivos. En este sentido es importante la connotación que brindó a la seguridad jurídica, como noción sobre la cual –según él– se integra el edificio del orden jurídico, e incluso del orden estatal. Por supuesto, esa llamada seguridad jurídica está siempre en función de los intereses utilitarios del egoísmo burgués. Hay también un atisbo interesante en Bentham cuando apunta que el derecho no se propone ni puede proponerse establecer la igualdad, sino únicamente la misma cantidad de posibilidades en todos los miembros del conglomerado social. No hay que disponer de mucha perspicacia para advertir aquí también un criterio burgués que se ha reiterado con verdadero afán recurrente, la sociedad no iguala, sino que, brinda iguales probabilidades. Por supuesto, si algunos se enriquecen y otros parecen víctimas de la maquinaria capitalista, se encoje de hombros el filósofo y asegura que algunos supieron hacer uso de las oportunidades de que dispusieron en tanto otros las desperdiciaron.

⁷ Bentham, Jeremías: **Tratado de legislación civil y penal**, 821.



En una carta inédita de Tocqueville a Charles Stoffels de 21 de abril de 1830, escribe que: "...el cuerpo social lo ha previsto todo; el individuo sólo se toma la pena de nacer, en cuanto a lo demás, la sociedad lo coge en sus brazos de nodriza, vigila su educación, abre ante él los caminos de la fortuna le sostiene en su marcha, aparta de su cabeza los peligros...", y añade inmediatamente: "...Él, avanza en paz bajo la mirada de esa segunda providencia; el poder tutelar que le ha protegido durante toda su vida, vigila también el reposo de sus cenizas, he ahí la mente del hombre civilizado...".⁸

Estamos ante un concepto complejo que evoca tranquilidad, ausencia de miedo y de violencia pero que entronca también con servidumbre, como conformismo, como ausencia de iniciativa y como ausencia de libertad. La primera servidumbre lo es en el campo de la cultura como esa pretensión del espíritu humano de obtener una tranquilidad imposible en el ámbito de la inteligencia, que puede fomentar o favorecer la segunda, la servidumbre política, a través de un proceso psicológico que Frömm estudió sobre todo en el miedo a la libertad.

Esta idea general de seguridad, concretada en su dimensión jurídica adquiere a su vez diversos matices que no son, como veremos, ajenos a la evolución del poder político y de su derecho, con lo que probablemente, la función principal de la filosofía jurídica sea intentar acotar los sentidos del término seguridad, distinguiendo

⁸ Del Corral, Díez: **El pensamiento político de Tocqueville**, Pág.89.



sus denominaciones léxicas de las estipuladas y preparando una clarificación útil para el científico del derecho y en general para todos los operadores jurídicos.

Frente a las desviaciones patológicas de la seguridad que conducen a las servidumbres que se acaban de evocar, se perfiló en el mundo moderno un concepto progresivamente vinculado a las concepciones democráticas, que superó planteamientos anti-éticos con la idea de justicia para acabar, integrándose en esta noción clave para la comprensión integral del derecho. La evolución histórica que prepara este proceso y los rasgos centrales que lo identifican será el desarrollo principal de estas reflexiones, desde el punto de vista de la filosofía del derecho.

La idea positivista liberal de seguridad jurídica encontró la resistencia de las posiciones que defienden la posibilidad de un derecho justo de carácter material, y estos se formularon como antagonismo de justicia y seguridad jurídica que aparecieron como contradictorias. Muchas de las ponencias al tercer congreso del instituto internacional de filosofía del derecho y de sociología jurídica de 1938 en Roma, se situarán en esta perspectiva.

Se podría decir que la seguridad jurídica como justicia formal o procedimental, se encuentra centrada entre dos posiciones extremas, en la cultura jurídica moderna: la que cree que el derecho al existir no sólo crea seguridad sino también justicia y la



que contrapone la seguridad a una justicia material identificable por la autoridad de su autor, Dios, o por la racionalidad de sus contenidos –derecho natural-.

Hoy esta situación está superada y vivimos, en la cultura jurídica, un intento de evitar la dialéctica iusnaturalismo versus positivismo.

La teoría jurídica Kelseniana, probablemente por sus planteamientos la más genuina representante de esa ideología liberal, positivista, formalista, de la seguridad jurídica, se completó y se corrigió haciéndola compatible con contenidos materiales de justicia, procedentes de la moralidad democrática, producto de la dialéctica razón e historia, en el mundo moderno. En los principios, los valores y los derechos fundamentales se integrarán esas dos perspectivas que superan la dialéctica antagónica iusnaturalismo-positivismo.

Hart o Bobbio, en la doctrina, son expresivos de esas nuevas tendencias.⁹

Carlos Cossío desarrolla su teoría egológica o egología que no es más que una indagación de la conducta, del comportamiento de los hombres, en contraposición al positivismo Kelseniano.

⁹ *ibid*, Pág. 56.



Para Cossío al ser la norma un juicio de conocimiento, no sólo puede ser válida o inválida, justa o injusta, sino que también puede ser verdadera o falsa. Entonces es más fácil entender la construcción axiológica de Cossío: para él, en el plano existencial de la simple coexistencia como mundo, en los valores de autonomía, el más importante para los hombres es la seguridad, y la inseguridad, su desvalor correspondiente. Quisiera aclarar que para Cossío los desvalores no son simplemente la ausencia de valor, sino que tales desvalores tienen, a su juicio, un significado sustantivo. Es él mismo quien dice con su gracia acostumbrada: La mujer fea no vive una ausencia de belleza sino que vive su fealdad, que es cosa tan concreta y consistente como su propia vida. Así, en nuestro caso, la inseguridad, aparece con todo su concreto contenido¹⁰

Uno de los grandes de la fenomenología es, sin duda Gustav Radbruch, que trabajó en específico la teoría de los valores. Radbruch, como señala Menéndez: estima que el derecho es el conjunto de las ordenaciones generales para la vida humana en común y que el fin último del derecho es la justicia, pero partiendo de que todo el ordenamiento jurídico está siempre vinculado a una necesidad concurrente el fin de la justicia que anima al derecho es la seguridad jurídica.¹¹

Como se ve, en Gustav Radbruch hay una fuerte impronta del contenido axiológico del derecho, y repito que pese a su punto de partido apriorístico,

¹⁰ Cossío, Carlos: **La justicia en la Ley**, Pág 267.

¹¹ Reinach, Adolf: **Los fundamentos apriorísticos del derecho civil**, Pág 154.



fenomenológico, anticipa ideas singulares sobre la base o el propósito más trascendente de la justicia: la concibe vinculada a convicciones sociales o políticas, y sugiere que está animada por un propósito cardinal, que él quiere encontrar en la que llaman seguridad jurídica.¹²

En este tiempo culmina un proceso de progresiva integración de las ideas de seguridad y de justicia, que todavía discutía en 1938, en su trabajo “El problema de los fines del derecho: su lugar en la filosofía del derecho”. También Radbruch establecía una vinculación entre iusnaturalismo e idea de justicia contraponiéndola al positivismo, vinculando a la seguridad, en su trabajo “El fin del derecho”.

Creo que en este planteamiento de Radbruch está, entendido a contrario sensu, la razón de este acercamiento entre seguridad y justicia, puesto que la dialéctica iusnaturalismo versus positivismo está separada. La seguridad es hoy justicia formal y la justicia material es libertad más igualdad o libertad igualitaria.

Como vemos, muchas instituciones, valores, principios o derechos no se pueden atribuir a la idea de seguridad o a la de justicia, pues contribuyen de manera ambivalente ambas.

¹² Radbruch, Gustav: **Filosofía del Derecho**, Pág. 44.



El núcleo central de la idea de seguridad jurídica, es creación del pensamiento jurídico liberal, del Estado parlamentario representativo, pero arranca ya en el origen del Estado como Estado absoluto y se prolonga en el estado social.

La aparición del Estado como forma política del mundo moderno, al reclamar como hemos dicho, el monopolio de la fuerza y al suprimir o, al menos iniciar la supresión del pluralismo de fuentes del derecho, convirtiendo progresivamente al derecho en estatal, permitió la consideración del mismo como sistema, primera condición indispensable para que podamos hablar de seguridad jurídica.

Las concepciones tópicas del derecho, el derecho como problema, frente al derecho como sistema son incompatibles con la idea de seguridad jurídica. Sistema y seguridad jurídica son inseparables.

No hay sistema que no produzca, por su sola existencia, una cierta seguridad jurídica, ni seguridad jurídica que se pueda concebir al margen del sistema.

En ese sentido se sitúan las críticas de Bentham al *Common Law*, en su defensa de la legislación, puesto que éste no puede generar seguridad al actuar jurídicamente *ex post facto*, aunque no creemos que sea razonable ese



planteamiento, puesto que el *Common Law* es también un sistema con sus reglas del precedente y del *Stare decisis*.

Otra gran aportación a la organización de la seguridad jurídica será la progresiva supresión de los privilegios y de las normas especiales, y la aparición de un destinatario genérico de las normas jurídicas, el *homo juridicus*, el futuro ciudadano como destinatario del derecho en el Estado liberal. Es lo que llamaríamos la igualdad como generalización, una condición *sine qua non* del sistema que afecta al sujeto pasivo y al objeto y contenido de las normas. Junto con la unificación en el soberano, sujeto activo de la producción de normas, en ese primer modelo de Estado moderno se crea condiciones, de un derecho estatal, sistemático en cuyo seno existieron las bases de la seguridad jurídica que el Estado liberal completó y profundizó. La mera existencia del derecho en este momento crea seguridad, puesto que supera la autotutela del llamado estado de naturaleza y la situación real de anarquía y la guerra de todos contra todos de finales de la edad media.

Hobbes será probablemente el mejor intérprete de esa seguridad jurídica preliberal, y no se puede negar que en su pensamiento están ya las grandes bases de la cultura jurídica moderna.

El Estado liberal será la expresión más pura de la seguridad jurídica, no existe como hecho, sino como ideología. La influencia del iusnaturalismo racionalista, con su rígido sistematismo de raíz matemática, será decisivo para impulsar un modelo



que se trasladó al derecho positivo. La declaración de 1789, con su recepción de la seguridad jurídica como derecho natural del hombre culmina la evolución, ya existente también en el modelo americano, de una idea que añade una dimensión subjetiva a una realidad hasta entonces principalmente objetiva. Por cierto, que hablar de un derecho natural a la seguridad jurídica es un contrasentido genérico que supone hablar de derechos naturales o derechos morales.

En ningún caso se puede entender como previo al Estado, porque los propios contractualistas iusnaturalistas reconocen que éste surge para, entre otras cosas, hacer posible la seguridad jurídica, que es así sólo consecuencia de la existencia del Estado y su derecho.

Asimismo la vinculación que la declaración francesa hace en su artículo sexto de la libertad con la ley, será el origen del estado de derecho y de la legalidad como garantía de seguridad, o dicho de otra forma, de la seguridad por la ley, el paso del gobierno de los hombres al gobierno de las leyes.

La relación de la idea de sistema con la seguridad supuso propugnar su traslado desde el pensamiento jurídico al derecho positivo, en el ámbito del derecho público con el constitucionalismo y en el privado con la codificación, y fue en el sistema del constitucionalismo y en el de la codificación donde creció la seguridad jurídica liberal, preparada con esfuerzos anteriores como el de Domat con sus obras



les loix civiles dans leur ordre naturel, y les loix politiques, suite des loix civiles dans leur ordre naturel.

Así, tanto en el ámbito del derecho público, como seguridad ante el poder y ante su derecho, de los ciudadanos, y del derecho privado, en las relaciones entre particulares en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, se va generando la seguridad jurídica, más que como un derecho fundamental como un principio o un valor que inspira a todo el ordenamiento jurídico y del que se desprende esa certeza, esa ausencia de temor, esa tranquilidad como reflejo en el individuo de esa situación objetiva, aunque en algunos aspectos aparecerá como derecho humano.

En la actualidad, la seguridad, como efecto del constitucionalismo del estado social, por influencia del pensamiento democrático y socialista, ampliará su campo. Además de seguridad del ciudadano frente al poder y del individuo en sus relaciones privadas, la seguridad se buscará en el seno de la sociedad, como expresión de la relación del hombre con las necesidades sociales y su satisfacción, y se podrá hablar de seguridad social, en sentido amplio, con la función promocional que realiza el nuevo derecho social, además de las funciones de garantía –derecho privado- y de represión –derecho penal- del viejo derecho liberal. La seguridad social será seguridad jurídica, puesto que se establece por medio de la ley, en la nueva relación libertad-ley del estado social, pero mezclada con dimensiones de justicia material, de libertad y de igualdad material, y contribuirá a crear condiciones sociales de



superación de necesidades o de certeza ante la vejez, la enfermedad o la muerte. Probablemente los iusprivatistas que siguen considerando al derecho como derecho privado se resisten a admitir esta extensión.

La expresión seguridad jurídica se ha perfilado con criterios diversos. En un sentido, la seguridad jurídica se refiere al ordenamiento jurídico en su conjunto. En otro sentido, a ramas determinadas del mismo. Se sostiene, por una parte, que esta seguridad se refiere a las relaciones del individuo con el Estado; y desde otro punto de vista, a las relaciones entre individuos; es decir, emanadas del sistema de garantías organizado por el ordenamiento estatal o emanadas de los negocios jurídicos celebrados por los particulares.

El conocimiento cierto de la norma y la certeza de una aplicación razonable implican, en cierto modo, una garantía a la efectividad del derecho subjetivo que esa norma reconoce. Pero no es a este tipo de garantía al que se hace referencia al hablar de seguridad jurídica de los derechos, sino que con esta expresión se alude al mantenimiento de los derechos adquiridos. No hay dudas sobre la existencia y alcance del derecho, lo que puede generar duda o inseguridad es la conservación del derecho durante el tiempo en que se ostenta su titularidad. A despejar esa duda posible es que acuden los mecanismos de seguridad jurídica de los derechos.



La realidad sin embargo nos ha demostrado hasta que punto paulatinamente la seguridad jurídica ha ido perdiendo batallas hasta convertirse en una preocupación generalizada en la sociedad. Los problemas de la seguridad ciudadana son botones de muestra de cómo la seguridad jurídica es una cuestión de la más valiosa actualidad.

La seguridad jurídica es uno de los bienes más preciados que el Estado garantiza. En alguna medida, una de las principales justificaciones de la existencia del Estado ha sido precisamente que, mediante el monopolio de la violencia, asegura la existencia de la sociedad y la paz interior. No sólo esto, sino que la observancia general de las normas jurídicas y mandatos de autoridad permite que los individuos se muevan dentro de un marco legal con igual libertad y autonomía y que realicen sus planes de vida. De ahí la pretensión de obligatoriedad inexorable que caracteriza a un ordenamiento jurídico.

Una definición contemporánea sobre la seguridad jurídica, es la expresada por el señor Manuel Ossorio,¹³ que dice: “Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio. A su vez, la

¹³ Ossorio Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, Pág. 695.



seguridad limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos. Como es lógico, la seguridad jurídica sólo se logra en los Estados de derecho, porque en los de régimen autocrático y totalitario, las personas están siempre sometidas a la arbitrariedad de quienes detentan el poder.



CAPÍTULO II

2. La seguridad jurídica notarial

Antes de analizar la seguridad jurídica notarial es importante referirnos a lo que la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa en su artículo dos y que dice **Deberes del Estado**. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, **la seguridad**, la paz y el desarrollo integral de la persona, entendiéndose como seguridad jurídica que consagra dicho Artículo la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un estado de derecho, hacia el ordenamiento jurídico; es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad, y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible; en tal virtud las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes, principalmente la ley fundamental...¹⁴.

Luego para referirnos de la seguridad jurídica notarial debemos de tratar lo relativo a los antecedentes del notariado.

2.1 Los antecedentes del notariado

2.1.1 Antecedentes históricos

La función notarial, debió de aparecer en su forma más elemental cuando la comunidad dispuso de algún medio de escribir; es casi seguro que el arte de escribir lo practicaron personas de especiales condiciones por sus conocimientos, por su honradez, por su respetabilidad y que, debido a ello, sobresalieron entre sus

¹⁴ Gaceta No. 61, expediente No. 1258-00, sentencia 10-07-01



congéneres; por esta razón, los menos instruidos y capacitados debieron acudir a aquellos para que, en primer término, les enseñaran las reglas y normas de la incipiente vida jurídica y luego les elaboraran escritos sobre sus convenios, ajustándolos a las costumbres o a las leyes mediante signos o señales para identificarlos y darles seguridad.

Con el correr del tiempo esto ha podido ser demostrado, pues en varios descubrimientos arqueológicos se han encontrado tablillas con un contenido parecido al que se describe. En ese entonces, la comparecencia ante estas personas fue voluntaria, pues no existía legislación alguna en la que pudieran basarse para exigir la comparecencia ante él y normar su actividad.

Deben tenerse como antecesores del notario actual a todas aquellas personas que en su época desempeñaban algunas funciones, de las que hoy aquél realiza.

El escriba hebreo, era realmente una persona que tenía conocimientos especiales acerca de la ley, lo cual le habilitaba para explicarla. El redactaba el documento de que se tratase, según el caso, y éste tenía un valor científico-legal mayor o menor, según el grado de conocimiento y la fama del escriba.

El escriba egipcio era más redactor que el hebreo, pero aquél no presentaba ninguna de las características del notario actual. En Grecia, el mnemón (que significa atento, cuidadoso, memorioso) era un profesional que prestaba un servicio al lado de



los jueces, parecido al de los secretarios actuales y el encargo que tenía era tomar nota por escrito de los trámites y decisiones con todo cuidado y fundado en su memoria, con la mayor exactitud.

En donde más definido está el origen del notariado es en Roma, en la organización de ciertas personas como lo eran los escribas, los tabularios y los tabeliones, quienes ejercían algunos cargos públicos, en los cuales ya se adivinaba un principio de poder de dar fe pública.

El tabelión intervenía personalmente en el contrato que las partes celebraban, redactaba una minuta que debía conservar y que no podía delegar a otro ni expedir copia de ella; para ejercer esta función debía someterse a reglas muy precisas, tener conocimientos de las leyes y ser de buen carácter; no ser vicioso y ser escogido entre gente prudente, juiciosa e inteligente; Además de reunir condiciones de salud que lo hicieran apto para el adecuado desempeño del cargo.

En la época de la Edad Media, van surgiendo los escribanos comunales, quienes eran los que redactaban las cartas de los particulares y se constituían en testigos privilegiados del contenido de aquéllas; es aquí cuando comienza a usarse el término **notario**.

Es importante mencionar como antecedente la Escuela de Babilonia, la cual es considerada como la madre del notariado moderno por la extraordinaria estructuración



de los principios que bajo su amparo se realizaron y por la influencia que tuvo en los estudios notariales en toda Europa.

Es en la Edad Media cuando se invistió al notario del poder jurídico, de la capacidad legal, de la potestad de dar fe de certeza y autenticidad con respaldo en la autoridad del Estado mismo, del poder público, y con obligatoriedad para todos. El notario pasó de ser un dador de fe privada, a ser un dador de fe pública, por fundarse en la investidura que el Estado le daba.

2.1.2 En América

Cuando Cristóbal Colón descubrió América, trajo en su tripulación a Rodrigo de Escobedo, quien era escribano; de allí provino el notariado de España a América, es por ello que los antecedentes de la legislación americana deben buscarse en las leyes castellanas.

Se promulgó una legislación especial para América conocida como Leyes de Indias. En la recopilación de estas últimas se habla sobre los escribanos, a quienes se exigía el título académico de escribano y pasar un examen ante la Real Audiencia: si éste era ganado, debían obtener el nombramiento del Rey de Castilla, mediante el pago de una suma al Fisco Real. Los escribanos guardaban un registro de escrituras, autos e informaciones y demás instrumentos públicos.



Las Leyes de Indias regulaban lo relativo al protocolo y al arancel, la prohibición de que los notarios fueran eclesiásticos y el uso de abreviaturas, tal como aparece actualmente en el Código de Notariado.

2.1.3 Evolución histórica del notariado en Guatemala

Según el profesor Nery Muñoz¹⁵: “Posiblemente los primeros vestigios de historia escrita, los encontramos en el Popol Vuh, también conocidos con los nombres de Manuscrito de Chichicastenango, Biblia Quiché y el Libro Sagrado, demostración de que tenemos un patrimonio cultural valiosísimo.”

2.1.4 Época Colonial

El escribano cabildo no era escribano público, en la ciudad existía tan sólo un cabildo público, nombrarían a otro sólo en caso de ausencia, y era el encargado del nombramiento, recepción y admisión del escribano público. En 1529, había en la ciudad de Guatemala tres escribanos públicos.

Como no existía audiencia en Guatemala, los exámenes de escribanos proveídos por el rey debieron realizarse ante la audiencia de México. Con la llegada de los primeros escribanos con merced real, se afirma la facultad del monarca para proveer estos cargos.

¹⁵ Muñoz, Nery R. **Introducción al Estudio del Derecho Notarial**, Pág. 47.



El Decreto Legislativo de 27 de agosto de 1835, autorizó a los jueces para cartular, en cambio, el Decreto del 30 de marzo de 1854, prohibió cartular a los escribanos que desempeñaren empleo público, bajo pena de nulidad de los instrumentos y destitución del cargo. Y el Decreto 100 del 30 de marzo de 1854 confirió facultades al Presidente de la república para fijar el número de escribanos nacionales que reunieran los requisitos legales, él expedía el título y también podía recogerlo en caso de abuso.

2.1.5 El notariado después de la reforma liberal

En la ley del 7 de abril de 1877 y la del 21 de mayo del mismo año, se dispuso que no podría pedirse al Rector de la Universidad de San Carlos de Guatemala, el señalamiento de día para el examen general previo a la licenciatura de notario, sin acompañar el expediente en que constara que habían llenado los requisitos legales, condiciones morales y fianza. Por primera vez se les llaman **notarios**.

Se suprimió el signo notarial, que era la señal hecha a mano con una figura idéntica que usaban los notarios en la antigüedad. Asimismo, se reguló que los notarios eran depositarios del protocolo y que debían remitirlo al Archivo General, también lo relativo a la reposición y protocolación del mismo. En esta época se dictaron muchas disposiciones relativas al ejercicio profesional, hasta llegar al actual Código de Notariado.



2.1.6 El notariado después de la Revolución de 1944

El nuevo Congreso de la República decretó leyes muy importantes para la vida nacional como lo son el Código de Notariado y la ley de colegiación oficial obligatoria para el ejercicio de las profesiones universitarias.

El Código de Notariado actual fue emitido por el Congreso de la República el 30 de noviembre de 1946, sancionado el 10 de diciembre de 1946, y entró en vigencia el 1 de enero de 1947.

2.2 Derecho notarial

2.2.1 Definición

Según Cabanellas¹⁶, la definición de derecho notarial es: “Principios y normas reguladoras de la organización de la función notarial y de la teoría formal del documento público...”

Para Ossorio el derecho notarial es el “Conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio de la profesión de notario o escribano.”¹⁷

En el Tercer Congreso Internacional de Notariado Latino, celebrado en París, Francia en 1954, se estableció: “Es el conjunto de disposiciones legislativas y

¹⁶ Cabanellas, G. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, Pág. 659.

¹⁷ Ossorio, M. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**, Pág. 237.



reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial.”

Una definición que comparte el autor de este trabajo es que el derecho notarial es el conjunto de principios, doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público.

2.2.2 Principios en que se funda el derecho notarial

Inmediación

Es la relación de proximidad entre las diferentes partes que intervienen en la función notarial. La inmediación se desarrolla de una parte, entre el notario y el documento que autoriza. La misma se inicia cuando las partes manifiestan su voluntad de querer otorgar el acto y se concluye cuando el notario autoriza el documento.

Rogación

El notario actúa a requerimiento de parte interesada. Es decir, que para que el notario puede realizar su función, es necesario que previamente se lo haya solicitado una o más personas, pues él no puede actuar de oficio. Pero esta rogación no es exclusiva del derecho notarial, también se da en el derecho procesal en sus diversas ramas.



Consentimiento

Este implica la voluntad, deseo o afirmación y la importancia que reviste éste en el otorgamiento del instrumento público, puesto que es visible, o sea, se percibe por el sentido común. Es necesario que los otorgantes del instrumento público expresen su total acuerdo con el otorgamiento del mismo, lo cual se representa gráficamente con la firma de ellos.

Unidad del acto

Se refiere a la necesidad de poner en juego diversos elementos hasta lograr dentro de un proceso unitario, el fin jurídico propuesto, encarna una consecuencia de la integridad de los hechos que demanda el proceso de suscripción instrumental; hay unidad de contexto, unidad de tiempo y unidad del lugar.

Protocolo

Su finalidad es estampar en este las primeras y originales manifestaciones de voluntad humana creadoras de intereses jurídicos, con el objeto de evitar la pérdida o destrucción de las mismas.

2.2.3 Su objeto

El objeto del derecho notarial es la creación del instrumento público, pues, la actividad del notario se concreta con el cumplimiento de las formalidades y solemnidades que deben llenarse en ellos.



Carral y de Teresa ¹⁸manifiesta que: "...Así como en el derecho real existe una relación de persona a cosa, en el derecho notarial la persona es el notario y la cosa es el instrumento público. El documento sin firma del notario no pertenece al derecho notarial. La actividad del notario sin documento, en potencia o en acto, es extraña al derecho notarial. Por lo mismo, el documento, como la cosa en el derecho real, es elemento esencial, principal y final del derecho notarial."

Continúa manifestando el mismo autor: "El instrumento público es el mejor medio de expresión del pensamiento y del querer serlo del individuo, el mejor medio para lograr en el futuro la autenticidad, el mejor medio de asegurar la técnica y legalidad del acto, el medio de fijación exacta y permanente para cumplir los efectos del acto, el medio legal de hacer ejecutiva la obligación y el medio de garantía de las partes y de los terceros."

Es el mejor medio de asegurar la legalidad del acto, porque en virtud de su creación, se presume que lo plasmado en el mismo es verídico, a menos que se demuestre lo contrario.

¹⁸ Carral y de Teresa, L., **Derecho Notarial y Derecho Registral**, Pág. 24.



2.3 El notario

2.3.1 Definición

Notario es según Cabanellas¹⁹: “Genéricamente, fedatario público, notario, sin otra adición, se le ha llamado también al que daba fe en los asuntos eclesiásticos. En lo antiguo era asimismo el que escribía abreviadamente, como predecesor de los modernos taquígrafos...”

El papel que el notario desempeña en el ejercicio de su profesión es el de dirigir las voluntades y las conciencias hacia el bien, debe tomar una postura imparcial sin inclinarse en favor o disfavor de alguien, puesto que los otorgantes han confiado en su honorabilidad, por lo que depositan en él sus intereses.

En el Primer Congreso Internacional de la Unión de Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires, Argentina, en el año de 1948, se estableció que “El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.”

¹⁹ Cabanellas, G. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. Pág. 571.



La función pública del notario consiste en dar certeza jurídica a los hechos que lleguen a su conocimiento **a través de su vista o de sus oídos**. Un notario ejerce una función pública, pero no es un funcionario público.

Al respecto dijo Girón²⁰: “La palabra **funcionario**, se deriva de la voz latina fungor que significa desempeñar, representar, hacer las veces de alguno; de manera que funcionario es la persona que representa a otra o a una entidad conocida. La voz **público** tiene su origen en el sustantivo pópullus que en latín significa pueblo, ciudad, nación o Estado, o sea un conjunto independiente de individuos que proveen a sus necesidades, dictan sus leyes o reglas de conducta y eligen un poder central encargado de dirigir los asuntos de interés común para los asociados.”

Funcionario público es, en conclusión, una persona que representa al poder supremo de una nación o Estado por delegación especial. De allí que el notario no es funcionario público porque no representa al Estado ni es delegado o representante del poder central de una nación.

Como consecuencia de la fe pública que en el notario se deposita, las declaraciones de voluntad hechas a su presencia, adquieren autenticidad y fuerza probatoria. La intervención moderadora y conciliatoria del notario, induce a los

²⁰ Girón, J.E., **El notario práctico o Tratado de Notaría**. Pág. 27.



particulares a celebrar sus contratos de la manera más justa y equitativa; si surge litigio entre los otorgantes, se finaliza el mismo mediante la transacción leal y honesta.

El notario debe inspirar confianza en cualquiera que sea el círculo social en que haya de prestar sus servicios como profesional y también debe hacer de la fe pública el poderoso y más eficaz auxiliar de la verdad.

2.3.2 Sistemas notariales

Son muchas las clasificaciones que existen con respecto a sistemas notariales, sin embargo el autor guatemalteco Nery Roberto Muñoz considera que los más importantes son el Latino y el Sajón.

Al notariado latino se le suele llamar también sistema francés, de evolución desarrollada y público; y el notariado sajón también recibe los nombres de anglo-sajón, subdesarrollado, de evolución frustrada y privado.

2.3.2.1 Sistema Latino

Según Giménez-Arnau²¹: "...Su misión es la de presidir las relaciones contractuales -claramente separadas de la intervención judicial- y los hechos o declaraciones no contenciosas que se producen voluntariamente sin producir contrato. Se limita el notario a reconocer un derecho no discutido o a establecer un hecho real del

²¹ Giménez-Arnau, E. **Introducción al Derecho Notarial**, Pág. 27.



que pueden derivarse consecuencias jurídicas; pero sin que esta derivación entre en el campo judicial.”

Este sistema se caracteriza porque el notario pertenece a un colegio profesional, la responsabilidad en el ejercicio profesional es personal, quien lo ejerce debe ser un profesional universitario y no depende directamente de autoridad administrativa, existe un protocolo notarial en el que el notario guarda y conserva todas las escrituras que autoriza, etcétera.

Son muchos los países que utilizan el sistema latino, además de la mayoría de los países latinoamericanos, en Europa, Asia y África.

El autor guatemalteco López, en su obra titulada “Características del notariado Iberoamericano”, menciona como tales características, las siguientes:

Principio de autonomía

El notario en el ejercicio de su función, no está sujeto o subordinado a la autoridad del Estado que le imponga o indique como debe llevar a cabo su labor; en el mismo sentido puede decirse que el notario actúa con independencia, pues tampoco los contratantes dirigen su actividad, ya que como profesional del derecho, como técnico, la misma ley le da autonomía para poder desempeñar su ministerio, dotándole de los instrumentos adecuados a ese fin, además de que cuenta con una preparación científica y condiciones morales para ello.



Principio de imparcialidad

Para desarrollar su función, el notario debe actuar con absoluta imparcialidad, no importando quién haya requerido sus servicios, es su deber proteger de igual manera a las partes, explicarles los efectos del acto a fin de que actúen con entera libertad y pleno conocimiento del mismo. El notario debe actuar de buena fe, ser leal a las partes, conciliar los intereses de ambas de manera equitativa, sin inclinarse hacia una de ellas, pues si su misión es la realización de la justicia preventiva, debe no sólo adecuar el negocio que se pretende celebrar a las leyes, sino a la equidad y justicia, evitando que una de las partes movida por engaño o malicia de la otra, o por su propia ignorancia, celebren negocios en perjuicio de sus derechos.

Principio de permanencia e inamovilidad

En los países en que la competencia del notario está limitada y circunscrita a una demarcación determinada, en los que existen notarías de número, la inamovilidad en el ejercicio de la función notarial, es un derecho del notario de mantenerse en el cargo y de no ser removido sino por las causas que expresamente señala la ley del país; la permanencia del notario al servicio de una notaría está garantizada, esa garantía de inamovilidad permite que el notario no sea transferido de un lugar a otro, salvo requerimiento del propio profesional en algunos países o cuando es promovido a otra clase superior o por permuta. En el derecho notarial guatemalteco, el notario es un profesional liberal, los interesados gozan de libertad de escoger al notario, y éste no está obligado legalmente a aceptar prestar el servicio, pudiéndose negar a realizar la



función notarial; claro está que éste es el caso de excepción, pues generalmente el notario requerido presta los servicios profesionales solicitados.

Principio de profesionalidad y capacitación jurídica

Uno de los principios del notariado Latino, es que la función notarial sea ejercida únicamente por personas con conocimientos técnicos o científicos en derecho, así ha sido recomendado en los Congresos Internacionales de notariado Latino, al definir al notario latino en el Primer Congreso celebrado en Buenos Aires, Argentina, en octubre de 1948, el que recomendó también establecer normas relacionadas con estudios notariales y cultura jurídica.

En la organización notarial guatemalteca, se mantiene el principio de profesionalidad y capacitación jurídica, pues únicamente pueden ejercer la función notarial aquellos que han realizado estudios especializados en las distintas disciplinas jurídicas y hayan obtenido el título facultativo en cualesquiera de las universidades del país, o su incorporación, si el grado académico universitario se adquirió en el extranjero.

Principio de Rogación

Para promover la actuación del notario, es menester del requerimiento previo de los interesados, pues el notario no podría actuar de oficio; es condición necesaria para que se establezca la relación entre el notario y los otorgantes, la rogación, o sea el acto de requerir la prestación de la función notarial, por ello se sostiene la jurisdicción notarial es rogada.



Principio de calificación

Consiste la calificación en la denominación que se le da al acto jurídico contenido en un instrumento notarial, generalmente se le da el nombre con el que el negocio jurídico es conocido en el derecho y se le asigna una denominación en atención a la naturaleza y objeto del acto. En el sistema jurídico guatemalteco tanto en el derecho sustantivo civil, como en el derecho adjetivo notarial este principio no aplica, por cuanto no es necesario nominar o calificar el acto o contrato.

Principio de autoría o principio de redacción

Han surgido varios criterios en cuanto a establecer a quién puede imputarse la autoría del documento. Para determinar tal cuestión, se han dado varias teorías; la teoría Corporal o teoría Formal, considera como autor del documento a la persona que físicamente lo ha escrito; la teoría de la Confección o Compilación, considera que el autor del documento es la persona que lo redacta; la teoría de la ley, afirma que es autor el que la ley considera como tal, existiendo otras teorías como la de la Causa que considera autor del documento al causante de su formación; la de la Firma del documento y la del Mandato, que considera autor a aquel a cuyo nombre se escribe.

Según el autor mencionado anteriormente, el notario es el autor del documento, puesto que los comparecientes al acto notarial, si bien desempeñan su actividad en el acto a celebrar, es decir manifiestan o expresan declaraciones, es el notario quien capta, recoge, interpreta, para darles forma legal ajustándolas a la norma jurídica



vigente y finalmente redacta el documento, imprimiéndole su personalidad, sancionándolo y asumiendo su autoría, para garantía de los otorgantes y con el fin último de mantener el orden y paz dentro de la comunidad.

En Guatemala, según criterio personal la teoría que se adopta es el de la confección o compilación, la cual considera que el autor del documento es el notario que lo redacta.

Principio de legalidad

En todos los documentos autorizados por el notario, existe una presunción de legalidad, derivada del juicio de legalidad que el profesional realiza al actuar conforme a las leyes, pues previamente a autorizar un acto o contrato debe calificar la licitud del mismo, es decir, la posibilidad legal de la realización del negocio jurídico que las partes pretenden celebrar.

Principio de legitimación

Se refiere a la posibilidad legal de ejercitar un derecho, a la situación jurídica previa y necesaria que debe existir para poder celebrar el negocio, pues será la que le sirva de base, siendo el notario a quien corresponde establecer la conexión entre el acto y la situación jurídica.

La legitimación está ligada también al juicio de capacidad de los otorgantes, pues no basta identificar a la persona para establecer si existe coincidencia entre la persona



que aparece como titular del derecho y la que comparece ante el notario a otorgar el contrato, hay que verificar si el compareciente tiene capacidad para otorgar la escritura de que se trate, si tiene capacidad jurídica y de obrar, si no existen prohibiciones y si las representaciones que ejerce, en caso comparezca en nombre ajeno, son suficientes conforme a la ley para celebrar el contrato. El Decreto 314 del Congreso de la República Código de Notariado lo regula en el Artículo 29 numeral 5º.

Principio de fe pública

Se sabe que fe pública es la creencia o certeza en algo, aunque no se haya visto; pues esa verdad o certeza no está sujeta a comprobación; mediante la fe pública se presumen ciertos y verdaderos los hechos o actos a ella sometidos. Dicho principio se encuentra contenido en nuestra legislación notarial en el artículo 1º. Del Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala.

Principio de sanción y autorización

Para que el documento adquiriera la calidad de instrumento público, precisa de la autorización del notario, pues en tanto ésta no exista, el documento sería un documento privado si hubiere sido suscrito por los otorgantes, más no un documento notarial con carácter de instrumento público. La autorización constituye la sanción que el notario da al documento, con ésta el notario testimonia la veracidad del negocio jurídico celebrado en su presencia, dotando de veracidad y legalidad al acto.



El acto con que se finaliza el instrumento público es la autorización que mediante la firma del documento hace el notario, dotando por este acto de autenticidad al negocio que se ha documentado.

Principio de publicidad

La publicidad de la función notarial, el carácter público de los instrumentos producidos por el notario, el conocimiento de los mismos por las personas que tengan interés, es principio que informa a la función notarial, a excepción de los testamentos y donaciones por causa de muerte, mientras vivan los otorgantes, pues sólo a ellos corresponde ese derecho, dicha excepción la encontramos contenida en los Artículo 22 y 75 del Código de Notariado.

Principio de reproducción

A diferencia del sistema notarial anglosajón, en el que el notario no conserva el original del documento por él autorizado, pues lo entrega a los otorgantes; en el sistema del notariado latino, el instrumento público queda incorporado al protocolo del notario, pudiéndose expedir a los interesados únicamente copias o testimonios; en la forma que establece el Artículo 66 y 67 del Código de Notariado; que es la parte medular de este trabajo, por cuanto considero necesario que se suprima la forma de reproducción por copia literal del instrumento; Ello obedece, a la necesidad de proteger y conservar los instrumentos que el notario ha autorizado, evitando así su destrucción o pérdida.



Con el objeto de que la escritura pública pueda surtir los efectos jurídicos correspondientes, ya para su anotación o control en los registros públicos, o para demostrar la existencia del acto que ha documentado y el ejercicio de los derechos derivados de dicho acto, se hace necesario la expedición de copias o testimonios del instrumento cuya matriz obra en el protocolo del notario.

Principio de conservación

Sabido es que en el sistema de notariado de tipo sajón, los documentos notariales se entregan a las partes; lo contrario sucede en el sistema de notariado latino en que el notario es el encargado de la conservación de los documentos originales que quedan en su poder, y de los cuales únicamente entrega copia a los interesados, ello obliga a garantizar su conservación.

2.3.2.2 Sistema sajón:

En este sistema, el notario no tiene carácter de funcionario, pues es exclusivamente profesional, ya que pocas veces le otorga autenticidad. El notario se caracteriza porque le otorga autenticidad o veracidad a las firmas y no al contenido; su competencia no es de carácter exclusivo, pues los actos en que interviene el notario, pueden ser también intervenidos por abogados, procuradores o escribanos, puesto que no es obligatorio tener un título universitario para poder ejercer; se considera una profesión libre porque no hay colegiación forzosa; así mismo el notario no entra a orientar sobre la redacción del documento, por lo tanto no da asesoría a las partes; la



autorización para su ejercicio es temporal, pudiendo renovarla; y además, se está obligado a prestar una fianza para garantizar la responsabilidad en el ejercicio.

Entre los países que utilizan este sistema podemos mencionar: Venezuela, Estados Unidos (excepto Louisiana), Canadá (excepto Quebec), Suecia, Noruega, Inglaterra, etc.

2.3.3 Actividades realizadas por el notario

Para poder llegar a plasmar la voluntad de las partes en el documento notarial, especialmente la escritura pública, el notario lleva a cabo dicha función o tarea de la siguiente manera:

Escucha o recibe información de los requirentes

Cuando alguna persona desea celebrar algún contrato o se encuentra inmersa en un problema jurídico que no requiera la actividad jurisdiccional, acude al notario, y en una primera audiencia, le plantea sus inquietudes jurídicas, las cuales son escuchadas con atención. El notario trata de conocer todas las circunstancias que le puedan dar oportunidad de entender la inquietud de las partes y sus alcances. Posiblemente en el bosquejo de las situaciones de hecho presentadas ante su consideración, existan matices que es preciso aclarar, de los que pudieran resultar consecuencias que los clientes no se habían imaginado.



Lo que se persigue es que el notario pueda conocer con exactitud cuál es la inquietud del o los comparecientes y el acto o contrato que se pretende celebrar, así como los derechos que pretenden hacer valer cada uno de los mismos.

Interpreta dirige o asesora

El notario se cuestiona sobre los motivos y causas que han tenido los clientes sobre lo que desean celebrar, interpretando cuál es la intención concreta para poder satisfacerlos dentro del ámbito jurídico. Es decir, que el notario analiza lo que le manifiestan las partes, reflexiona sobre las posibles soluciones al caso que está conociendo y advierte a las partes sobre las ventajas y desventajas del acto que se desea realizar.

El notario les plantea las posibles soluciones que él considera, basándose en la capacidad, preparación jurídica, conocimiento y experiencia, siempre tomando en cuenta lo deseado por las partes; asimismo, el notario debe advertirles sobre las consecuencias que genera el acto o contrato que se va a celebrar.

Prepara o legitima

Debe satisfacer todos los requisitos que la ley establece, según sea el tipo de instrumento público a autorizar, previamente a ser firmado el mismo. Por ejemplo: debe verificar si el interesado en realizar el contrato, coincide con quien está compareciendo, y en caso que una persona comparezca en nombre de otra, verificar si la



representación que se pretende ejercitar es suficiente de conformidad con la ley y a su juicio.

En resumen, la finalidad de estas tres primeras actividades realizadas por el notario, es conocer la inquietud o voluntad de las partes, y basándose en los conocimientos jurídicos que el notario posee, indicarles la posible solución al caso específico. Es decir, estas tres actividades, se resumen a “atender una consulta”.

El mismo autor Larraud, reconoce que en algunas ocasiones, parte de la función notarial se realiza por medio de consultas escritas y éstas a la vez, son respondidas también por escrito. Respecto a las consultas atendidas por escrito, aconseja este autor que, a pesar que en materia de exposición literaria caben muy variadas maneras de ordenar el pensamiento, el parecer del consultor jurídico debiese comenzar por plantear la cuestión con claridad y modo sintético, luego seguiría la opinión acerca del punto consultado; y por último, si correspondiere, las posibles soluciones para subsanar las fallas jurídicas señaladas.

Continúa manifestando Larraud que “El escribano debe cuidarse, en general, de que sus opiniones jurídicas sean meditadas y serias. Con mucha mayor razón, cuando ellas quedarán consignadas por escrito y bajo su firma.”

Es decir, que hasta cierto punto, cuando esta parte de la función notarial se realiza por medio de consultas escritas, se proporciona mayor seguridad jurídica a los



clientes del notario, porque sabiendo éste que su consejo quedará consignado por escrito, se sentirá más responsable de la opinión que está emitiendo

Redacta o modela la voluntad de las partes

Debe hacerlo utilizando lenguaje jurídico en forma clara, concisa y concreta y con las cláusulas que estime o sean necesarias. En muchos casos, suele pasar que primeramente, el notario elabora una minuta sobre el contrato a celebrar, para que ésta sea revisada por todos los interesados, de manera que puedan hacer las observaciones pertinentes y hasta estar totalmente de acuerdo, trasladarlo a las hojas de papel sellado especial para protocolo.

Previene

El notario al estar redactando el instrumento, debe prever cualquier circunstancia que pueda sobrevenir en el futuro, debe evitar que resulte conflicto posterior entre los otorgantes del instrumento público, previniendo tales circunstancias.

Dación de fe

No es necesario que el notario exprese que da fe de existencia de los documentos relacionados en la escritura, fe de conocimiento, fe de lectura y explicación del instrumento, fe de capacidad de los otorgantes y fe de otorgamiento de la voluntad, es suficiente que el notario consigne una vez en cada instrumento público, que da fe de todo lo contenido en el mismo, esto se encuentra regulado en el Artículo 34 del Código de Notariado.



Otorgamiento y autorización

Es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en auténtico, dándole eficacia jurídica al acto de que se trate, ejerciendo sus facultades como fedatario público permitiendo así, que tal documento surta efecto como plena prueba en algún caso determinado. Este acto es el que concretamente se describe en el inciso 8 y 12 del artículo 29 del Código de Notariado, mismo que se refiere a que el notario da fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que corresponda, según la naturaleza del acto o contrato, así como que firma el documento, luego de escribir las palabras “ante mí”.

Reproduce

El notario conserva el documento y lo reproduce en los casos en que la ley se lo permita. Es decir, que el notario no entrega el original a los otorgantes, sino únicamente puede entregarles copias del mismo, las que son reproducidas por él mismo, actividad que adelante será tratada con mayor amplitud por ser este el tema toral del presente trabajo.



a enseñar o instruir, “escrito donde se hace constar alguna cosa”²²; Instrumento, deriva del latín instruere que significa instruir, por lo que instrumento se aplica a todo escrito que instruye o informa sobre algo que ha sucedido.²³

Guillermo Cabanellas al respecto, expone que la voz instrumento ha sido sustituida por documento, en virtud de que el documento notarial, es el instrumento o escrito que con las formalidades legales respectivas autoriza un notario. De ahí que los tratadistas y las legislaciones notariales usen ambos términos para referirse a documento o a instrumento. Incluso el artículo 12 del Código de Notariado, Decreto No. 314, emplea los dos términos instrumento y documento para referirse a las escrituras públicas.

Tal y como lo expresa Cabanellas, los documentos notariales son todos aquellos autorizados por notario habilitado, con las formalidades de ley. Pero dentro de estos existe una clasificación que está sujeta a sí éstos se autorizan dentro o fuera del protocolo notarial.

Los que se incorporen al protocolo, se denominan instrumentos públicos notariales, que los conforman las escrituras públicas, las actas de protocolación y las razones de legalización de firmas y documentos; y los que se autorizan fuera de él, son documentos privados.

²² Argentino I, Neri. **Tratado, Teórico y Práctico de Derecho Notarial**, Pág. 5.

²³ Muñoz, Neri. **El Instrumento Público y El Documento Notarial**. Pág. 3.



La nota diferencial de los documentos públicos es la fe pública que dicho instituto público detenta en virtud del funcionario que le dé existencia. La fe pública es única en el sentido del poder del Estado, pero es divisible por razón de la necesidad de quien lo asiste y corresponde obligatoriamente al órgano funcional actuante; “el estudio de la clasificación de los instrumentos públicos está ligado forzosamente al concepto de fe pública ya que este último carácter lo da la intervención del funcionario autorizante”.²⁴

La doctrina guatemalteca reconoce como instrumentos públicos, aquellos autorizados únicamente por el funcionario denominado notario.

Dentro de los instrumentos públicos, y con base en lo anterior se pueden encontrar principalmente cuatro tipos de instrumentos públicos:

a) Documentos públicos judiciales: La base para la clasificación de los instrumentos públicos consiste en el funcionario autorizante, quien es el redactor y adaptador, el cual es uno de los elementos que unido al instrumento público, da vida al mismo. Esta es la clase de documentos públicos, que emanan de funcionarios como Secretarios de juzgados, o Jueces, con fe pública judicial. Igual que en las escrituras públicas, las copias de actas judiciales son también instrumentos públicos.

²⁴ González, Carlos Emerito. **Derecho Notarial**, Pág. 80



b) Documentos públicos administrativos: Son aquellos documentos públicos que emanan de un funcionario de la administración, con facultad expresa de ley o implícita en su investidura y que se pueden referir a actos de derecho público o privado, según sea su investidura.

c) Documentos públicos legislativos: Son todos aquellos documentos de competencia legislativa sustantivamente sancionadora del derecho. Son todos los actos emanados de cuerpos colegiados en jurisdicción especial, cuya finalidad es la de dictar, modificar o derogar leyes y ordenanzas impuestas por razones de orden público.

d) Instrumentos públicos notariales: Los creadores de estos documentos están dedicados exclusivamente a su confección por imperio de la ley, las partes acuden al notario para hacer su declaración, contrato o negocio jurídico y el notario como técnico del derecho, toma los hechos expuestos y los traduce al derecho. Se inicia una relación, el notario la autentica y con su misión de depositario del Estado de poder dar fe, reviste el hecho con los requisitos necesarios para una plena legitimación y que ese instrumento se admita ante terceros como válido e irrefutable. Estos son redactados dentro del protocolo.

Desde el punto de vista de esta clasificación de los instrumentos públicos se dice que el documento notarial es una especie del instrumento público en general, en el



sentido de que este último es todo aquel expedido y autorizado por un funcionario público o persona autorizada por la ley.²⁵

A su vez, la nota característica del instrumento público notarial es la expresión de autenticidad del mismo y su privilegio de constituir prueba preconstituida y eficaz.

Desarrolla una función de certificación de hechos. Le da validez y eficacia al negocio otorgándole a las partes protección, certeza y seguridad en sus relaciones jurídicas. Para que esta autenticidad sea admisible y le confiera al documento la eficacia necesaria de su valor probatorio es necesario que ese acto sea otorgado por la persona idónea -notario- con capacidad instrumental y dentro de sus atribuciones propias.

Lo anterior nos permite deducir, que el instrumento público notarial es una especie del género documento notarial, ya que el primero es una clase del segundo, que se le clasifica como público por su incorporación al protocolo, y el cual constituye el objeto del presente trabajo, en virtud de que en él se plasma materialmente la autorización conjunta, tema central del mismo.

²⁵ Revista Notarial. **Instrumento Público e Instrumento Privado. Su eficacia jurídica**, Pág.1144



3.2 Documentos protocolares. El protocolo notarial.

Las actuaciones notariales por excelencia, las constituyen las escrituras asentadas en el protocolo; aunque las realizadas fuera de él adquieren también ese valor, éstas son actos extraprotocolares. Por esta razón los “documentos notariales” se clasifican en protocolares y extra protocolares, o en públicos y privados.

Los documentos protocolares son aquellos instrumentos públicos que constan en el protocolo del notario, siendo estos las escrituras matrices, las razones de legalización de firmas, y las actas de protocolización, a los que se les da la calidad de instrumentos públicos notariales y a su vez, se les denomina escrituras públicas, porque tal y como dice Rufino Larraud las escrituras públicas son: “Los instrumentos notariados en el protocolo según las formas requeridas y que registra un otorgamiento ”²⁶.

Previo a hablar de los documentos protocolares, partamos de su procedencia: El protocolo notarial. En la doctrina, los autores no han logrado un acuerdo con la adecuada acepción de la palabra “protocolo”, ya que ésta ha fecundado diversos criterios. Algunos juristas sostienen que “protocolo” viene del latín “protocolum” y éste, a su vez, del griego “protokollon”, cuyo propio significado es: “de primera hoja encolada o engomada”.

²⁶ Larraud, Rufino. **Curso de Derecho Notarial**, Pág. 305



“Protos”, significa: primero y “kollas” significa: pegar; lo que impulsa la idea de que protocolo es una fuente donde se puede hallar la causa generadora, primera, primitiva o productora de algo.

La idea original del protocolo se debe tomar del origen mismo del notariado; los hombres no se conformaron con representar, mediante la escritura, la voluntad que generaba derechos ya “que el título así creado no resultaba cabalmente seguro, el documento podía extraviarse, la veracidad del acto que tuvo lugar, ser negada y los testigos desaparecer o incapacitarse. Entonces se hizo necesario conservar con seguridad la perpetuidad de las voluntades, materializar la prueba, recurrir a la impresión gráfica sobre un medio material, visible, tangible. Por lo que a esa primera fuente del acto jurídico se le llamó, “protocolo”.

De manera que es así como el protocolo ha sido una creación derivada de la necesidad, que el hombre tuvo de llevar al papel escrito la voluntad creadora de las relaciones jurídicas, para que de él surgiera sin riesgo de pérdida y, en caso de duda, para mejor probar toda la intención contractual, materializada en forma gráfica manuscrita.

El diccionario de la Real Academia define al protocolo como: “la primera hoja encolada o pegada”, agregando “que es la ordenada serie de escrituras matrices y otros documentos que un notario o escribano autoriza y custodia con ciertas formalidades.



El protocolo será entonces, aquel medio corpóreo donde se archivan, siguiendo un orden cronológico y numérico, los instrumentos públicos que otorgan los Notarios y que, para efectos prácticos en su manejo, lo dividimos en tomos y éstos a su vez, en una cantidad determinada de folios.

En países como Honduras, España, y el nuestro, el protocolo es aquella ordenación de instrumentos públicos otorgados en un determinado tiempo, que puede ser de seis meses o un año según la legislación. En la mayoría de los países que poseen un sistema de notariado latino, el protocolo es llevado por un Notario, para luego ser depositado en una entidad u oficina del Estado.

Como hemos señalado, los documentos protocolares son aquellos documentos notariales que constan en el protocolo. Según lo ya expuesto, se concluye, que toda actuación protocolar, obliga al notario público a actuar en su protocolo, del cual él es depositario, asentando en él aquellos instrumentos que contengan los respectivos actos contratos y hechos jurídicos sometidos a su autorización; por lo que se torna imperante el hecho de que cada notario en ejercicio privado o público de la función notarial, podrá tener únicamente un tomo de protocolo en uso, lo que significa que cualquier actuación que se autorice en un protocolo ajeno configurará la función cartular conjunta o conotariado, la que surge cuando dos o más notarios autorizan instrumentos conjuntamente en el tomo de protocolo de uno de ellos, figura de la que adelante hablaremos con más amplitud.



El artículo 8 del Código de Notariado Decreto número 314, define al protocolo como 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 esta ley; admitiéndose en este sentido correlativamente la diferencia sustancial entre la actuación dentro del protocolo y la llevada a cabo fuera de él.

En el orden que señala el artículo 8 del Código de Notariado, los documentos protocolares son: las escrituras matrices, las tomas de razón de legalización de firmas y de documentos y las actas de protocolación.

3.2.1 La escritura pública

La escritura pública es el prototipo de instrumento público notarial, sus dos cualidades esenciales son el otorgamiento ante notario público, y la segunda y principal, su incorporación a un protocolo: “Consiste en el documento matriz que contiene los actos, contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que autoriza e incorpora a su protocolo”²⁷. Este contenido de la matriz es trasladado por mandato de ley o por voluntad de las partes, a un documento que hace las veces de instrumento público y se le denomina escritura pública.

La escritura pública es aquel instrumento público donde se plasma una declaración de voluntad, con el propósito de producir algunos efectos jurídicos, es decir,

²⁷ Villalba Vega, Vladimiro. “Instrumento Público e Instrumento Privado, Su eficacia jurídica”, Pág. 1,147



un negocio jurídico. En ella se manifiesta y perpetúa, como prueba documentaria, la formalización de un acto o contrato. Siendo así es que la escritura usualmente va referida a la creación, modificación, extinción o cancelación de una relación jurídica.

Esta manifestación de voluntad puede ser unilateral, bilateral, o multilateral. La virtud de ella radica en el adecuado apego que realice el notario con respecto a la manifestación de la voluntad de las partes, ya que el notario en la escritura redacta manifestaciones de voluntad.

Conceptualmente, la escritura pública es aquel instrumento confeccionado con las formalidades que exige la ley, otorgada ante un notario o funcionario autorizado, y en el caso de tratarse de una pluralidad de notarios autorizantes estos tienen que ser de un mismo tipo, notario públicos en el ejercicio privado de la función, o notarios públicos en el ejercicio público, notarios consulares o notarios del Estado.

En cuanto a la clasificación de las escrituras, éstas pueden ser:

a) Principales: son las que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas y que además nacen y subsisten por sí solas.

b) Adicionales: complementarias, aclaratorias, accesorias o secundarias: son las que tienden a rectificar, modificar, restringir, revocar o variar, de alguna forma, lo indicado en la principal. Estas son llamadas a corregir deficiencias en la voluntad de los comparecientes que se indican en la principal, con el propósito de completarlas,



adicionarlas, conformando ambas una sola voluntad. También las escrituras públicas adicionales, pueden ser:

1. De ampliación: éstas aumentan o extienden el objeto del negocio que se acordó en la principal; por ejemplo, la ampliación de un plazo del monto de un crédito.

2. De prórroga: tienen como finalidad la extensión de un periodo.

3. De confirmación: procuran sanear vicios que contiene la principal y que pueden hacer el acto anulable.

4. De ratificación o de aceptación: acepta actos que fueron realizados por personas sin poder o sin poder suficiente para ello.

5. De adhesión: son todas aquellas en las cuales ambas partes realizan un negocio jurídico y convienen en que se rija por las cláusulas de un contrato previamente redactado.

c) Canceladas: “son aquellas que luego de haberse extendido totalmente en el protocolo, no llegan a ser autorizadas por el notario; quien por el contrario la deja formalmente sin posibilidad de que surta efecto entre las partes ”Tal cosa puede ocurrir aún en el supuesto de que alguno de los otorgantes, e incluso todos ellos y los testigos, la hubiese suscrito ya, siempre que no hubiese firmado aún el notario. La escritura cancelada, también llamada sin efecto, conserva su número de orden propio entre las



del protocolo, debiéndose hacer especial mención de ella, tanto en el aviso de cancelación respectivo o trimestral según sea el caso, o razón de cierre a fin de año.

El Artículo 37 literal b regula lo relativo a las escrituras canceladas y preceptúa que se debe dar aviso dentro del término indicado en la literal a del mismo Artículo, y ante la misma dependencia de la corte suprema de justicia o ante los funcionarios judiciales indicados, según el caso, de los instrumentos públicos cancelados, de los cuales no podrá extender copia o testimonio. El aviso se enviará en papel bond y contendrá el número y la fecha del instrumento cancelado.

3.2.2 Acta de protocolación

El acta de protocolación consiste en la incorporación material y jurídica que hace un notario en el protocolo a su cargo de un documento público o privado, por mandato de legal, a solicitud de parte interesada o por orden de un tribunal competente.

Las protocolizaciones pueden ser: literales, cuando se transcribe textualmente el documento y en nuestro Código en su artículo 13 inciso 5 se regula así: “En el protocolo deben llenarse las formalidades siguientes: Los documentos que deban insertarse o las partes conducentes que se transcriban, se copiarán textualmente”; en lo conducente, cuando se copia parte de él, o lo que resulta de interés del notario y las partes para ciertos efectos, y en referencia, que es como relato de la información que resulta relevante.



El título VIII del Código de Notariado, en sus artículos 63 nos indica lo que puede protocolizarse, el artículo 64 los requisitos que contendrá un acta de protocolación y el 65 contempla lo relativo a la protocolación de documentos relacionados con una escritura pública.

3.2.3 Razones de legalización de firmas y documentos

Es aquella que lleva a cabo el notario, en el protocolo a su cargo, dentro de los ocho días de haber legalizado una firma en un documento, la cual tiene como objeto llevar un control de las mismas, en virtud de que los documentos quedan en poder de los particulares.

En el artículo 59 del Código de Notariado, se establece que de cada acta de legalización de firmas, el notario deberá tomar razón en su propio protocolo, dentro de un término que no excederá de 8 días. El mismo señala lo que se debe hacer constar en estas.

Se concluye el presente apartado, diciendo que las escrituras se califican como públicas debido a las manifestaciones que se otorgan ante el notario persona investida de fe pública, en su protocolo, legalmente habilitado para el efecto, y que es suscrita por las partes y por testigos si hubieren. Y precisamente por esta característica, la escritura pública es el documento notarial por medio del cual se ejercitan principios elementales del derecho que como, la autenticidad, la legalidad y la ejecutoriedad ofrecen los siguientes beneficios:



a) Protege a las partes y “erga omnes,” es decir, ofrece garantía y seguridad frente a cualquiera.

b) Le da validez y eficacia al negocio, otorgándole certeza y seguridad a las relaciones jurídicas de los particulares.

c) El instrumento público también reviste efectos probatorios, los cuales, posiblemente sean los efectos históricamente más importantes. En ese sentido, Argentino Neri, señala: “el instrumento público es un instrumento excepcional, no sólo porque asegura y perpetúa las declaraciones que consigna, sino que las preconstituye en prueba de verdad. En su virtud cabe interpretarlo como un documento probatorio de la certeza de su contenido, cualquiera que sea el asunto de que se trata, ya sea de comprobación o reconocimiento, o de disposición, el instrumento siempre lleva en su favor la presunción que la declaración que contiene es la voluntad de quien la ha expresado”²⁸. El legislador guatemalteco ya había concebido los efectos probatorios del documento público, otorgando a éste valor de plena prueba; al respecto, el artículo 186, del Código Procesal Civil dice: “Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en el ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad”.

d) Otro de los efectos importantes del instrumento público, es su condición de título ejecutivo, que es el presupuesto de cualquier ejecución procesal, que, por su especial

²⁸ Argentino I, Neri. **Op. Cit.** Pág. 67



condición, obliga al órgano judicial competente a desarrollar su actividad con finalidad ejecutiva. Siendo así, el artículo 327 del Código Procesal Civil, Decreto Ley número 107, señala en sus respectivos incisos que son títulos ejecutivos:

- Testimonios de escrituras públicas (inciso 1)
- Documentos privados con legalización notarial, (2da, parte del inciso 3)
- Testimonios de actas de protocolación de protestos de documentos mercantiles y bancarios (inciso 4)
- Acta notarial en la que conste el saldo que existiere en contra del deudor, de acuerdo con los libros de contabilidad llevados en forma legal (inciso 5).

3.3 Documentos extraprotocolares

Tal y como hemos visto, la característica de la que dependen los documentos notariales para calificarlos de protocolares o extraprotocolares, dependerá de si estos se encuentran autorizados dentro o fuera del protocolo notarial.

Los documentos extraprotocolares son aquellos que no constan en el protocolo notarial. Estos son muestra de la potestad del notario de autorizar documentos, que por su naturaleza no requieren que sean consignados en el protocolo: actas notariales, certificaciones de acta, reproducciones de instrumentos públicos.

3.3.1 El acta notarial

Las actas son documentos autorizados en forma legal por el notario para dar fe de un hecho o de una pluralidad de hechos que presencia o circunstancias que le



consten, o que personalmente realice o compruebe y que no constituyen negocios jurídicos, porque de no ser así éstas serían escrituras públicas. “El notario, en los actos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, levantará actas notariales en las que hará constar los hechos que presencie y circunstancias que le consten”.²⁹

En las actas se incluye a criterio del notario todos los detalles que considere pertinentes, toma en cuenta los fines para los cuales se levanta dicha acta, sin embargo, esta no constituye ningún contrato o negocio jurídico por no poseer declaraciones de voluntad.

Así como dijimos que en la escritura pública el notario redacta, en el acta el notario narra; narración que debe de estar lo más apegada a la realidad, puesto que el acta vale en atención a la adecuada narración de hechos, y la escritura será una adecuada interpretación de la manifestación de la voluntad de los otorgantes.

En la doctrina algunos autores clasifican las actas notariales en protocolares y extraprotocolares³⁰. Las primeras son las que figuran en el protocolo, tal y como se hace con las actas de matrimonio o de protesto, las cuales deben ser protocolizadas por mandato de ley, para efectos legales (protesto) y registrales (matrimonio) según sea el

²⁹ Artículo 60, **Código de Notariado**, Decreto 314

³⁰ Neri, A.I **Op. Cit.** Pág. 1143



caso; y las segundas son que las que no figuran en el protocolo y por tanto carecen de matriz.

A diferencia de Guatemala, en países como Costa Rica el acta notarial se autoriza como un documento protocolar, y así lo define el artículo 101 del Código Notarial de Costa Rica: “son **instrumentos públicos**, cuyas finalidades principales son comprobar, por medio del notario a solicitud de la parte interesada, hechos, sucesos, o situaciones que le consten u ocurran en su presencia; darles carácter de auténticos, o bien hacer constar notificaciones, prevenciones o intimidaciones procedentes según la ley”.

3.3.2 Certificaciones

En un sentido amplio se usa la palabra certificación para designar todo documento público o privado en que, bajo la fe o la palabra del que la expide se acredita algo que ya consta en los libros, registros o archivos o documentos a su cargo, o que le consta por información o examen practicado³¹. Esta se refiere a aquel documento público extraprotocolar expedido por notario, en el cual bajo su fe y a los efectos legales, afirma concretamente la verdad de lo sucedido, y constatado en un documento preexistente y autorizado por él.

³¹ Enciclopedia Jurídica Española Barcelona Pág. 910.



3.3.3 Reproducciones de instrumentos públicos

Una de las características del notariado de tipo latino, radica en la particularidad de que no será el original del instrumento el que se llevan las partes ni el que tendrá el valor ejecutivo para generar efectos jurídicos, sino que van a ser las copias auténticas de este.

En el ejercicio de la función notarial es sabido que el instrumento público, por sí mismo no puede circular, ni registrarse ni mucho menos ser entregado a los interesados en original, ya que su vocación es, la perpetuidad, la integridad, y ser conservado.

Los efectos jurídicos son desplazados por las reproducciones de los mismos, y estas son llamadas testimonios, “Los testimonios son documentos públicos, emanados por un oficial público. Son documentos extraprotocolares, reproducciones de los instrumentos públicos que tiene el propósito de desplazar efectos jurídicos”.

“El testimonio es la copia fiel de la escritura matriz, de la razón de auténtica o legalización..... y firmada por el notario autorizante o por el que deba sustituirlo, de conformidad con la presente ley”, la anterior es la definición que da de testimonio el artículo 66 del Código de Notariado.

Como vemos el notario autorizante de las escrituras matrices, es el llamado a expedir los testimonios en cualquier momento; sin embargo, en el caso que éste se negare a hacerlo, el funcionario que lo hará en su lugar, será el Juez de Primera Instancia a quien recurra el interesado, con el objeto que el funcionario judicial otorgue



una audiencia al notario para que le exponga las razones que tuviera ante tal negativa, dictando posteriormente la resolución que proceda. En caso de que no pudiera hacerlo y el protocolo se encuentra en poder del notario a quien se encargó su custodia, éste será quien expida el testimonio a ruego y por encargo del notario autorizante; si se encuentra en poder de un funcionario éste será el que lo expide siempre que como dice la ley esté legalmente autorizado para ejercer funciones notariales. Y si se presenta el caso de que el protocolo esté depositado en el Archivo General de Protocolos, será el Director o Directora de la institución quien lo extenderá, en su defecto el Secretario de la Corte Suprema de Justicia o el notario que el Presidente del Organismo Judicial designe para el caso.

Los testimonios contienen tres partes:

1. Copia fiel y exacta del instrumento.
2. Copias de firmas. Reproducidas junto con el documento, o la transcripción, según el entender del notario de la rúbrica que fue impresa en el protocolo.
3. El engrose o razón final. La importancia de éste radica en dos consideraciones: primeramente, es un medio para poder ubicar, adecuadamente el instrumento con las referencias de tomo y folio, así se podrá ubicar su respaldo matriz, además de conocer si se trata de un primer o ulterior testimonio. En segundo término, en virtud de la condición desplazante de los efectos del testimonio, el engrose pone de relieve la relación de autoría del documento con su original; allí se plasma la autorización que hace el Notario de él.



Estos podrán extenderse: mediante copias impresas en papel que podrán complementar con escritura manuscrita o a máquina; por transcripción; o por medio de copias, fotocopias, fotostáticas o fotográficas de los instrumentos, casos en los cuales los testimonios se completarán con una hoja de papel en la que se asentará la razón final o engrosé y los timbres.

Los testimonios son copias fieles y auténticas de sus originales; tan exactas son de su original, que pueden extenderse por medio de fotocopias. Tanto en doctrina como en la legislación se tiene esa concepción de testimonio, ya que como anteriormente se citó el artículo 66 del Código de Notariado lo define como: “Testimonio es la copia fiel de la escritura matriz, de la razón de auténtica o legalización, o del acta de protocolación...”.

La expedición de copias para los otorgantes es un derecho que le asiste a éstos; el Notario no puede, bajo ningún concepto, evitar que las partes cuenten con las copias de los instrumentos que otorgaron, excepto el caso en que estos, no hayan cancelado al notario los honorarios y gastos de dicha expedición, lo que se regula en el artículo 76 del Código de Notariado.

Concluimos en este sentido diciendo que los documentos notariales son el resultado principal de la actuación del Notario en el ejercicio de su función, configurando la voluntad de las partes, dándole forma a los hechos, actos y negocios jurídicos, y lo más importante: confiriéndoles efectos jurídicos.



CAPÍTULO IV

4. La inseguridad jurídica notarial del compulsado

El Estado debe garantizar a los habitantes la vida, la libertad, la seguridad jurídica por lo que a través de la participación de los notarios el Estado mantiene el imperio de la ley y que debe observarse fidelidad en todo documento que se autorice lo que se traduce en seguridad jurídica para los requirentes que los solicitan del notario su actuación notarial.

Con los sistemas de reproducción que cuenta la tecnología moderna los notarios por ética profesional y principalmente por la seguridad jurídica de los instrumentos que autorizan deben hacer uso de estos medios tecnológicos con el propósito de que los documentos no sean alterados como es el caso por medio de las transcripciones o compulsaciones; porque estos han dado la pauta que la forma de reproducirlos permita que se hagan irregularidades por el propio notario autorizante o por terceras personas que falsifican la firma y sello del notario, generando con ello mayor seguridad jurídica y confianza para los otorgantes. De tal forma que al hacerse por medio de reproducción da mayor autenticidad ya que aparecen calzadas las firmas de los otorgantes y de otras personas que intervengan en el instrumento y la del propio notario.

En Guatemala desde el año de mil novecientos cuarenta y siete, fecha en que entro en vigencia el decreto 314 del congreso de la república, Código de Notariado, se ha establecido en dicho ordenamiento jurídico la forma en la cual han de reproducirse



los instrumentos públicos protocolares, lo cual ha sido mediante copias impresas en papel bond que pueden completarse con escritura a máquina o manuscrita o por medio de copias fotostáticas o fotográficas de los instrumentos, casos en los cuales los testimonios se complementan con una hoja de papel bond, en la que se asienta la razón final y se colocan los timbres respectivos.

El Código de Notariado en el artículo 66 estipula: Testimonio es la copia fiel de la escritura matriz, de la razón de auténtica o legalización, o del acta de protocolación, extendida en papel bond correspondiente, y sellada y firmada por el notario autorizante o por el que deba sustituirlo, de conformidad con la presente ley.”

El Código de Notariado en el artículo 67 estipula: Los testimonios serán compulsados por el notario autorizante; por el funcionario que tenga el protocolo en su poder, si esta legalmente autorizado para ejercer funciones notariales, o por el cartulario expresamente encargado por el notario autorizante que este temporalmente impedido para hacerlo.

Los testimonios también podrán extenderse:

- a) Mediante copias impresas en papel bond que podrán completarse con escritura o máquina o manuscrita;



- b) Por medio de copias fotostáticas o fotográficas de los instrumentos, casos en los cuales los testimonios se completarán con una hoja de papel bond, en la que se asentará la razón final y colocarán los timbres respectivos.”

Sin embargo la forma de transcripción como medio de reproducir los instrumentos públicos protocolares mediante copias impresas en papel bond que pueden completarse con escritura a máquina o manuscrita, actualmente presenta serios problemas que atentan contra la Seguridad Jurídica Notarial, ya que ésta forma de reproducción permite, irregularidades que atentan contra la fe pública notarial.

Por lo anterior, además de la inseguridad jurídica que esta representa, deberá agregársele la falta de ética por parte de algunos notarios, ya que utilizan las transcripciones como forma irregular de obtener inscripciones registrales, que por su puesto son ilegales en los diferentes registros públicos sobre declaraciones de voluntad que no se generan de los legítimos titulares del derecho a quienes únicamente les asiste el otorgamiento de los instrumentos.

Los registros públicos acusan el problema de la recepción de instrumentos públicos como forma alternativa de reproducciones por el sistema de copia literal, o compulsados o transcritos y tienen como fundamento para su aceptación la ley y los principios doctrinarios de la seguridad jurídica que le otorga la fe pública notarial al funcionario que extiende copia de dichos instrumentos, esto conlleva que el Registrador, sin perjuicio que la inscripción de tales documentos; no prejuzga sobre la



validez y contenido del mismo, menoscabe la garantía y seguridad jurídica que persiguen los otorgantes del instrumento público y como finalidad sea mediata o inmediata a la sociedad.

Es preocupación de la sociedad y del propio gobierno de Guatemala, que se continúen haciendo actos anómalos que persiguen alterar la seguridad jurídica notarial, porque ello contribuye a la desconfianza de los habitantes y al riesgo de causar zozobra en las relaciones contractuales de los particulares.

Recientemente hasta los medios de difusión social se han pronunciado con respecto a la irregular forma de extender los testimonios de los instrumentos públicos por el sistema de transcripción, por lo que es necesario se regule al respecto, expulsando de la regulación legal lo relativo a la forma de transcribir los instrumentos relacionados.

Ante esta problemática podemos concluir que la reproducción de los instrumentos públicos autorizados por el notario por el sistema de copias, fotostáticas o fotográficas sean de aplicación general para todos los notarios y estos sean exigibles en todos los registros públicos de la República de Guatemala; de los documentos que deban inscribirse por disposición legal o porque así lo requieran por interés particular o general.



4.1

**PROYECTO DE REFORMA DE LEY
EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA**

CONSIDERANDO

Que el Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, contiene normas de procedimiento que sujetan al notario a su cumplimiento en el ejercicio y práctica de su función notarial, que tiene como único objeto la creación del instrumento público.

CONSIDERANDO

Que el Artículo 67 del Código de Notariado determina las formas de reproducir los instrumentos públicos, entre ellas la transcripción literal o compulsación de los mismos, por el notario autorizante; por el funcionario que tenga el protocolo en su poder, si esta legalmente autorizado para ejercer funciones notariales, o por el cartulario expresamente encargado por el notario autorizante que este temporalmente impedido para hacerlo.

CONSIDERANDO

Que la forma de reproducir los instrumentos públicos por medio de transcripción literal ha dejado de cumplir con las finalidades del derecho notarial como lo son la garantía y seguridad jurídica, lo que ha provocado en consecuencia para la sociedad, la incertidumbre e inseguridad jurídica por cuanto dicha forma de reproducción ha permitido que se violenten los derechos de propiedad que protege la Constitución Política de la República de Guatemala, en especial el derecho registral Inmobiliario y las otras instituciones de derecho registral y administrativo de la República.



POR TANTO

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

DECRETA

La siguiente:

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

Artículo 1.- Se suprime la literal a) del Artículo 67 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala y cualquier otra disposición que tenga relación con el medio de reproducir los instrumentos públicos que se abroga.

Artículo 2.- El presente Decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO, PARA SU PUBLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS TREINTA DIAS DEL MES DE FEBRERO DE DOS MIL SEIS.



CONCLUSIONES

1. Al Estado, como norma constitucional, le corresponde cumplir con la seguridad jurídica y al otorgarle al notario el mandato de la fe pública notarial, persigue mantener el imperio del derecho en las relaciones contractuales entre los particulares.
2. La seguridad jurídica notarial se reviste de vital importancia en virtud que la fe pública que le es inherente al notario hace plena prueba y, con ello, satisface las exigencias de la sociedad que espera se cumplan y respeten sus expresiones de voluntad.
3. La forma de reproducirse los instrumentos públicos protocolares, en la actual legislación guatemalteca, a través de copias impresas en papel bond que pueden completarse con escritura a máquina o manuscrita, presenta serios problemas que atentan contra la seguridad jurídica notarial, ya que esta forma de reproducción permite irregularidades, que atentan contra la fe pública notarial.
4. La inseguridad jurídica que representa la forma de reproducirse los instrumentos públicos protocolares, mediante copias impresas en papel bond que pueden completarse con escritura a máquina o manuscrita, se le agrega la falta de ética por parte de algunos notarios o la falta de medidas



preventivas que eviten el uso de transcripciones de los instrumentos, como forma irregular de obtener inscripciones registrales, en los diferentes registros públicos, sobre declaraciones de voluntad que no se generan de los legítimos titulares del derecho que se pretende hacer.



RECOMENDACIONES

1. La única forma de reproducir los instrumentos públicos protocolares autorizados por notario, sea por el sistema de copias, fotostáticas o fotográficas, y que sea de aplicación general para todos lo notarios que ejercen su función notarial dentro de la república de Guatemala.
2. Los registros públicos tales como Registro General de la Propiedad Inmueble, Registro General Mercantil, Registro Civil de las Municipalidades del País y otros registros públicos, en la recepción como forma alternativa de reproducción de los instrumentos públicos por el sistema de copias impresas en papel bond, que pueden completarse con escritura a máquina o manuscrita, no sean aceptados para su inscripción, ya sea por disposición legal o porque así lo requieran el interés particular o general.
3. La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, al aprobar el trabajo de tesis intitulado El Procedimiento y la Seguridad Jurídica Notarial en la Reproducción de los Instrumentos Públicos Protocolares, proponga al Consejo Superior Universitario que como órgano superior de la citada casa de estudios, haga valer el derecho de iniciativa de ley plasmado en la Constitución Política de la República de Guatemala, consecuentemente se presente un proyecto de reforma del Artículo 67 literal "a" del Código de Notariado en cuanto a la forma de reproducir los instrumentos



públicos mediante copias impresas en papel bond que pueden completarse con escritura a máquina o manuscrita; en virtud que ha dejado de cumplir con las finalidades del derecho notarial como es la garantía y seguridad jurídica, lo que ha provocado en consecuencia para la sociedad, la incertidumbre e inseguridad jurídica por cuanto dicha forma de reproducción ha permitido que se violenten los derechos de propiedad que protege la Constitución Política de la República de Guatemala, en especial el derecho registral inmobiliario y las otras instituciones de derecho registral y administrativo de la república.

4. El Congreso de la República de Guatemala, al conocer la propuesta de reforma del Artículo 67 literal "a" del decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Notariado, la acepte y consecuentemente legisle que la única forma de reproducir los instrumentos públicos protocolares sea a través del sistema de copias fotostáticas o fotográficas de los instrumentos, casos en los cuales los testimonios se completaran con una hoja de papel bond, en la que se asentará la razón final y colocaran los timbres respectivos.



BIBLIOGRAFÍA

Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. España: 1984.

ARGENTINO, I. Neri. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. Argentina, Ediciones Desalma, 1980.

ARISTÓTELES. **Una nueva interpretación de la historia universal**. 1948-1949.

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de Legislación civil y penal**. trad. Y comentarios Ramón Salas, Madrid, 1821.

CABANELLAS, G. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1979.

CARRAL, y de Teresa, L. **Derecho notarial y derecho registral**. México: Editorial Porrúa, S.A.

COSSIO, Carlos. **La justicia en la ley**. t126; citado por Daniel Herrendorf, 1967.

DEL CORRAL, Díaz. **El pensamiento político de Tocqueville**. Ed. Alianza Universal, Madrid, 1989.

Diccionario enciclopédico éxito. Barcelona, Ediciones Océano-Éxito, Real S.A. 1983.

GATTARI, C. N. **Manual de derecho notarial**. Argentina: Ediciones Desalma, 1992.

GIMÉNEZ, ARNAU, E. **Introducción al derecho notarial**. Madrid, Ed. Revista de derecho privado, 1944.

GIRÓN, J. E. **El notario práctico o tratado de notaría**. Guatemala: Talleres Marroquín Hermanos, 1914.



GONZÁLEZ, C. Emérito. **Derecho notarial**. Argentina: Editora e Impresora la Ley. 1994.

LARRAUD, Rufino. **Curso de derecho notarial**. Argentina: Ediciones Desalma, 1966.

MAIER, Heinrich. **Sócrates**. sein werk und seine geschichtliche stellung, 1913.

MAQUIAVELO, Nicolás. **El príncipe**. Ed. Instituto Cubano del Libro, La Habana. 1971.

MÉRIDA, A. **El notario y el mundo moderno**. Guatemala: Universidad Rafael Landívar, 1981.

MUÑOZ, Nery R. **El instrumento público y el documento notarial**. Guatemala, Ed. Lith Prisma, 1998.

MUÑOZ, Nery R. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Guatemala: Asociación Guatemalteca de Autores y Compositores (A.G.A.Y.C.) 1994.

OSSORIO, M. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1984.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B. **Derecho notarial**. México: Editorial Porrúa, S.A. 1989.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofía del derecho**. trad. José Medina Echeverría, Ed. revista de derecho privado, Madrid, 1944.

REINACH, Adolf. **Los fundamentos apriorísticos del derecho civil**. trad, y notas de José Luis Alvarez, citado por Emilio Menéndez, Madrid, 1934.

Revista Notarial. **Instrumento público e instrumento privado. Su eficacia jurídica**".No. 803, Argentina , 1972.



VILLALBA, VEGA, Vladimiro. **Instrumento público e instrumento privado, su eficacia jurídica.** Revista notarial. Buenos Aires, Argentina, no. 803 1972.

Legislación:

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

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

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1963.