

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a cross, a sun, and other heraldic symbols. The shield is surrounded by a circular border containing the Latin motto: "SICUT ERAS CONSPICUA CAROLINA ACCEDEMUS AD COACTEMALENSIS INTER".

**LA NECESIDAD DE INCORPORAR AL ORDENAMIENTO JURÍDICO NOTARIAL, LA
OBLIGACIÓN NOTARIAL DE ENVIAR UN AVISO AL NOTARIO AUTORIZANTE
CUANDO UN NOTARIO HA AUTORIZADO UN INSTRUMENTO PÚBLICO DE
AMPLIACIÓN, ACLARACIÓN, MODIFICACIÓN O RESCICIÓN DEL INSTRUMENTO
PÚBLICO AUTORIZADO POR EL NOTARIO AUTORIZANTE**

MARÍA CECILIA SANTIZO MACZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2009

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

**LA NECESIDAD DE INCORPORAR AL ORDENAMIENTO JURÍDICO NOTARIAL, LA
OBLIGACIÓN NOTARIAL DE ENVIAR UN AVISO AL NOTARIO AUTORIZANTE
CUANDO UN NOTARIO HA AUTORIZADO UN INSTRUMENTO PÚBLICO DE
AMPLIACIÓN, ACLARACIÓN, MODIFICACIÓN O RESCICIÓN DEL INSTRUMENTO
PÚBLICO AUTORIZADO POR EL NOTARIO AUTORIZANTE**

TESIS

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

Por

MARÍA CECILIA SANTIZO MACZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

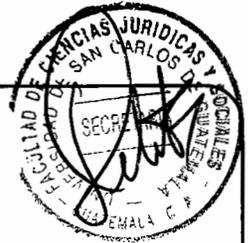
GUATEMALA, OCTUBRE DE 2009

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

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

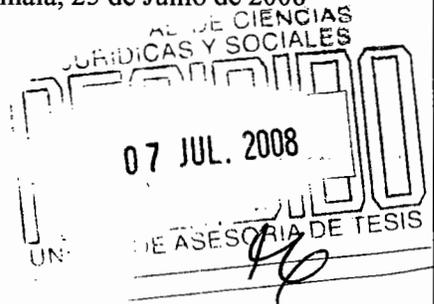
RAZON: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y del Examen General Público).

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Abogado y Notario



Guatemala, 25 de Junio de 2008

LICENCIADO
MARCO TULIO CASTILLO LUTIN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SU DESPACHO

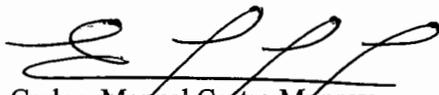


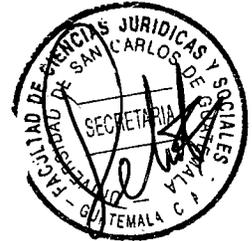
Estimado Licenciado Castillo:

Saludándole respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de emitir DICTAMEN FAVORABLE, a favor de la Bachiller MARÍA CECILIA SANTIZO MACZ, como Asesor de Tesis Nombrado por la Unidad que usted dirige, para lo cual en cumplimiento del Artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito expresar mi completa satisfacción por el trabajo de tesis sometido a mi conocimiento intitulado "LA NECESIDAD DE INCORPORAR AL ORDENAMIENTO JURÍDICO NOTARIAL, LA OBLIGACIÓN NOTARIAL DE ENVIAR UN AVISO AL NOTARIO AUTORIZANTE CUANDO UN NOTARIO HA AUTORIZADO UN INSTRUMENTO PÚBLICO DE AMPLIACIÓN, ACLARACIÓN, MODIFICACIÓN O RESCISIÓN DEL INSTRUMENTO PÚBLICO AUTORIZADO POR EL NOTARIO AUTORIZANTE", por lo que me permito informar lo siguiente:

- a) Que analicé detenidamente el trabajo de tesis ya referido, el cual se efectuó bajo mi inmediata dirección y supervisión, indicándole a la Bachiller Santizo Macz, aspectos técnicos sobre la elaboración del trabajo, quien en el desarrollo del mismo, comunicando que mi asesorada aceptó en todo momento las observaciones que le formulé.
- b) En vista de lo anteriormente expuesto, para mí es una satisfacción haber cumplido con la misión que usted me asignó poniendo en conocimiento de las autoridades de la facultad que el trabajo se desarrolló con el diseño jurídico apropiado del tema.
- c) Por reunir los requisitos establecidos en el Artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, puesto que el contenido es científico y técnico, siendo adecuada la metodología y técnicas de investigación utilizadas, emito dictamen favorable. Recomendando se le dé el trámite respectivo para su posterior discusión en el examen general público de tesis.

Sin otro particular atentamente.

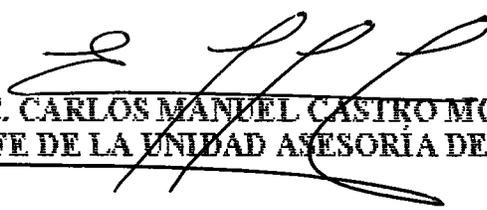

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Abogado y Notario Colegiado No. 3051
ABOGADO Y NOTARIO



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) EDWIN AUGUSTO VELA CASTAÑEDA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **MARÍA CECILIA SANTIZO MACZ**, Intitulado: "LA NECESIDAD DE INCORPORAR AL ORDENAMIENTO JURÍDICO NOTARIAL, LA OBLIGACIÓN NOTARIAL DE ENVIAR UN AVISO AL NOTARIO AUTORIZANTE CUANDO UN NOTARIO HA AUTORIZADO UN INSTRUMENTO PÚBLICO DE AMPLIACIÓN, ACLARACIÓN, MODIFICACIÓN O RESCISIÓN DEL INSTRUMENTO PÚBLICO AUTORIZADO POR EL NOTARIO AUTORIZANTE".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


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



cc. Unidad de Tesis
CMCM/sllh

Licenciado
Edwin Augusto Vela Castañeda
Abogado y Notario

Lic. Edwin Augusto Vela Castañeda
Colegiado No. 4,976
4ª. Avenida "A" 8-56 Zona 1 Mixco
Tel: 5899-0050



Guatemala, 10 de julio de 2008

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



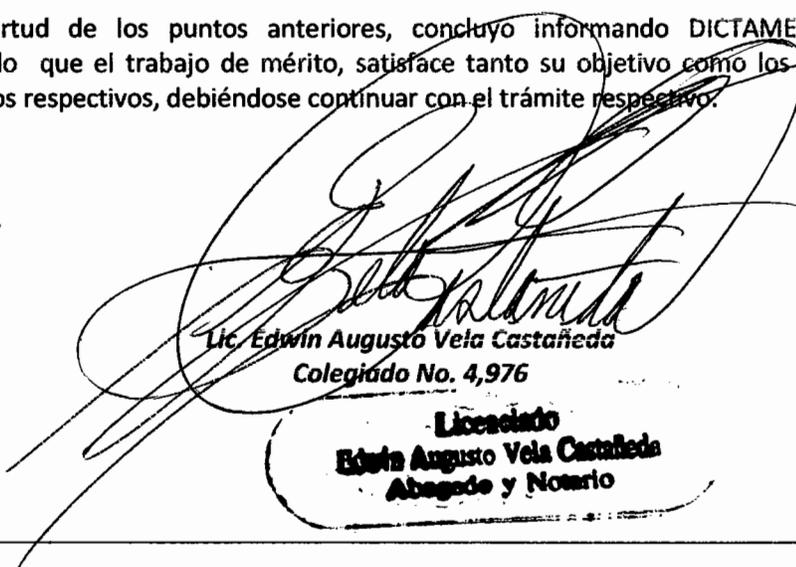
Estimado Licenciado Castro:

De conformidad con la designación que se me ha conferido, según resolución de fecha Guatemala 07 de Julio del presente año, emanada de la Unidad de Asesoría de Tesis, que usted se sirve dirigir, en la cual se me nombró REVISOR, por este medio emito dictamen referente al trabajo de tesis presentado por la Bachiller MARÍA CECILIA SANTIZO MACZ, intitulado "LA NECESIDAD DE INCORPORAR AL ORDENAMIENTO JURÍDICO NOTARIAL, LA OBLIGACIÓN NOTARIAL DE ENVIAR UN AVISO AL NOTARIO AUTORIZANTE CUANDO UN NOTARIO HA AUTORIZADO UN INSTRUMENTO PÚBLICO DE AMPLIACIÓN, ACLARACIÓN, MODIFICACIÓN O RESCISIÓN DEL INSTRUMENTO PÚBLICO AUTORIZADO POR EL NOTARIO AUTORIZANTE".

En el desarrollo de la revisión del trabajo de tesis relacionado, se discutieron algunos puntos en forma personal con la autora. Se establece que el trabajo cumple con lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de graduación de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

En virtud de los puntos anteriores, concluyo informando DICTAMEN FAVORABLE, recomendando que el trabajo de mérito, satisface tanto su objetivo como los requerimientos reglamentarios respectivos, debiéndose continuar con el trámite respectivo.

Atentamente.


Lic. Edwin Augusto Vela Castañeda
Colegiado No. 4,976

Licenciado
Edwin Augusto Vela Castañeda
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinticuatro de septiembre del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARÍA CECILIA SANTIZO MACZ, Titulado LA NECESIDAD DE INCORPORAR AL ORDENAMIENTO JURÍDICO NOTARIAL, LA OBLIGACIÓN NOTARIAL DE ENVIAR UN AVISO AL NOTARIO AUTORIZANTE CUANDO UN NOTARIO HA AUTORIZADO UN INSTRUMENTO PÚBLICO DE AMPLIACIÓN, ACLARACIÓN, MODIFICACIÓN O RESCISIÓN DEL INSTRUMENTO PÚBLICO AUTORIZADO POR EL NOTARIO AUTORIZANTE Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh





DEDICATORIA

A DIOS:

Todo poderoso, que me ayudó en todo momento, para alcanzar el triunfo que tanto he esperado, nunca me abandonó ni desamparó en los momentos más difíciles, gracias por hacerme capaz de alcanzar el logro anhelado. Gracias padre celestial por permitirme compartir este día contigo y con todos mis seres queridos.

A MIS PADRES:

Por haberme dado la vida, por haberme apoyado en los momentos que más lo necesité, por sus sabios consejos hacia mi persona.

A MIS HERMANOS:

Por su apoyo incondicional y sus consejos.

A MI ESPOSO:

Ramiro Alfonso, gracias por apoyarme y animarme cuando más lo necesité en este sueño que hoy es una realidad

A MI HIJA:

Andrea Cecilia, mi lindo tesoro que ha sido mi inspiración en todo momento.

A MIS AMIGOS:

Gabriela Santizo, Marco Villatoro, Carmen Calmo, Wendy Rodríguez, Sandra Reyes, María Eugenia Paz, Lic. Luis Felipe Lepe, Lic. Luis Fernando López, Lic. Servio Rodas, Licda. Ana María Artola, Lic. Axel Balverth, por su amistad incondicional y apoyo.

A LOS PROFESIONALES:



Lic. Carlos Manuel Castro Monroy, Lic. Ricardo Betancourt (+), Lic. Edwin Augusto Vela Castañeda, Lic. Víctor Monterroso. Por su apoyo y consejos profesionales en la elaboración de la presente tesis.

A LA GLORIOSA Y TRICENTENARIA:

Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por la oportunidad que me dieron de ser egresada de esta casa de estudios superiores.

ÍNDICE



Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Los antecedentes del notariado.....	1
1.1. Antecedentes prehistóricos.....	1
1.2. Antecedentes históricos.....	2
1.2.1. Antecedentes históricos en América.....	4
1.2.2. Evolución histórica del notariado en Guatemala.....	5
1.2.2.1. Época colonial.....	5
1.2.2.2. El notariado después de la reforma liberal.....	7
1.2.2.3. El notariado después de la revolución de 1944.....	8
1.3. Derecho notarial.....	9
1.3.1. Definición.....	9
1.3.2. Principios en que se funda el derecho notarial.....	9
1.3.3. Objeto.....	11
1.4. El notario.....	12
1.4.1. Definición.....	12
1.4.2. Sistemas notariales.....	15
1.4.2.1. Sistema latino.....	15
1.4.2.2. Sistema sajón.....	23
1.4.3. Actividades realizadas por el notario.....	24

CAPÍTULO II



2.	Sistemas notariales.....	29
2.1.	Sistema de notariado administrativo.....	31
2.2.	Sistema de notariado judicial.....	34
2.3.	Sistema de notariado sajón.....	35
2.4.	Sistema de notariado latino.....	39

CAPÍTULO III

3.	Los documentos notariales, el protocolo notarial.....	49
3.1.	Documentos notariales.....	49
3.2.	El protocolo notarial.....	54
3.3.	Apertura.....	57
3.4.	Formalidades.....	58
3.5.	Cierre.....	59

CAPÍTULO IV

4.	El instrumento público.....	61
4.1.	Antecedentes del instrumento público.....	61
4.2.	Concepto.....	61
4.3.	Clases de instrumento público.....	62
4.4.	Fines del instrumento público.....	64
4.5.	Caracteres.....	65



4.5.1. Fecha cierta.....	65
4.5.2. Garantía.....	66
4.5.3. Credibilidad.....	67
4.5.4. Firmeza, irrevocabilidad e inapelabilidad.....	67
4.5.5. Ejecutoriedad.....	68
4.5.6. Seguridad.....	69
4.6. Valor del instrumento público.....	69
4.7. Clases.....	70
4.7.1. Principales y secundarios.....	70
4.7.2. Dentro del protocolo y fuera del protocolo.....	70
4.8. Validez del instrumento público.....	71
4.9. Regulación legal del instrumento público.....	72
4.10. Otras formalidades para instrumentos públicos nominados.....	76
4.11. La escritura pública.....	77
4.12. Clases de escrituras públicas.....	78

CAPÍTULO V

5. Los avisos notariales.....	81
5.1. Definición.....	81
5.2. Aviso al archivo general de protocolos por ausencia del notario del país.....	82



5.3.	Avisos notariales como obligación posterior del notario, de los actos y contratos que autoriza.....	85
5.3.1.	Formalidades de los avisos notariales.....	86
5.3.2.	Consideraciones formales de los avisos notariales.....	89
5.3.3.	Incumplimiento por omisión o por extemporaneidad.....	91
5.3.4.	Avisos notariales específicos.....	92
5.4.	La obligación notarial de enviar un aviso al notario autorizante cuando un notario ha autorizado un instrumento público de ampliación, aclaración, modificación o rescisión del instrumento público autorizado por el notario autorizante	93
5.5.	Proyecto de reforma al Artículo 36 del Código de Notariado.....	95
	CONCLUSIONES.....	99
	RECOMENDACIONES.....	101
	BIBLIOGRAFÍA	103

INTRODUCCIÓN



Cuando un notario facciona una escritura pública extiende al ó a los requirentes un testimonio de la misma, para que cada uno conserve una copia fiel de la voluntad plasmada en ese instrumento público, pero por diferentes motivos alguno de los requirentes puede acercarse con el notario autorizante de la escritura matriz o con algún otro notario a que le faccione un nuevo instrumento público de ampliación, aclaración, modificación o rescisión, la controversia surge al momento de que el nuevo instrumento público nace a la vida jurídica, pues varió la naturaleza de la escritura matriz faccionada por el notario autorizante y el ordenamiento jurídico guatemalteco no contempla la obligación de enviar un aviso a éste para que anote al margen de la escritura matriz la variación que sufrió dicha escritura.

La hipótesis de la investigación versa sobre la necesidad de reformar ordenamiento jurídico notarial guatemalteco en el sentido de que debe enviarse un aviso al notario autorizante de una escritura matriz cuando ésta ha sido ampliada, aclarada, modificada o rescindida por otro instrumento y cuando el notario que la faccione fuere diferente al notario autorizante de la escritura matriz!

El objetivo del trabajo es determinar las eficiencias y deficiencias que afronta el instrumento público, cuando es modificado por otro notario.



Para la elaboración de la tesis se utilizaron diferentes métodos y técnicas de investigación, las que sirvieron como directrices para llevar a buen fin la investigación, se utilizó para ello el método descriptivo jurídico, en el cual se desarrollaron capítulos alusivos al notariado y al instrumento público, las técnicas de investigación utilizadas fueron la bibliográfica y de campo a través de la encuesta y la entrevista, que sirvieron para ilustrar al autor de la presente tesis, sobre la necesidad de reformar el Código de Notariado en la obligatoriedad de enviar un aviso cuando se modifica una escritura matriz con una nueva escritura.

Para adentrarnos de lleno a la investigación, haremos un pequeño resumen del contenido de los capítulos: El primer capítulo abordará lo relativo a los antecedentes del notariado, su evolución histórica, el derecho notarial, el notario, los sistemas de notariado y las actividades realizadas por el notario; Luego en el segundo apartado de esta tesis se abordará el tema de los sistemas notariales: el administrativo, el judicial, el sajón y el latino; El tercer capítulo tratará acerca de los documentos notariales y el protocolo notarial, los documentos notariales, el protocolo y su apertura, sus formalidades y su cierre; En el cuarto capítulo se hablará sobre el instrumento público, sus antecedentes, clases, concepto, fines, características, valor y regulación legal; Y en el quinto y último capítulo se hablará sobre los avisos notariales, su definición, sus clases, los diferentes tipos de avisos que se envían a los registros, avisos notariales como obligación posterior del notario de los actos y contratos que autoriza y La



obligación notarial de enviar un aviso al notario autorizante cuando un notario
ha autorizado un instrumento público de ampliación, aclaración, modificación
o rescisión del instrumento público autorizado por el notario autorizante.

CAPÍTULO I



1. Los antecedentes del notariado

1.1. Antecedentes prehistóricos

La función notarial, debió 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 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 el notario fue voluntaria, pues no existía legislación alguna en la que pudieran basarse para exigir la comparecencia ante él y normar su actividad.

1.2. Antecedentes históricos

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. Él redactaba el documento de que se tratara, 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 dar fe pública.



El tabelión intervenía personalmente en el contrato que las partes estaban celebrando, 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 pública, a ser un dador de fe pública, por fundarse en la investidura que el Estado le daba.

1.2.1. Antecedentes históricos 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.



1.2.2 Evolución histórica del notariado en Guatemala

“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.”¹

1.2.2.1. Época colonial

El escribano cabildo no era escribano público, en la ciudad existía tan solo 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.

¹ Muñoz, Nery Roberto. Introducción al estudio del derecho notarial. Guatemala. Pág. 47.



En 1543 cartulaba en la ciudad de Santiago de Guatemala el escribano don Juan de León, por lo que el notariado guatemalteco es el más antiguo de Centroamérica.

El aspirante a este cargo debía acudir a la municipalidad para que se le instruyeran las diligencias correspondientes, en las que se pasaba el expediente al jefe departamental quien por sí mismo y con citación y audiencia del síndico, debía seguir una información de siete testigos y estos últimos eran examinados sobre el conocimiento que tenían del candidato. El candidato debía probar ser ciudadano mayor de edad, estar en el goce de sus derechos civiles, con arraigo en el Estado y medios conocidos de subsistir. Posteriormente regresaba el expediente a la municipalidad para que diera vista al síndico, quien acordaba su resolución con las dos terceras partes de los votos. Si la resolución era favorable, se pasaba ésta al Supremo Gobierno para la concesión del fiat o autorización.

De manera que después pasaba a la Corte Superior para presentar certificación de haber estudiado ortografía y gramática castellana, que la academia lo hubiera examinado y tuviera buena calificación y certificaciones juradas de haber practicado dos años con un escribano de los juzgados municipales y otro con escribanos de la primera instancia. Por último, debía pasar un examen sobre cartulación, sobre requisitos de los instrumentos públicos, testamentos, donaciones, etc. Así, el Decreto Legislativo del 27 de



noviembre de 1834 establecía que para poder recibirse de escribano y ejercer el oficio en el Estado, debía cumplir con todos los requisitos antes mencionados.

El Decreto Legislativo del 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.

1.2.2.2. 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 llama 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.

1.2.2.3. 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.



1.3. Derecho notarial

1.3.1. Definición

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..."²

El derecho notarial es el "conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio de la profesión de notario o escribano."³

1.3.2. 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, 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.

² Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. Pág. 659.

³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 237



Rogación: El notario actúa a requerimiento de parte interesada. Es decir, que para que el notario pueda realizar su función, es necesario que previamente se lo hayan 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 y administrativo.

Consentimiento: Éste implica la voluntad, deseo o afirmación y la importancia que reviste éste en la otorgación 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.

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 el las primeras y originales manifestaciones de voluntad humana creadoras de intereses jurídicos, con el objeto de evitar la pérdida o destrucción de las mismas.



1.3.3. Objeto

El objeto del derecho notarial es el instrumento público, pues la actividad del notario se concreta a la creación de éste.

“...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.”⁴

Continúa manifestando el mismo autor: “El instrumento público es el mejor medio de expresión del pensamiento y del querer ser 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.”⁵

⁴ Carral y de Teresa, L. **Derecho Notarial y Derecho Registral**. Pág. 24.

⁵ Carral y de Teresa, L. **Ob.Cit.** Pág. 24.



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

1.4. El notario

1.4.1. Definición

Notario: "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..."⁶

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 desfavor de alguien, puesto que los otorgantes han confiado en su honorabilidad, por lo que depositan en él sus intereses.

⁶ Cabanellas, G. **Ob. Cit.** Pág. 571.



En el Primer Congreso Internacional de la Unión de Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires, Argentina, en 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 estos y expedir copias que den fe de su contenido.

En su función está comprendida la autenticación de hechos."

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.

"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 pública 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. ”⁷

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 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.

⁷ Girón Ziri6n, Eduardo **El notariado pr6ctico o Tratado de Notar6a**. P6g. 27.



1.4.2. 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 pública; y el notariado Sajón también recibe los nombres de Anglo-Sajón, subdesarrollado, de evolución frustrada y privada.

1.4.2.1 Sistema latino

“...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 que pueden derivarse consecuencias jurídicas; pero sin que esta derivación entre en el campo judicial.”⁸

⁸ Giménez-Arnau, E. **Introducción al derecho notarial**. Pág. 27.



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 archiva 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.

Entre las 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 quien 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, 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 cualquiera 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 el 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 que la jurisdicción notarial es rogada.

Principio de calificación: Consiste en la denominación que se le da al acto jurídico contenido en un instrumento notarial, generalmente es 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.

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 de mandato, que considera autor a aquél a cuyo nombre se escribe.



En realidad 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 e 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.

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.

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.

Principio de sanción y autorización: Para que el documento adquiera 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, mas 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 es, el carácter público de los instrumentos producidos por el notario, el conocimiento de los mismos por las personas que tengan interés, es el principio que informa a la función notarial.

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; 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.

1.4.2.2. Sistema sajón

En este sistema, el notario no tiene carácter de funcionario, pues es exclusivamente profesional, 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 su 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.

1.4.3. Actividades realizadas por el notario

59

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: Cuando alguna persona desea celebrar algún contrato o se encuentra envuelta en un problema jurídico, acude al notario y en una primera audiencia, le plantea sus conflictos, los cuales son escuchados 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: 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.

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

En resumen, la finalidad de estas tres primeras actividades realizadas por el notario, es conocer la inquietud o voluntad de las partes y en base a 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.

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.

Prepara: 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.

Redacta: 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 protocolo.



Dación de fe: Manifiesta el contenido de su fe pública, que es la 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.

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 el 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 mi.

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.



CAPÍTULO II



2. Sistemas notariales

Los sistemas notariales de diversos países han sido clasificados atendiendo a los distintos criterios que en el presente capítulo se desarrollan. El sistema notarial de tipo latino y abierto, presenta ciertas características muy propias que lo hacen ser el sistema idóneo para ejercer el notariado; figura que como en adelante se analiza, consiste en la autorización de instrumentos públicos por dos o más notarios en el protocolo notarial de uno de ellos, actuación que como veremos sólo es susceptible de darse en este sistema y de ahí la importancia de analizar los sistemas notariales.

Se distinguen dos sistemas de notariado los de evolución frustrada, tales como, el inglés, el estadounidense, el venezolano y el soviético; los de tipo latino o plenamente desarrollados, incluyendo dentro de estos los sistemas puros, existentes en la mayoría de las naciones de Europa occidental y Latinoamérica; y finalmente los diferenciados que presentan ciertas características propias.

Un segundo criterio en cuanto a la clasificación atiende a la dependencia o independencia del notario respecto a los poderes públicos,



distinguiendo entre notariado profesional libre y notariado de funcionarios públicos, el cual incluye notariados judiciales y administrativos.

Una tercera clasificación obedece al carácter y alcance de la función notarial, y agrupa a los notarios en dos cuerpos separados: los notarios consejeros o juristas y los que son simples fedatarios o fedantes. Por último, encontramos el criterio que se funda en la existencia o no, de limitaciones al número de notarías o de una afiliación forzosa, en la cual la corporación notarial está investida de funciones de supervisión y estricto control del notariado. En virtud de dicha clasificación se distingue a los notarios numerarios de los notarios de libre ejercicio, y a los notarios colegiados de los no colegiados.

Definitivamente, el criterio que mejor responde a las necesidades técnicas de una clasificación de los sistemas notariales, es aquél que resulta de la combinación entre el criterio que atiende al carácter de la función notarial y aquél que la determina con base en el grado de independencia con que se ejercita el notario, con respecto de los poderes del Estado segundo y tercer criterio de clasificación. Es así como bajo esta última concepción, los sistemas notariales se reúnen en cuatro grupos a saber:



a) El notariado de funcionarios administrativos, b) El notariado de funcionarios judiciales, c) El notariado de testigos profesionales o sistema Sajón y d) El notariado de profesionales independientes o sistema latino o francés.

Dentro de los criterios de clasificación de los sistemas notariales que tradicionalmente la doctrina en general ha venido señalando, analizaremos el desarrollo del derecho notarial así como las principales características del mismo, de acuerdo a criterios teóricos, que comprende los cuatro sistemas de notariado expuestos en el párrafo que antecede.

2.1. Sistema de notariado administrativo

En este sistema el notariado está organizado como una dependencia del poder ejecutivo. El notario es un funcionario del gobierno y por ello recibe un salario y no una retribución económica de sus clientes (honorarios). El instrumento que autoriza este funcionario goza de total autenticidad. Los originales de estos documentos pertenecen al Estado, el que se convierte en su custodio, pasando posteriormente a formar parte de sus archivos públicos.

La validez del documento se prueba con la escritura pública o el documento que emita el notario. Entre los países que adoptaron este sistema



se encuentran: Portugal y Rusia. En el continente americano son los países que lo adoptaron: Cuba, Venezuela y Colombia.

En Cuba, después del repudio que hicieron los abogados a una ley de notariado libre, anunciada por el presidente Fidel Castro, se desistió de esta promulgación.

Numerosas leyes revolucionarias obligaron a las personas afectadas por estas (reforma urbana y agraria, rebaja del precio de lotes urbanos vendidos a plazos, etc.) a comparecer ante notario y otorgar actas de declaración jurada, suministrando la información que el gobierno necesitaba para aplicarles las leyes revolucionarias.

Posteriormente, los estudios notariales fueron examinados y registrados por funcionarios judiciales y se coaccionó a los notarios para que denunciaran a sus clientes bajo amenaza de considerarlos cómplices de ellos. Si así no lo hacían, se libraba contra ellos alcances de impuestos adeudados por sus clientes y hasta se les arrestó junto con estos.

De 1959 a 1965 el número de notarios en la ciudad de La Habana, disminuyó de 1580 a 1916.



Desde 1965 se crearon los bufetes colectivos, de abogados y notarios nombrados libremente por el Estado y pagados por éste, que prestan sus servicios gratuitos a quienes lo soliciten. Además, siguen actuando algunos de los antiguos notarios a quienes no se ha desprovisto de su condición de profesionales privados. No obstante, se les han disminuido muchas de sus antiguas facultades. En 1968, el colegio pasó a ser dependiente del ministerio de justicia, así como los colegios colectivos. El resultado de ciertas medidas es que no queda actualmente en la Habana más que cuatro notarios y que en la mayor parte de las ciudades cubanas, el notariado profesional o privado ha desaparecido completamente.

El dato más cercano es que en 1995 Cuba contaba con aproximadamente 303 notarios, todos en el ejercicio de la función como empleados del Estado.

En Venezuela, por Ley del 24 de mayo de 1836 fueron creadas las oficinas de registro, pasando a dichas oficinas el ejercicio de las funciones de los escribanos, los cuales fueron suprimidos. Se creó un híbrido... mitad notaría y mitad registro. Desde entonces actuaron como fedatarios los registradores subalternos, empleados públicos a quienes se prohibió intervenir en la redacción de los instrumentos, quedando a la vez autorizados por el Código de Procedimientos de 1916 para autenticar documentos



privados. Posteriormente se han creado oficinas públicas autorizadas por las que impropiamente se llama notarías.

En el caso de Colombia las leyes notariales españolas permanecieron vigentes hasta que se dictó la ley del 3 de junio de 1852 que creó y autorizó el oficio de notario público a la manera latina; es decir, como un profesional independiente que ejerce privadamente la función pública a él encomendada. El sistema subsistió hasta el 9 de noviembre de 1970 en que se oficializó el servicio del notariado como un servicio público a cargo de la nación, formando parte de la rama ejecutiva.

2.2 .Sistema de notariado judicial

La característica principal de este sistema es que la función notarial es ejercida únicamente por funcionarios judiciales, lo cual la convierte en una magistratura judicial, de jurisdicción cerrada y obligatoria. Este sistema se aplica en los estados alemanes de Wüttemberg y Baden.

Los instrumentos públicos emitidos bajo este sistema constituyen resoluciones judiciales con validez erga omnes y con autoridad de cosa juzgada. Esta resolución es imprescindible para la eficacia de los actos jurídicos, que proviene directamente de la ley.



Esta percepción de la función notarial como parte de la función judicial, es un rastro del derecho romano.

2.3. Sistema de notariado sajón

El notariado sajón es de carácter privado, la función de sus notarios es básicamente, en algunas ocasiones, la redacción de documentos, la identificación de personas y la certificación de hechos y firmas. Dentro de este sistema la figura del notario recae en personas de basta moral, buenas costumbres y de conducta recta. Su ejercicio es de carácter privado, pero las pautas, ya sean requisitos y límites, los señala el Estado.

Para el ejercicio del notariado no es indispensable el ser profesional, pues basta la idoneidad del solicitante, tal como se señala "entre los requisitos para la obtención del cargo de notario, privan las buenas condiciones morales del solicitante. No se requieren conocimientos jurídicos especiales".⁹

Este tipo de sistema se ha desarrollado en Estados Unidos, Inglaterra, Noruega, y Suecia entre otros países; la práctica del notariado se basa en la redacción de documentos, identificación de personas y certificación de

⁹ Salas, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá.** Pág. 234.



hechos. El derecho inglés y estadounidense, se enmarcan dentro de este sistema y parten de la eficacia de la jurisprudencia como norma jurídica que subyace con el transcurrir del tiempo. La duración de sus leyes ha sido causa generadora del sistema de notariado sajón, en el cual el sistema contractual es causalista; aquí el notario: es un colaborador técnico en la redacción del contrato, su intervención no lo hace solemne, ni siquiera auténtico, la autenticidad o veracidad se refiere no al contenido, sino solamente a las firmas del documento.

Este sistema presenta las siguientes características:

- a) idoneidad moral del sujeto
- b) no existe protocolo o libro de registro
- c) no es requisito ser profesional en derecho y;
- d) es un oficio privado por lo que el notario actúa como testigo profesional

Si bien es cierto que el sistema sajón no exige para el ejercicio del notariado ser un profesional en derecho, hay algunos países en que el Estado otorga ese derecho bajo ciertos requisitos, como por ejemplo tener conocimientos, aptitudes jurídicas y haber desarrollado prácticas profesionales. Tal es el caso de Inglaterra. El notario sajón tiene dentro de



sus principales características el hecho de ser un testigo profesional ~~de no~~ ejercer ninguna función pública, a pesar de que sus funciones ~~están~~ delimitadas por ley.

Se determina al mismo como testigo profesional ya que su actuación no radica en dar autenticidad al contenido de la relación jurídica, sino en dar autenticidad a las firmas.

Como consecuencia de ser un testigo profesional, dicho notario carece de poder fehaciente: la autenticidad se refiere a las firmas intervinientes, sin que la totalidad del documento tenga valor probatorio, ni siquiera iuris tantum.

Así que el notario sajón participa en el acto a manera de testigo profesional, en el sentido de que su intervención tiene como consecuencia paralizar la protesta o alegación de falsedad de las firmas del documento en que él mismo ha tenido participación.

En el sistema sajón, a diferencia del sistema latino, no se exige asentar las escrituras matrices y otros documentos en el protocolo o libro de registro. Esta característica, señala una de las marcadas diferencias que constituye un elemento básico para el ejercicio profesional del notariado; en cambio en el sistema sajón los protocolos no existen, por lo que

inmediatamente después de autorizar un documento, el notario, ~~debe~~ ^{debe} entregar el original a los interesados.



De lo anterior se deduce, que la inexistencia de un protocolo que deba llevar el notario y el no estar obligado a guardar copia de los documentos que autentica, constituye un serio problema sobre la seguridad jurídica de los actos y contratos, ya que en la eventualidad de que los mismos se extravíen, la restitución es casi imposible, debiendo jugar un papel importante la buena fe de las partes, sea para reponerlo o para el cumplimiento del negocio o contrato acordado.

En general, la forma instrumental no tiene ritualidad alguna tal y como lo apunta Giménez-Amáu, "El valor formal de un acuerdo jurídico se obtiene: o como consecuencia de un proceso judicial o de una actuación del juez; o por intervención de un Notario, limitada al solo efecto de garantizar la autenticidad de las firmas".¹⁰

Opera entonces una falta de solemnidad de los actos notariales y por lo tanto, para determinar la eficacia de un documento, debe mediar un reconocimiento de las partes o del notario o a través de los medios legales de prueba. Se destaca como característica principal del sistema sajón, el

¹⁰ Giménez-Amáu, Enrique. **Ob.Cit.** Pág. 77.



hecho que el notario, al ser un profesional libre, no está obligado a una colegiación forzosa. Así, el notario sajón no tiene una responsabilidad marcada, ya que no ejerce una función pública.

En resumen, el notario sajón es un profesional que no ejerce una función pública, su intervención no hace el documento solemne ni auténtico, ya que él se limita a la autenticación de la firma de las partes, además su competencia no es exclusiva porque en algunos casos pueden concurrir con él otros profesionales del derecho como abogados o procuradores, salvo en materia de protesto y legalizaciones internacionales, en que excepcionalmente presta autenticidad a actos cuando el derecho internacional lo exige.

2.4. Sistema de notariado latino

También llamado sistema francés, resulta ser el sistema notarial utilizado en la mayoría de los países occidentales. Dado a la gran influencia de la legislación francesa en los países europeos, durante el período napoleónico y que fue trasladado a América por los españoles, puede decirse 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 estos y expedir copias que den fe de su contenido.

La definición anterior, fue modificada y actualizada por los notarios participantes en el Congreso celebrado por la Unión Internacional de Notariado Latino en Madrid en 1997, la cual quedó así:

“El notario es un oficial público que ha recibido delegación de la autoridad del Estado para conferir el carácter de autenticidad a los actos de su autoría, al mismo tiempo que asegura la conservación, la fuerza probatoria y la fuerza ejecutoria de dichos actos. A fin de garantizar a su actividad la independencia necesaria, el notario, la ejerce en el marco de una profesión liberal, que cubre todas las actividades jurídicas fuera de lo contencioso. Su intervención, tanto por los consejos que da, de modo imparcial pero activo, a las partes, como por la redacción del documento auténtico, confiere al usuario del derecho, la seguridad jurídica que busca. Ésta queda tanto más asegurada cuanto que el notario es un jurista de alta capacitación universitaria, que accedió a su profesión luego de diversos exámenes, oposiciones y concursos y que la ejerce siguiendo reglas disciplinarias estrictas bajo el control permanente de la autoridad pública. La



intervención del notario previniendo los posibles litigios y simplificando los procedimientos de ejecución, se constituye en un engranaje indispensable en la administración de una buena justicia”.

El oficial público es: “aquel funcionario autorizado para dar fe; para lo cual cita como ejemplo al escribano”.¹¹

De aquí se desprende que el notario se considera oficial público desde la perspectiva de la fe pública que detenta por investidura del propio Estado y es a la vez un profesional libre en el sentido de que desempeña una función que aunque es pública la desempeña privadamente y no como dependiente directo de autoridad administrativa o de otro orden. Su función respecto de los actos jurídicos en que interviene, consiste en recibir e interpretar la voluntad de las partes y darle forma legal.

Entre los países que siguen el sistema latino, se puede citar a Francia, Italia, algunos Estados alemanes, Austria, Holanda, algunos cantones suizos, el Estado Vaticano, Argentina, Bolivia, Brasil, Uruguay, Chile, Ecuador, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Panamá, Perú, México, Puerto Rico, Québec y Louisiana (EEUU).

¹¹ Neri, Argentino. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. Pág. 134.



En este sistema el número de notarías puede ser limitado o ilimitado. Lo primero se conoce como notariado de número o numerario "numerus clausus" que se sigue actualmente en muchos países de Europa y Latinoamérica, entre ellos Panamá. Cada circunscripción territorial tiene asignado un número fijo de notarios. En algunos países como España, la obtención del cargo se logra a través de un riguroso concurso de oposiciones, en otros por libre nombramiento. Las ventajas del notariado numerario son grandes, ya que por ser limitado su número y convertirse en una profesión lucrativa, se puede exigir a los notarios dedicación exclusiva a su función, prohibiéndoles litigar, ocupar cargos públicos o dedicarse simultáneamente a otras actividades. Como desventaja se apunta el hecho de que por ser un número fijo, resulta un privilegio reservado a unos pocos, frecuentemente escogidos por razones de índole política y que facilita las enajenaciones simuladas de los cargos.

La de número ilimitado se denomina notariado libre y tal y como su nombre lo indica, predomina la libertad para ejercer el notariado: cualquier persona que reúna los requisitos de ley, puede ejercerlo. Al mismo tiempo se distingue, porque casi todos los que ejercen la abogacía son a la vez notarios y, por lo tanto, estos no constituyen una clase profesional aparte.

El notario latino se encuentra sujeto a una serie de requisitos, impedimentos y prohibiciones claramente señalados por la ley, los cuales en



armonía con los reglamentos, normas y principios de la ética profesional, regulan su correcto actuar. En este sistema cada notario debe actuar en su propio protocolo autorizado por la autoridad competente de cada país que forma parte de él. En él se registran todos los instrumentos públicos autorizados por su persona y en virtud de ello, recae sobre él, exclusiva responsabilidad por su guarda y conservación, siendo el notario depositario y no propietario del mismo.

Así también, el notario latino se distingue por el hecho de recibir el pago de sus servicios, por medio de lo que conocemos como honorarios, los cuales por lo general, se cobran de acuerdo con los aranceles determinados por el cuerpo legislativo.

Los notarios latinos ejercen una función pública basada en la delegación de poder que el Estado realiza en estos profesionales. Asimismo, autentican el acto o negocio jurídico, como el contenido y las circunstancias de tiempo y lugar, otorgando veracidad al documento.

Requisitos y diferencias del notario latino

- a) Tal y como vemos, contrario al sistema sajón, aquí se requiere de una formación académica universitaria en el área jurídica, donde debe obtenerse el grado de licenciado en derecho. En Guatemala el inciso 2



del Artículo 2 del Código Notariado establece que: Para ejercer el notariado se requiere...Haber obtenido el título facultativo en República o la incorporación con arreglo a la ley.

- b) El notario es considerado un profesional liberal, que ejerce una función pública en virtud de una delegación de poder que concede el Estado. De aquí se determina al notario como profesional libre, así como un funcionario público; este último en el sentido de que desempeña una función pública y no como un dependiente directo de autoridad administrativa.
- c) Es requisito fundamental ser un jurisperito, es decir un profesional en derecho con el grado de licenciado, inclusive en algunas legislaciones este grado de licenciado, no es suficiente, por lo que se requieren grados académicos más avanzados en derecho, como post-grado en Derecho Notarial y Derecho Registral.
- d) Otra diferencia, es que en el sistema latino existe el protocolo, el cual se define como una colección ordenada de escrituras matrices, documentos públicos o privados, que el notario autoriza e incorpora por mandato de ley o por orden de autoridad competente o por solicitud de los interesados. Los protocolos pertenecen al Estado, por cuanto una vez que el notario llena su protocolo, está en la obligación de devolverlo a los archivos notariales o entidades estatales cuya función se centraliza en la guarda y custodia de los mismos.



- e) Los notarios latinos están sujetos a una colegiatura obligatoria la cual consiste en un control por parte del poder público; mientras que el notario sajón cumpliendo ciertos requisitos de ley obtiene una licencia que lo autoriza para actuar como tal.

En la Unión Internacional del Notariado Latino existen países que siguen el sistema de notariado abierto (apertus) o bien numerario (clausus). El sistema de notariado numerario es aquél donde se tiene un determinado número de notarios, normalmente distribuidos por circunscripciones territoriales (o comarcas), siendo que, para optar por una plaza, normalmente debe ocurrir el retiro o muerte de algún notario; o bien en atención al crecimiento poblacional. Pero el colegio u órgano rector de la función va a determinar el número de notarios y, con frecuencia, el lugar donde estarán ubicados. Para acceder a la profesión se deben aprobar exámenes estrictísimos (de oposición) y tener un grado académico.

En la actualidad, el sistema de numerus clausus cuenta con fuertes corrientes opositoras que hacen peligrar incluso los fundamentos del notariado de tipo Latino. Por esto, los países que practican este sistema se defienden argumentando que es necesario y adecuado el cumplimiento de determinadas funciones públicas, que por su importancia exigen que los profesionales que tengan acceso a ellas, constituyan un número limitado, bien determinado y responsable, de tal forma que el Estado, delegatario en



ellos de las facultades que le son propias, pueda ejercer un control o fiscalización real y eficiente con miras a evitar desbordes que afecten la naturaleza propia de la función.

Así, cada legislación local debe imponer no solamente requisitos indispensables a la persona que aspira al cargo, sino además limitar el número de plazas que hayan de ser ocupadas. Para ello, debe considerar lo que en doctrina jurídica se llama equilibrio demográfico-prestación. Es decir, tomar en cuenta la exacta relación que debe existir entre destinatarios del servicio, los presentadores de el y el adecuado control de la forma de ejercer la función. No pueden existir tantos notarios como interesados en desempeñar la función.

En algunos países, como Chile, Argentina, México y otros, las políticas actuales, tendientes a la desregularización y eliminación de algunas barreras, centran esta temática en dos aspectos fundamentales: permitir el libre acceso al mercado, de manera que cualquier persona que lo desee y que cumpla con los requisitos y objetivos fijados por la Ley, sea designado por el presidente de la república como notario.

Además, de permitir la libre contratación mediante un sistema de libertad de precios.



El sistema de números apertus o notario libre consiste en que hay tantos notarios como personas que cumplen los requisitos necesarios establecidos en el Estado o país; si estos profesionales cumplen esos requisitos, pueden ejercer el notariado sin sujeción a lugar determinado. Este es el sistema que sigue Guatemala y el resto de los países centroamericanos, con excepción de Panamá. Con frecuencia es el Organismo Judicial u otro análogo, quien autoriza al notario.

Estos deben estar incorporados o agremiados a los colegios. En países con territorios más grandes es usual ver que existen tantos colegios como circunscripciones territoriales y generalmente un consejo superior encierra todos los colegios provinciales o regionales. En Argentina y España, por ejemplo. Los requisitos varían de un país a otro, pero en aquellos que practican un derecho notarial más desarrollado, el notario debe ser un profesional del derecho, especializado en derecho notarial y el ejercicio es excluyente de la función de abogado.

Los protocolos, -recopilación de instrumentos públicos cronológicamente ordenados-, pueden conformarse en un tomo con determinado número de folios, como en nuestro caso o bien, con la sumatoria de aquellos instrumentos que se autorizaron en un período de tiempo, normalmente éste va de seis meses a un año. En casi todos los

países los protocolos son del Estado, pero un notario en particular detenta su uso. En México, el tomo es de la notaría, no del notario en particular.



La importancia del análisis de este sistema radica en que la figura de la que es objeto el presente trabajo sólo es dable en un sistema de notariado latino y abierto, ya que el ejercicio de la función cartular en conotariado es incompatible en un sistema de número cerrado, por el hecho de que, los notarios no pueden actuar fuera de la demarcación territorial que les fue asignada.



CAPÍTULO III

3. Los documentos notariales y el protocolo notarial

3.1. Documentos notariales

Doctrinariamente el documento notarial es el escrito que con las formalidades legales autoriza al notario o escribano, con el objeto de conservar intacto el acto o negocio jurídico el cual contiene, ya que en él se incorporan hechos de relevancia jurídica y es la única forma de posibilitar su perdurabilidad.

El documento notarial cumple la función de constatar la existencia de un hecho en el ámbito registral y extra registral, con las consecuencias inmediatas que de él emanan.

Es el medio para que las relaciones jurídicas obtengan las garantías necesarias o su desenvolvimiento normal en la vida pública, la que será una representación documental de expresión representativa de los hechos y, que es a la vez, la forma que eventualmente facilitará la prueba de esos derechos, es decir el reconocimiento de su existencia.



La doctrina considera que tanto instrumento como documento son palabras sinónimas y por lo general así se aplican en la práctica notarial. Lo anterior se justifica si se parte del análisis de la etimología de cada uno de estos vocablos. “Documento es una palabra que deriva del latín documentatum y ésta a su vez de docere, que equivale a enseñar o instruir, escrito donde se hace constar alguna cosa”¹². “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.”¹³

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.

Los documentos notariales son todos aquellos autorizados por notario habilitado, con las formalidades de ley. Pero dentro de estos existen una

¹² Argentino Neri. **Ob.Cit.** Pág. 5

¹³ Muñoz, Neri Roberto. **El instrumento público y el documento notarial.** Pág. 3

clasificación que está sujeta a que los mismos 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 el, son documentos privados.

La nota diferencial de los instrumentos 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".¹⁴

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

¹⁴ González, Carlos Emérito. **Derecho notarial**. Pág. 80.



a) Instrumentos 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. Ésta es la clase de instrumentos 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.

b) Instrumentos públicos administrativos:

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

c) Instrumentos públicos legislativos:

Son todos aquellos instrumentos 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.”¹⁵

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.

¹⁵

Revista Notarial. Instrumento público e instrumento privado. Su eficacia jurídica p.1144





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 el se plasma materialmente la autorización conjunta, tema central del mismo.

3.2. El protocolo notarial

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.



Protos, significa: primero y kollas significa: pegar; lo que impuso 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 estos 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.

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.

3.3. Apertura

El protocolo se abre cada año con la primera escritura que se facciona, la cual llevará siempre el número uno, la que principiará en la primera línea del folio inicial. (Artículo 12 del Código de Notariado).

No es necesaria ninguna razón de apertura, sólo es obligatorio el pago de cincuenta quetzales, más el impuesto al valor agregado, en la tesorería del Organismo Judicial por derecho de apertura. Los fondos se destinan para la encuadernación y conservación de los protocolos depositados en el Archivo General de Protocolos. (Artículo 11 del Código de Notariado).¹⁶

¹⁶ Muñoz, Nery. *Ob. Cit.* Pág. 128.



3.4. Formalidades

En el protocolo deben llenarse las formalidades siguientes:

1. Los instrumentos deben redactarse en español, escribirse a máquina o a mano de manera legible y sin abreviaturas.
2. Los instrumentos deben llevar numeración cardinal, escribiéndose uno a continuación del otro, en orden riguroso de fechas y entre cada instrumento sólo debe quedar espacio para las firmas.
3. El protocolo debe llevar foliación cardinal, escrita en cifras.
4. En el cuerpo del instrumento, las fechas, números o cantidades, se expresan con letras. En caso de discrepancia entre lo escrito en letras o en números, prevalece lo escrito en letras.
5. Los documentos que deban insertarse o las partes conducentes que se transcriban, se copian de manera textual.
6. La numeración fiscal del papel sellado no podrá interrumpirse, salvo los casos de protocolaciones o que se hubiera terminado la serie y se inicie una nueva.



7. Los espacios en blanco o intercalaciones se llenarán con una línea horizontal antes de que sea firmado el instrumento. (Artículo 13 del Código de Notariado).

También, debe tomarse en cuenta que son nulas las adiciones, entrerrenglonaduras y testados, si no se salvan al final, antes que el documento sea firmado. Las enmendaduras son prohibidas. (Artículo 14 del Código de Notariado).

3.5. Cierre

El protocolo debe cerrarse cada año, el último día del año natural, pero también puede cerrarse en cualquier momento que el notario deje de cartular.

El cierre es mediante una razón notarial, la cual debe contener: La fecha, el número total de instrumentos autorizados, indicando cuantos de ellos son escrituras públicas, el número de actas de protocolización, de razones de legalización, el número de escrituras canceladas, si lo hubiera;



así como el total de folios utilizados; observaciones si fueran necesarias y
firma del notario.



CAPÍTULO IV

4. El instrumento público

4.1. Antecedentes del instrumento público

A manera de historia podemos mencionar que en la antigua Roma ya se hacía distinción entre los documentos autorizados por funcionarios o bien por un escribano. Los oficiales públicos estaba autorizados para extender documentos, ya que poseían el *ius actorum confidentiorum*, que producía plena prueba. A los documentos autorizados por personas que ejercían la profesión de escribano se les llamaba instrumentos públicos.

Estas personas no tenían la calidad de funcionarios públicos y a pesar de eso, los documentos que redactaban tenían plena prueba, pues estaban investidos de fe, siempre y cuando fueran confirmados por juramento del escribano ante un magistrado.

4.2. Concepto

Del latín *instruere*, *instruir*, en sentido general, escritura, documento.



Se define al instrumento público, así: "Documento público, autorizado por el notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos".¹⁷

Instrumento es el escrito con que se justifica o se prueba un hecho o un derecho. En sentido jurídico es todo lo que sirve para instruir una causa o lo que conduce a la averiguación de la verdad. Según la acepción académica, instrumento proviene de instrumentum, que significa escritura, papel o documento con que se justifica o prueba una cosa.

Es todo escrito autorizado por un funcionario público en los negocios correspondientes a su oficio o empleo, si bien, especialmente, cabe entender por instrumento público o por escritura pública el escrito en que se consigna una disposición o un convenio otorgado ante escribano público conforme a la ley.

4.3. Clases de instrumento público

El rasgo verdaderamente típico que impone una clasificación del instrumento público hay que tomarlo de la ley misma. Partiendo, pues, de la

¹⁷ Gimenez Amau, **Ob.Cit Pág.** 83.



premisa de que la nota diferencial y característica del instrumento público es la fe pública que el encarna por virtud de la intervención del funcionario que le da existencia y considerando que la fe pública es única en el sentido del poder supremo del Estado, pero es divisible por razón de la necesidad que le asiste y compete obligadamente al órgano funcional actuante, corresponde por fuerza deducir que el estudio de la clasificación de los instrumentos públicos” está ligado forzosamente de la fe pública, pues este último carácter lo da la intervención del funcionario autorizante. Atento a este distingo jurídico puede anotarse una división de instrumentos públicos típicamente específicos, a saber: 1) instrumentos públicos notariales; 2) instrumentos públicos judiciales; 3) instrumentos públicos administrativos; 4) instrumentos públicos legislativos.

Cada una de esta clase de instrumento público responde a un objeto y fin jurídico y surge a la vida del derecho por efecto de la actividad funcional pública ejercida en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, Así: a) son de competencia notarial, estrictamente reguladora del derecho, todos los actos y contratos que atañen a la fe pública notarial, abrazados, a mérito de una interpretación restrictiva, en dos grandes órdenes: escrituras públicas y actas notariales; b) son de competencia judicial, necesariamente reparadora del derecho, todos los actos que conciernen a la fe de naturaleza y jurisdicción opuesta a la notarial, aunque por vía de excepción y en jurisdicción voluntaria, puede y debe entender en contados asuntos de materia no



litigiosa; c) son de competencia administrativa, justamente ordenadora de servicios públicos, todos los actos uniformados a la fe pública administrativa y d) son de competencia legislativa, sustancialmente sancionadora del derecho, todos los actos emanados de cuerpos colegiados en jurisdicción especial, específicamente reconocida, cuya finalidad es la de dictar, modificar o derogar leyes y ordenanzas impuestas por razones de orden público.

4.4. Fines del instrumento público

Tradicionalmente se ha contemplado el instrumento público únicamente en su aspecto meramente adjetivo, es decir, como forma y como prueba.

Dos son los fines principales que llena el instrumento público:

a) Perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad; y b) Servir de prueba en juicio y fuera de él.

Como queda establecido, sobre los aspectos de forma y de prueba, quedan enmarcados los fines del instrumento público y no podía ser de otra manera, ya que de lo que se trata al autorizar un instrumento es darle forma a voluntad de las partes y que esa voluntad plasmada en el elemento papel sirva de plena prueba.



4.5. Caracteres

Si por carácter ha de entenderse el conjunto de circunstancias o rasgos con que una cosa se da a conocer distinguiéndose de las demás, el instrumento público posee varias que le individualizan muy significativamente. Entre los cuales se menciona:

1. Fecha cierta
2. Garantía
3. Credibilidad
4. Firmeza, irrevocabilidad e inapelabilidad
5. Ejecutoriedad, y
6. Seguridad

4.5.1. Fecha cierta

Solo en la escritura pública podemos tener la certeza de que la fecha de ella es rigurosamente exacta y los efectos que de esta virtud excepcional pueden producirse, son innumerables y valiosísimos.



En Guatemala, este carácter, tiene total aplicación, ya que de entre los requisitos que deben contener los instrumentos públicos, está la fecha. (Art. 29 numeral 1º. del Código de Notariado). Incluso en los testamentos y donaciones por causa de muerte, también debe figurar la hora del otorgamiento. (Art. 42 numeral 1º. del Código de Notariado).

Éstas son formalidades esenciales, según lo estipulan los Artículos 31 y 44 del mismo cuerpo normativo.

El notario en ningún caso puede antedatar o posdatar una escritura, ya que incurriría en el delito de falsedad.

4.5.2. Garantía

El instrumento autorizado por notario, tiene la garantía, el respaldo estatal, de lo contrario de cada documento que se autorizara se estaría dudando. Según las leyes guatemaltecas producen fe y hacen plena prueba. (Art. 186 del Código Procesal Civil y Mercantil.)



4.5.3. Credibilidad

En el instrumento público, todos creemos, porque ha sido autorizado por una persona con fe pública, esta credibilidad es para todos y contra todos.

Es una credibilidad excepcional la que beneficia a los actos auténticos, que se afirma en dos direcciones: a) En cuanto al origen del acto porque se presenta bajo el auspicio de signos exteriores públicos (sellos, timbres, firma del notario etc. La apariencia es tan elocuente que se considera que responde a la realidad lleva un uniforme con que va revestido, va en ello el interés de la sociedad misma, y b) En cuanto a las enunciaciones contenidas en el acto.

Es, o debe ser creíble, porque es veraz. Esa veracidad lo impone por sí mismo en las relaciones jurídicas y esa función se llama autenticación.

4.5.4. Firmeza, irrevocabilidad e inapelabilidad

Sabemos que el instrumento puede ser redarguido de nulidad y de falsedad, pero mientras esto no suceda, el instrumento es firme e irrevocable,



no existe un superior jerárquico del notario a quien podamos apelar, las relaciones jurídicas contenidas son firmes e irrevocables. Puede caber como se dijo, una acción de nulidad en un proceso, cuyo fallo si es apelable; pero en contra de la escritura en sí misma no cabe apelación. Es todo lo contrario a lo que sucede con la sentencia, la cual es modificable, revocable, por apelación al tribunal de alzada.

4.5.5. Ejecutoriedad

“Es la cualidad del acto en virtud de la cual el acreedor o sujeto agente puede, caso de inobservancia del obligado, obtener la ejecución de su derecho mediante la fuerza”.¹⁸

En Guatemala, el Código Procesal Civil y Mercantil, les confiere la calidad de títulos ejecutivos a los testimonios de las escrituras públicas. (Art. 327 numeral 1º). También regula que procede la ejecución en caso de transacciones celebradas en escritura pública (Art. 294 numeral 6º). La fuerza ejecutiva viene aneja a la escritura pública, está aparejada la ejecución por su carácter indubitable.

¹⁸ Sanahuja Y Soler, José M. **Tratado de derecho notarial**. Pág. 78.



4.5.6. Seguridad

Ésta es una garantía o principio que fundamenta al protocolo, ya que la escritura matriz queda en el mismo y se pueden obtener tantas copias o testimonios, como fueran necesarios, no se corre el riesgo de pérdida, quedando protegidos los interesados por todo el tiempo, aun después del fallecimiento del notario. (Artos. 23, 24, 25 y 81 numeral 1º. del Código de Notariado.)

4.6. Valor del instrumento público

El instrumento público tiene valor formal y valor probatorio. Valor formal, cuando se refiere a su forma externa o el cumplimiento de todas las formalidades esenciales y no esenciales que el Código regula. (Art. 29 y 31 del Código de Notariado). Y valor probatorio en cuanto al negocio que contiene internamente el instrumento. Ambos deben complementarse. Ya que no sería correcto que en un caso determinado, la forma sea y el fondo estuviere viciado; o por el contrario la forma no es buena, por no haberse cumplido los requisitos o formalidades esenciales del instrumento y el negocio o el fondo del asunto fuere lícito.



4.7. Clases

El instrumento público se puede clasificar en dos formas, la primera clasificación: Principales y secundarios; y la segunda: Dentro del Protocolo y fuera del protocolo.

4.7.1. Principales y secundarios

Siendo los principales, los que van en el protocolo, como condición esencial de validez, por ejemplo la escritura.

Los secundarios, los que van fuera del protocolo, como por ejemplo el acta notarial.

4.7.2. Dentro del protocolo y fuera del protocolo

En Guatemala, entre los documentos que se redactan necesariamente en papel especial de protocolo tenemos: La escritura pública; el acta de protocolización y la razón de legalización.



Las que no se redactan en protocolo: Actas notariales, actas de legalización de firmas o auténticas y actas de legalización de copias de documentos.

4.8. Validez del instrumento público

Para que un acto o negocio jurídico tenga plena validez y surta los efectos jurídicos requeridos, es condición sinequanon que esté revestido de todos los requisitos y condiciones exigidos por la ley. Por consiguiente, para que el instrumento público ostente subsistencia, firmeza y eficacia jurídica, es menester que en su redacción o elaboración se hayan observado las solemnidades o formalidades legales necesarias, que el acto se haya realizado sin omisiones, mutaciones o irregularidades; en otras palabras: que en su forma haya nacido perfecto a la vida jurídica.

Fluye de lo expuesto que la validez y eficacia del instrumento público está en relación directa con la observancia ad pendem literae de los requerimientos o formalidades establecidas por la ley.



4.9. Regulación legal del instrumento público

Con respecto al instrumento público, el Código de Notariado guatemalteco, tiene regulado en el Artículo 29 las formalidades y en el Artículo 31 las formalidades esenciales.

Del estudio y lectura del Artículo 29, se desprende que las formalidades que tiene reguladas son para la escritura pública y que estas formalidades, no se aplican para actas notariales, actas de protocolización, actas de legalización y razones de legalización.

Éstas las tiene reguladas en títulos separados y con sus propias formalidades.

Por lo tanto, el Código de Notariado guatemalteco reconoce plenamente a la escritura como instrumento, mientras que la doctrina es mucho más amplia pues incluye actas.

El Artículo 29 del Código de Notariado enumera como formalidades que debe contener el instrumento público, las siguientes: "1. El número de orden, lugar, día, mes y año del otorgamiento; 2. Los nombres, apellidos,



edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes; 3. La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles; 4. La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente; 5. Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro, describiéndolos e indicando lugar, fecha, funcionario o notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio, para el acto o contrato; 6. La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignore el idioma español, el cual de ser posible, deberá ser traductor jurado. Si el intérprete no supiere o no pudiere firmar, lo hará por él un testigo; 7. La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato; 8. La fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que corresponda, según la naturaleza del acto o contrato; 9. La transcripción de las actuaciones ordenadas por la ley o que a juicio del notario, sean pertinentes, cuando el acto o contrato haya sido precedido de autorización u orden judicial o proceda de diligencias judiciales administrativas; 10. La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificaron y aceptación; 11. La advertencia a los otorgantes de presentar el testimonio a los registros respectivos; y 12. Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedida de las palabras: "Ante Mi". Si el otorgante no supiere o un pudiere firmar, pondrá la



impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto, otro que especificara el notario, firmando por él un testigo y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio notario fuere el otorgante, pondrá antes de firmar, la expresión por mí y ante mí.

El Artículo 31 del Código de Notariado indica cuales de las formalidades son esenciales para que el instrumento público en general pueda tener plena validez. Estas formalidades son las siguientes: “1. El lugar y fecha del otorgamiento; 2. El nombre y apellido o apellidos de los otorgantes; 3. Razón de haber tenido a la vista los documentos que acreditan la representación legal suficiente de quien comparezca en nombre de otro; 4. La intervención de intérprete cuando el otorgante ignore el español; 5. La relación del acto o contrato con sus modalidades; y 6. Las firmas de los que intervienen en el acto o contrato, o la impresión digital en su caso”.

El Código Civil, en su Artículo 1251 menciona otros requisitos, que podemos llamar esencialísimos, por el hecho de que son requisitos previos para poder iniciar la celebración de un acto o negocio jurídico. Son los siguientes:



1. Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad
2. Consentimiento que no adolezca de vicio
3. Objeto lícito

Capacidad legal

La capacidad legal, desde el punto de vista jurídico para este tema en particular, es la habilidad o potestad para contratar, disponer por acto entre vivos o por testamento, suceder, casarse y realizar la generalidad de los actos jurídicos.

En Guatemala, al cumplir los dieciocho años se adquiere la capacidad para poder participar en los actos o negocios jurídicos por sí mismo. Pero la mayoría de edad no es determinante para tener la capacidad legal, pues tiene limitaciones como sería el caso de las personas declaradas interdictas.

Consentimiento

El consentimiento consiste en que la persona, para poder otorgar u obligarse, lo debe hacer con pleno discernimiento, voluntad libre y espontaneidad, sin presiones o coacciones.



Objeto lícito

El objeto lícito significa que la materia que va a ser motivo de un acto o negocio jurídico, debe estar aprobada y regulada en el ordenamiento legal.

4.10. Otras formalidades para instrumentos públicos nominados

Para los instrumentos públicos nominados, la ley exige una serie de requisitos que hay necesidad de cumplir, además de los mencionados en los párrafos anteriores, requisitos que contribuirán a que los documentos tengan validez. Por ejemplo, para el caso particular de los testamentos y donaciones por causa de muerte, los requisitos esenciales adicionales, son los contemplados en el Artículo 44 del Código de Notariado. En cuanto a testamentos cerrados, los requisitos a cumplir están contemplados en el Artículo 959 del Código Civil.

Para la constitución de sociedades, se deberá cumplir, además de las formalidades esenciales, con lo que establecen los Artículos 46, 47 y 48 del Código de Notariado. Para el caso de constitución de hipoteca de cédulas, se deberán llenar los requisitos que enumera el Artículo 49 del Código de Notariado.



4.11. 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”¹⁹. 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, un negocio jurídico. En ella se manifiesta y perpetúa, como prueba documentaria, la formalización de un acto o contrato. Siendo así que la escritura usualmente va referida a la creación, modificación, extinción o cancelación de una relación jurídica.

¹⁹ Villalba Vega, Vladimiro. **Instrumento público e instrumento privado, su eficacia 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 éstos tienen que ser de un mismo tipo, notarios públicos en el ejercicio privado de la función o notarios públicos en el ejercicio público, notarios consulares o notarios del Estado.

4.12. Clases de escrituras públicas

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

- a) Principales: son las que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas.

- b) Adicionales: complementarias, aclaratorias o accesorias: son las que tienden a rectificar, modificar, restringir, revocar o variar, de alguna



forma, lo indicado en la principal. Éstas son llamadas a corregir las 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 las deja formalmente sin posibilidad de que surtan efectos entre las partes. Tal cosa puede ocurrir aun en el supuesto de que



alguno de los otorgantes e incluso todos ellos y los testigos, si hubiesen 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.



CAPÍTULO V

5. Los avisos notariales

5.1. Definición

"Es la comunicación escrita que el notario efectúa a una institución, entidad u organismo, relativo a un asunto realizado o efectuado por un notario."²⁰

Se concluye que los avisos notariales son los que el profesional facciona con el objeto de dar a conocer a las instituciones que corresponda en cada caso, los actos o contratos que ha realizado en su notaría y que debe enviar a estas instituciones para evitarse problemas posteriores.

²⁰ Valenzuela de Mérida, Mirna. **Avisos notariales**. Pág. 3.



5.2. Aviso al archivo general de protocolos por ausencia del notario del país.

El Artículo 27 del Código de Notariado indica: El notario que tenga que ausentarse de la República por un término mayor de un año, deberá entregar su protocolo al archivo general de protocolos en la capital y en los departamentos, al juez de primera instancia, quien lo remitirá al referido archivo. Si la ausencia del notario fuere por un plazo menor, lo depositará en otro notario hábil, debiéndose dar aviso firmado y sellado por ambos notarios al Director del Archivo General de Protocolos en la capital, o a un juez de primera instancia del domicilio del notario, cuando no lo tenga en el departamento de Guatemala, quien lo deberá remitir al Archivo General de Protocolos, dentro del plazo de ocho días. El aviso indicará el nombre y dirección del notario en que quede depositado el protocolo.

El notario depositario podrá extender testimonios y suministrar a quien lo solicite, los informes que le sean requeridos, en relación al protocolo depositado.



La copia del aviso debidamente sellada por el archivo general de protocolos o el juez de primera instancia en su caso, será documento suficiente para permitir al notario salir del país.

La Dirección General de Migración tendrá una nómina de notarios en ejercicio, que le proporcionará y mantendrá al día el Director del Archivo General de Protocolos para el control correspondiente.”

El Artículo 37 del mismo cuerpo legal indica, en cuanto a los avisos notariales:

- 1) Dar aviso dentro del plazo de 25 días hábiles al Director del Archivo General de Protocolos, 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 fecha del instrumento cancelado...
- 2) Remitir un aviso al Archivo General de Protocolos, o a los Jueces de Primera Instancia, en su caso, dentro de los 25 días hábiles siguientes al vencimiento de cada trimestre de cada año calendario, en papel sellado del menor valor, indicando el número y fecha del último instrumento público autorizado o cancelado, o



en su caso que no autorizó ninguno durante el trimestre que corresponda'.

El Código de Notariado en sus Artículos 100 y 101, establece: Los notarios que dejaren de enviar los testimonios a que hace referencia el Artículo 37, o de dar los avisos a que se contraen en el Artículo 38 de esta ley, dentro del plazo fijado al efecto, incurrirán en una multa de dos quetzales por infracción, que impondrá el Director del Archivo General de Protocolos y se pagará en la Tesorería del Organismo Judicial como fondos privativos de dicho organismo.

Todas las sanciones impuestas por el Director del Archivo General de Protocolos, se impondrán previa audiencia por un plazo de veinte días al interesado, audiencia que se notificará por medio de correo certificado con aviso de recepción. Contra lo resuelto por el Director del Archivo General de Protocolos, cabrá el recurso de reconsideración, el que deberá interponerse dentro del término de tres días contado a partir de la fecha de la recepción de la notificación por correo certificado. Dicho recurso se interpondrá ante el propio director, quien elevará las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia para que resuelva. Dicho Tribunal resolverá aplicando el procedimiento de incidente previsto por la Ley del Organismo Judicial. Contra la resolución de la Corte Suprema de Justicia, no cabrá ningún otro recurso. Siempre que se declare sin lugar



el recurso interpuesto, se impondrá al recurrente una multa de veinticinco a cien quetzales, según sea el monto de la resolución recurrida".

Las demás infracciones a que se refiere esta ley serán sancionadas por la Corte Suprema de Justicia, siempre que no constituyan delito, o por tribunal que conozca en su caso, pudiendo amonestar o censurar al notario infractor, o imponerle multa que no excederá de veinticinco quetzales. En caso de reincidencia, las multas podrán ser hasta cien quetzales, o suspensión de un mes hasta un año. La sanción se hará en auto acordado con justificación de motivos.

5.3. Avisos notariales como obligación posterior del notario, de los actos y contratos que autoriza

Los avisos notariales son todos aquellos informes que el notario debe enviar a los diferentes registros de los actos y contratos que celebra.

El notario, luego de haber dado fe de los instrumentos públicos autorizado, debe cumplir enviando estos avisos a los distintos registros, con el fin de darles certeza jurídica.



5.3.1. Formalidades de los avisos notariales

Las formalidades de los avisos notariales se encuentran inmersas en varias leyes, tales como: el Código Civil en su Artículo 79, que textualmente indica: El matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges, y en su celebración deben cumplirse todos los requisitos y llenarse las formalidades que exige este Código para su validez.

Según el Artículo 102 del mismo cuerpo legal: Dentro de los quince días hábiles siguientes a la celebración del matrimonio, el alcalde que lo haya autorizado deberá enviar al Registro Civil que corresponda, copia certificada del acta y los notarios y ministros de los cultos aviso circunstanciado. La falta de cumplimiento de esta obligación será sancionada, en cada caso, con multa de cinco quetzales, que impondrá el juez local a favor de la municipalidad.

En el caso de contratos de enajenación, unificación o donación de inmuebles y otros actos o contratos, además de estas formalidades también el Artículo 38 del Código de Notariado, determina:"Dentro del plazo de quince días de la fecha de autorización de la escritura, dar



aviso a la Dirección General de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles y a las municipalidades respectivas....

De acuerdo con la ley, el notario debe cumplir con los requisitos y las formalidades que ésta indica, en todos los avisos notariales que facione y envíe a los registros correspondientes. Deben también protocolizar los documentos que indica la ley, para que no haya problemas posteriores, tanto para el notario como para los otorgantes.

Además, cuando un notario celebra un acto o contrato, debe satisfacer los impuestos que la ley señala, si no se llenan estas formalidades serán sancionados con multas de conformidad con lo estipulado en la ley y reglamento de timbres fiscales y de papel sellado especial para protocolos, Decreto número 37-92 del Congreso de la República, y demás leyes relacionadas.

Las formalidades de los avisos notariales son los siguientes:

- a) Manuscrito o a máquina.
- b) Se redacta en forma breve, concisa y clara.



- c) Se redacta sin borrones, tachones, manchones, raspadoras y sin usar corrector líquido.
- d) Se puede testar, entrelínear, adicionar siempre que se salve al final.
- e) De todo aviso debe extenderse copia, para que cuando se envíe el mismo, sellen la copia de recibido, por cualquier error que surja, está la copia de recibido.
- f) Los avisos se redactan en el papel que señale la ley y, si fuera el caso, se cobren los impuestos legales.
- g) Para los números, cantidades y fechas, puede escribirse en cifras y en letras, si se considera conveniente.
- h) Separar en columnas los requisitos y los datos específicos”.²¹

¿Qué papel se utiliza para redactar los avisos notariales?

Los avisos notariales se redactan en papel bond tamaño carta u oficio, en cualquier actuación, con un máximo de veinticinco a cincuenta renglones o líneas en cada lado, según se utilice uno o ambos lados, con un margen mínimo de cuarenta milímetros, (Artículos 33, literal 10, del Decreto número 37-92 y Reglamento de La Ley de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos.)

²¹ **ibid.** Pág. 3



5.3.2. Consideraciones formales de los avisos notariales

Los avisos notariales deben ser dirigidos a la persona encargada de los mismos. Puede ser en forma específica o bien genérica; cuando en los avisos se incluyan nombres de personas individuales, si éstas hubieren sido legalmente identificadas, deben identificarse así en el aviso.

En el caso que hubieren comparecido ante el notario a través de representantes, en el aviso se indicará el nombre del representado y no del representante, como en el caso de los menores de edad o de personas o entidades jurídicas.

a) ¿Cuál es el objeto de los avisos notariales?

Los avisos notariales se faccionan con el objeto de hacer del conocimiento a los diferentes registros los actos, contratos o negocios jurídicos que el notario lleva a cabo en su notaría.

b) ¿Quiénes pueden extender avisos notariales?

- El notario autorizante de un acto o contrato;
- El notario que tenga el protocolo en su poder legalmente;



- El Director del Archivo General de Protocolos.

“Solamente estas personas pueden, de conformidad con la ley, extender los avisos notariales que les sean requeridos por las partes interesadas, para ser enviados a los diferentes registros o bien para el uso que ellos determinen.”²²

En esta investigación se encontró a notarios que en la práctica elaboran los avisos de traspaso que otros omitieron hacer en su oportunidad.

c) ¿Qué pueden hacer los interesados si el notario se niega a extender los avisos notariales?

De conformidad con el artículo 19 del Decreto número 72-2001, Ley de Colegiación Profesional Obligatoria, el interesado puede acudir a presentar su denuncia al Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

²²

Ibid. Pág.4



5.3.3 Incumplimiento por omisión o por extemporaneidad

"Puede provocar al Notario consecuencias muy graves, desde la imposición de sanciones pecuniarias que se traducen al pago de una multa, hasta las sanciones por responsabilidades civiles y penales.

a) ¿Qué sucede cuando alguna de las instituciones o entidades rechazan los avisos notariales?

"La autoridad administrativa que recibe un aviso notarial, está obligada a darle cumplimiento a la operación que corresponda; cuando no fuere posible por cualquier circunstancia, ésta deberá indicarlo al notario, quien tiene la obligación de subsanar el error, la omisión o tomar las medidas correspondientes. Si una autoridad recibe un aviso y no hace saber al notario la circunstancia por la cual no lo opera, es ésta quien incurre en responsabilidad y no el notario, en este caso el notario queda fuera de toda responsabilidad o culpa."²³

²³ *Ibid.* Pág. 5.



5.3.4 Avisos notariales específicos

a) Avisos de escrituras canceladas

El Artículo 37 inciso b) del Código de Notariado establece: ...Dar aviso dentro de los veinticinco días hábiles desde la fecha de cancelación 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".

b) Avisos trimestrales

El Artículo 37 inciso c) del Código de Notariado: "...Remitir aviso al Archivo General de Protocolos, o a los Jueces de Primera Instancia, en su caso, dentro de los veinticinco días hábiles siguientes al vencimiento de cada trimestre de cada año calendario, en papel bond, indicando el número y fecha del último instrumento público autorizado o cancelado o en su caso que no autorizó ninguno durante el trimestre que corresponda...".



c) Avisos de protocolización de documentos provenientes del extranjero

El Artículo 40 de la Ley del Organismo Judicial establece:
"Obligaciones notariales: Los notarios deberán dar aviso al Archivo General de Protocolos, dentro del plazo de diez días, de cada protocolización que hagan de acuerdo con esta ley, indicando la fecha y el lugar en que fue expedido el documento, funcionario que lo autorizó, objeto del acto y nombres y apellidos de los otorgantes o personas a que se refiere, así como de los impuestos que hubieren sido pagados en el acto de protocolización. El archivo extenderá recibo por cada aviso y llevará índices anuales por orden alfabético de los otorgantes.

La omisión o demora del aviso hará incurrir al notario en una multa de veinticinco quetzales (Q.25.00), que impondrá el Director del Archivo General de Protocolos e ingresará a los fondos judiciales.

5.4. La obligación notarial de enviar un aviso al notario autorizante cuando un notario ha autorizado un instrumento público de ampliación, aclaración, modificación o rescisión del instrumento público autorizado por el notario autorizante



En el diario que hacer del notario, nos encontramos ante la situación de tener que faccionar, a rogación de un interesado, escrituras públicas con sus respectivos testimonios y actas notariales. Dichas escrituras públicas, como ya es sabido en el mundo del notario, son susceptibles de ampliación, aclaración, modificación e incluso de rescisión, porque adolecen de un defecto de forma o de fondo, que el requirente quiere que sea subsanado. Ante esta situación quien varíe la escritura pública puede ser el notario autorizante de la escritura matriz o bien otro notario, el cual hará una nueva escritura y hará una anotación al margen del testimonio de que la escritura ha sido ampliada, aclarada, modificada o rescindida. Hasta allí todo marcha bien y de hecho así se ha materializado la forma de modificar una escritura a través de los años, desde que se creó el Código de Notariado, pero en la práctica surge un problema bastante lógico y que causa complicación y contrariedad en la vida jurídica de ese instrumento, en el sentido de que el notario autorizante de la escritura matriz no tiene conocimiento de que la escritura que él faccionó fue ampliada, aclarada, modificada o rescindida pues al momento de que él expida un testimonio a una persona interesada o un aviso a las instituciones correspondientes, la escritura a la que él dio vida y el testimonio que él expidió y luego fue variado, no contienen la misma información, que pueden crear conflictos que atenten contra la seguridad jurídica.



Es por eso, que ante la inexistencia de la obligación de enviar un aviso al notario autorizante de la escritura matriz, cuando la escritura que él faccionó ha sido ampliada, aclarada, modificada o rescindida por otro notario, es necesario hacer una reforma al Código de Notariado en el sentido de que se incluya en el mismo la obligación de enviar dicho aviso por parte del notario que amplió, aclaró, modificó o rescindió la escritura matriz de otro notario.

Dicha reforma o ampliación deberá realizarse al Artículo 36 del Código de Notariado, en el sentido de que se obligue a enviar un aviso de la modificación al notario que autorizó una escritura matriz.

5.5. Proyecto de reforma al Artículo 36 del Código de Notariado

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República de Guatemala contempla que entre los deberes del Estado está la seguridad, contemplando ésta en sentido amplio la seguridad jurídica, como la confianza que el Estado extiende a los notarios a través de otorgarles la investidura de la fe pública y darles la calidad de garantes de la certeza y la certidumbre hacia los ciudadanos.



CONSIDERANDO:

Que la experiencia del que hacer notarial, ha puesto de manifiesto la necesidad de regular en nuestro ordenamiento jurídico, la obligatoriedad de enviar un aviso al notario, que faccióno una escritura matriz, cuando ésta ha sufrido variación por ampliación, aclaración, modificación o rescisión por otro notario quién será el obligado en enviar dicho aviso, para así evitar consecuencias posteriores en virtud de verse disminuida la seguridad jurídica al existir una diferencia entre la escritura pública matriz y la posterior escritura.

CONSIDERANDO:

Que las reformas planteadas favorecen significativamente a la seguridad jurídica, para que no exista una colisión de intereses en la existencia de un instrumento público con doble contenido.

POR TANTO:

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

DECRETA:

ARTÍCULO 1. Se reforma el Artículo 36 el cual queda así:

Artículo 36. El notario pondrá al margen de la escritura matriz, razón de haber autorizado otra escritura que la adicione, aclare, modifique o rescinda; y también razonará los títulos y documentos que tenga a la vista y cuyo contenido sufra modificación, en virtud de los instrumentos que hubiere autorizado. Si la escritura de ampliación, aclaración, modificación o rescisión



que fue faccionada por otro notario, distinto al que realizó la escritura matriz, este tendrá la obligación de enviar un aviso al notario autorizante de que dicha escritura fue ampliada, aclarada, modificada o rescindida, para que el notario autorizante de la escritura matriz haga la anotación respectiva al margen de la misma.

Artículo 2. El presente acuerdo entrará en vigencia a los ocho días después de su publicación en el diario oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU APROBACIÓN.



CONCLUSIONES



1. El Código de Notariado no cuenta en su contenido con una norma que estipule la obligación de enviar un aviso al notario autorizante de una escritura matriz cuando ésta ha sido ampliada, aclarada, modificada o rescindida por otro instrumento y por otro notario
2. Al no haber obligación de enviar el aviso al notario autorizante de la escritura matriz se está atentando contra la seguridad jurídica al no haber concordancia en los instrumentos autorizados, lo que puede crear controversias posteriores entre los requirentes.
3. Cuando son bienes sin registro el notario autorizante no se ha enterado que el instrumento público que ampara los derechos de posesión sobre un bien inmueble, ha sido vendido o a sufrido un gravamen hipotecario.
4. Se atenta contra la seguridad jurídica contractual y la buena fe, al no existir concordancias e información actual, de instrumentos que han sufrido un cambio y estos, en manos de personas inescrupulosas puedan utilizar en contra de terceros.
5. Actualmente en la legislación notarial, no se encuentra regulada la obligación notarial de enviar al notario autorizante la ampliación, modificación, aclaración o rescisión contractual que ha sufrido la Escritura Pública, para proteger los intereses del futuro comprador o a los acreedores.



RECOMENDACIONES



1. Es necesario que el Congreso reforme el Artículo 36 del Código de Notariado, en el sentido de que se obligue al notario que faccionó un nuevo instrumento público de ampliación, aclaración, modificación o rescisión a que envíe un aviso al notario autorizante de la escritura matriz informándole de los cambios que sufrió la escritura faccionada por este último.
2. Que el Registro cree un departamento especial que lleve el control de todos aquellos bienes inmuebles que carecen de registro, de los cuales el notario debe dar aviso en el cual el notario este obligado a dar aviso de los negocios jurídicos de esos bienes inmuebles. Porque muchas personas de condición humilde son engañadas, entre otras.
3. Para facilitar la labor del notario, para establecer si el poseedor de un bien posee el derecho exclusivo para poder enajenar o hipotecar el mismo y evitar cualquier tipo de anomalía en registros y actos; El Congreso debe legislar de manera más específica sobre aquellos bienes inmuebles que no tienen registro y así proteger los intereses de futuros compradores o acreedores.





BIBLIOGRAFÍA

ARGENTINO, Neri. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial.**
Buenos Aires, Argentina; Ediciones Depalma, 1980. Págs. 5 a 134.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.**
Ed. Hellasta. Buenos Aires, Argentina: 1986 Págs. 571 a 659.

CARRAL Y DE TERESA, L. **Derecho notarial y derecho registral.**
Encuentro americano del notariado latino, Guatemala: 1983 Págs. 24
a 60.

GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. **Introducción al derecho notarial.** España,
Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1976. Págs. 27, 77 a 83.

GIRÓN ZIRÓN, Eduardo. **El notariado práctico o tratado de notaría.** 6ª.
Ed, Buenos Aires, Argentina. Ed. Hellasta 1990. Págs. 12 a 27.

MUÑOZ, Neri Roberto. **El instrumento público y el documento notarial.**
6ª. Ed Editorial C&J. Guatemala, 1998. Pags. 3, a 5 y 128.

MUÑOZ, Neri Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial.**
4ª. Ed Editorial C&J. Guatemala, 1998. Págs. 47 a 53.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y
sociales.** 24ª, ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Hellasta, 1997.
Pág. 237.



GONZALEZ, Carlos Emerito. **Derecho notarial**. San José Costa Rica; Ed. Costa Rica, S.A., 1973. Pág. 80.

SALAS, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. San José, Costa Rica; Ed. Costa Rica. 1988 Pág. 234.

SANAHUJA Y SOLER, José M. **Tratado de derecho notarial**. Barcelona España: Casa Editorial Bosch, 1945 Págs.78 a 82.

VILLALBA VEGA, Bladimiro **Instrumento público e instrumento privado, su eficacia jurídica**. Guadalajara, México, Ed. Delta. 1980. Pág. 1,147

Legislación:

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

Código de Notariado. Decreto No. 314 del Congreso de la República de Guatemala. 1947.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2'89, 1989.