

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ABOGADO Y NOTARIO

**ANOTACIÓN EN EL PROTOCOLO DE LA EMISIÓN DE LA
SEGUNDA Y SUBSIGUIENTES COPIAS SIMPLES LEGALIZADAS
DE ESCRITURA PÚBLICA**

ANTONY RAYMUNDO PALMA AGUILAR

CHIQUMULA, GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2017

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ABOGADO Y NOTARIO

**ANOTACIÓN EN EL PROTOCOLO DE LA EMISIÓN DE LA SEGUNDA Y
SUBSIGUIENTES COPIAS SIMPLES LEGALIZADAS DE ESCRITURA PÚBLICA**

TRABAJO DE GRADUACIÓN

Sometido a consideración del Honorable Consejo Directivo

Por

ANTONY RAYMUNDO PALMA AGUILAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

CHIQUMULA, GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2017

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ABOGADO Y NOTARIO**



**RECTOR
DR. CARLOS GUILLERMO ALVARADO CEREZO**

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente:	M. Sc. Nery Waldemar Galdámez Cabrera
Representante de Profesores:	M. Sc. José Leonidas Ortega Alvarado
Representante de Profesores:	Lic. Zoot. Mario Roberto Suchini Ramírez
Representante de Graduados:	Lic. Zoot. Oscar Augusto Guevara Paz
Representante de Estudiantes:	P.C. Diana Laura Guzman Moscoso
Representante de Estudiantes:	M.E.P. José Roberto Martínez Lemus
Secretaria:	Licda. Marjorie Azucena González Cardona

AUTORIDADES ACADÉMICAS

Coordinador Académico:	Ing. Agr. Edwin Filiberto Coy Cordón
Coordinador de la Carrera:	Lic. Horacio Humberto Zuchini Morales

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

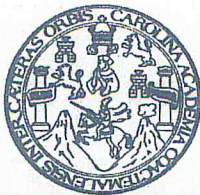
PRIMERA FASE:

Presidente:	Dr. Jayme Giovani Rosa Erazo
Vocal:	Lic. Marvin Eduardo Monroy Ramírez
Secretario:	Lic. Erick Estuardo Cordova Castillo

SEGUNDA FASE:

Presidente:	Lic. Rosdbin Evelio Corado Linares
Vocal:	Dra. María Roselia Lima Garza
Secretaria:	Licda. Claudia Lisseth Rodríguez Hernández

RAZÓN: -Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidas en la tesis.- (Artículo 43 del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales: de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



APROBACIÓN DE ASESOR DE TESIS

Chiquimula, 28 de abril de 2017.

Lic.

Omar Rafael Ramírez Corzo.

Presente.

Por medio del presente le informo que con fecha 28 de abril de 2017, se recibió el oficio por medio del cual usted manifiesta que acepta colaborar con el estudiante: **Antony Raymundo Palma Aguilar** carné 201043967, elaborará su Tesis con el tema intitulado:

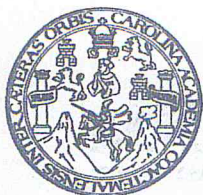
“ANOTACIÓN EN EL PROTOCOLO DE LA EMISIÓN DE LA SEGUNDA Y SUBSIGUIENTES COPIAS SIMPLES LEGALIZADAS DE ESCRITURA PÚBLICA”.

Por tanto,

RESUELVE: Aceptar al Lic. Omar Rafael Ramírez Corzo como **ASESOR DE TESIS** del trabajo de la estudiante arriba indicada, en virtud, de que llena los requisitos contemplado en el artículo 27 del Normativo de Tesis de Graduación de la carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales del Centro Universitario de Oriente.

José Daniel Pérez
Jefe de Unidad de Tesis
Ciencias Jurídicas y Sociales
CUNORI





EXPEDIENTE No. 003-2017

DICTAMEN FAVORABLE DEL ASESOR DE TESIS

Chiquimula, 3 de julio de 2017

Lic. José Daniel Pérez

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro Universitario de Oriente CUNORI
Chiquimula.



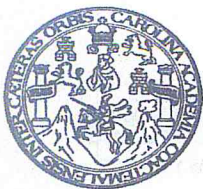
Respetable Licenciado:

Con fundamento en la designación recaída en mi persona por medio de oficio de fecha 28 de abril 2017, dictada por la Unidad de Asesoría de Tesis de la carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario del Centro Universitario de Oriente, respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de rendirle informe sobre la labor que desarrollé como Asesor de Tesis realizada por el Perito **ANTONY RAYMUNDO PALMA AGUILAR**, carné 201043967 cuyo título se denomina de la siguiente forma: **"ANOTACIÓN EN EL PROTOCOLO DE LA EMISIÓN DE LA SEGUNDA Y SUBSIGUIENTES COPIAS SIMPLES LEGALIZADAS DE ESCRITURA PÚBLICA."**

Después de haber revisado el trabajo de tesis del Perito **ANTONY RAYMUNDO PALMA AGUILAR**, considero que el tema es de importancia en el ámbito del derecho Notarial, pues existe un vacío legal en el control de la emisión de las copias simples legalizadas extendidas por los notarios.

Por lo expuesto considero que el trabajo realizado es un aporte para los estudiantes y los profesionales del Derecho.

En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones a que arriba el (la) autor (a) y la bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 29 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias

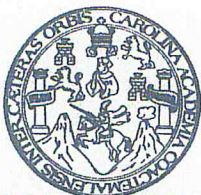


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
CARRERA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES,
ABOGADO Y NOTARIO
UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS



Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente **APROBAR EL TRABAJO DE TESIS ASESORADO**, razón por la cual doy mi **DICTAMEN EN SENTIDO FAVORABLE**.


FIRMA Y SELLO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
CARRERA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES,
ABOGADO Y NOTARIO
UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS



APROBACIÓN DE REVISOR DE TESIS

Chiquimula, 24 de agosto de 2017.

Lic.

Víctor Manuel Cruz Rivera

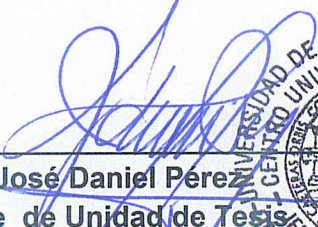
Presente.

Por medio del presente le informo que con fecha 24 de agosto 2017, se recibió el oficio por medio del cual usted manifiesta que acepta colaborar con el estudiante: **Antony Raymundo Palma Aguilar** carné 201043967, en la elaboración de su Tesis con el tema intitulado:

“ANOTACIÓN EN EL PROTOCOLO DE LA EMISIÓN DE LA SEGUNDA Y SUBSIGUIENTES COPIAS SIMPLES LEGALIZADAS DE ESCRITURA PÚBLICA”.

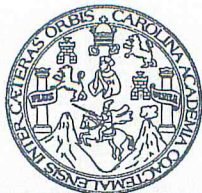
Por tanto,

RESUELVE: Aceptar al **Lic. Víctor Manuel Cruz Rivera** como **REVISOR DE TESIS** del trabajo del estudiante arriba indicado, en virtud, de que llena los requisitos contemplados en el artículo No. 27 del Normativo de Tesis de Graduación de la carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales del Centro Universitario de Oriente.



José Daniel Pérez
Jefe de Unidad de Tesis
Ciencias Jurídicas y Sociales
CUNOR





UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
CARRERA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES,
ABOGADO Y NOTARIO
UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS



DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS

EXPEDIENTE No. 003-2017

Chiquimula, 18 de Septiembre de 2017.

Lic. José Daniel Pérez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro Universitario de Oriente –CUNORI-
Chiquimula.



Respetable Licenciado:

Por este medio quiero rendir dictamen como REVISOR DE LA TESIS del estudiante Antony Raymundo Palma Aguilar, quien hizo su trabajo con el título siguiente: **"ANOTACIÓN EN EL PROTOCOLO DE LA EMISIÓN DE LA SEGUNDA Y SUBSIGUIENTES COPIAS SIMPLES LEGALIZADAS DE ESCRITURA PÚBLICA"**. Se procedió a revisar el trabajo en cuanto al estilo que se requiere para una Tesis y considero que después de haber revisado el trabajo del estudiante: Antony Raymundo Palma Aguilar, y haberse realizado las correcciones necesarias, dicho trabajo cumple con las formalidades de una Tesis, de acuerdo al Normativo de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Por lo expuesto anteriormente, doy mi Dictamen Favorable a la Tesis del estudiante: Antony Raymundo Palma Aguilar, luego de haber efectuado exhaustivamente la revisión respectiva.

De usted respetuosamente,


FIRMA Y SELLO
LICENCIADO
Víctor Manuel Cruz Barrantes
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES,
ABOGADO Y NOTARIO

Chiquimula, 17 de Octubre de 2017.

Lic. José Daniel Pérez
Jefe de Unidad de Tesis
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro Universitario de Oriente –CUNORI–
Chiquimula.

Respetable licenciado:

En cumplimiento de la designación que hiciere esa unidad, procedí a revisar el trabajo de tesis presentado por **ANTONY RAYMUNDO PALMA AGUILAR**, carné 201043967, cuyo título es: **“ANOTACIÓN EN EL PROTOCOLO DE LA EMISIÓN DE LA SEGUNDA Y SUBSIGUIENTES COPIAS SIMPLES LEGALIZADAS DE LA ESCRITURA PÚBLICA”**, por lo que me permito informar a usted que:

- a) Luego de realizarse las correcciones gramaticales, ortográficas y de FORMA sugeridas, el informe final cumple con los requisitos establecidos en el instructivo general para la elaboración y preparación de Tesis.
- b) En consecuencia de lo precedente, **DICTAMINO**: Que el informe final presentado reúne los **REQUISITOS DE FORMA** establecidos en el normativo respectivo, por lo cual puede ser discutido en Examen público, previo a que el sustentante opte al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, deseándole éxitos en su gestión, me suscribo de usted.

Atentamente,


Dra. Gabriela Patricia Portillo Lemus
CONSEJERA DOCENTE DE ESTILO
Colegiado No. 12,521
CUNORI-USAC

“Id y Enseñad a Todos”

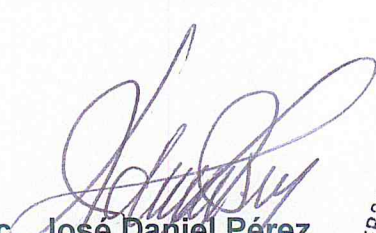


UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS DE LA CARRERA DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES, ABOGADO Y NOTARIO, CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Chiquimula, diecisiete de octubre de dos mil diecisiete.----

ASUNTO: LA DOCTORA GABRIELA PATRICIA PORTILLO LEMUS
DICTAMINO: QUE LA TESIS ANALIZADA REUNE LOS REQUISITOS TANTO DE FONDO COMO DE FORMA ESTABLECIDOS EN EL NORMATIVO RESPECTIVO, POR LO CUAL PUEDE SER DISCUTIDO EN EXAMEN PÚBLICO, PREVIO A QUE EL SUSTENTANTE OPTE A LOS TITULOS DE ABOGADO Y NOTARIO EN EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Providencia No. 18 - 2017: Atentamente pase al Lic. Horacio Humberto Zuchini Morales, Coordinador de la Carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, el trabajo de tesis presentado por el Bachiller **ANTONY RAYMUNDO PALMA AGUILAR** intitulado: "ANOTACIÓN EN EL PROTOCOLO DE LA EMISIÓN DE LA SEGUNDA Y SUBSIGUIENTES COPIAS SIMPLES LEGALIZADAS DE LA ESCRITURA PÚBLICA" para que se proceda con los trámites a donde corresponde.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Lic. José Daniel Pérez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
CUNORI-USAC



**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES,
ABOGADO Y NOTARIO**

COORDINACIÓN DE LA CARRERA DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES, ABOGADO Y NOTARIO. Chiquimula, diecisiete de octubre de dos mil diecisiete.-----

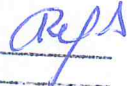
En forma respetuosa pase al **MSc. NERY WALDEMAR GILDAMEZ CABRERA**, Director del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, para que si lo estima procedente dicte la orden de impresión del trabajo de tesis del estudiante **ANTONY RAYMUNDO PALMA AGUILAR**, intitulado **"ANOTACIÓN EN EL PROTOCOLO DE LA EMISIÓN DE LA SEGUNDA Y SUBSIGUIENTES COPIAS SIMPLES LEGALIZADAS DE LA ESCRITURA PÚBLICA"** y en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.


Lic. Horacio Humberto Zuchini Morales
Coordinador de la Carrera de Abogado y Notario
CUNORI-USAC

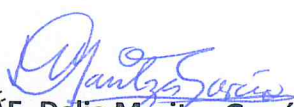


**CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
RECIBIDO - DIRECCIÓN**

24 OCT 2017

Hora: _____ Por: 
No. de Registro: D-1
No. de Folios: - 1 Doc. Tesis




TAE. Delia Maritza García
Secretaria

D-TG-ABYN-137/2017

EL INFRASCRITO DIRECTOR DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, POR ESTE MEDIO HACE CONSTAR QUE: Conoció el Trabajo de Graduación que efectuó el estudiante **ANTONY RAYMUNDO PALMA AGUILAR** titulado **“ANOTACIÓN EN EL PROTOCOLO DE LA EMISIÓN DE LA SEGUNDA Y SUBSIGUIENTES COPIAS SIMPLES LEGALIZADAS DE ESCRITURA PÚBLICA”**, trabajo que cuenta con el aval de su Asesor y el Coordinador de la Unidad de Tesis de la carrera de Abogado y Notario. Por tanto, la Dirección del CUNORI con base a las facultades que le otorga las Normas y Reglamentos de Legislación Universitaria **AUTORIZA** que el documento sea publicado como **Trabajo de Graduación** para obtener el grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, y los títulos de **Abogado y Notario**.

Se extiende la presente en la ciudad de Chiquimula, a siete de noviembre de dos mil diecisiete.

“ID Y ENSEÑAR A TODOS”



MSc. Nery Waldemar Galdámez Cabrera
DIRECTOR
CUNORI – USAC



c.c. Archivo

NWGC/ars

DEDICATORIA

A MI PADRE:

Albino Shiloj Chanchavac, por ser la persona que sin obligación alguna, proporcionó todo elemento necesario para llegar a esta etapa en mi vida, ganándose así el título de Padre.

A MI TIO:

Fredy Zoé Palma, por el apoyo que me brindó de forma incondicional, para superar el estancamiento que en determinado momento estaba.

A LOS CATEDRÁTICOS:

Que aman el conocimiento y se permiten compartirlo para la superación del ser humano; mismos con los que pocas veces tuve la oportunidad de compartir, por su ausencia en tiempos como estos.

A MIS COMPAÑEROS:

Especialmente a aquellos que indirectamente, provocaron en mi el deseo de superación a lo largo de la etapa estudiantil.

AL FILÓSOFO:

Friedrich Wilhelm Nietzsche, por permitirme entender el objeto más profundo que lleva implícita la superación de hombre a través del conocimiento.

AL PUEBLO:

Por permitirme recibir una educación digna y única, esto a través de contribución económica, generada del pago de sus impuestos.

A: La Carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales, por permitir mi formación académica.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, Centro Universitario de Oriente, por ser mi casa de estudio.

PRESENTACIÓN

Esta investigación se realizó sobre la anotación en el protocolo de la emisión de la segunda y subsiguientes copias simples legalizadas de escritura pública, que debería realizarse, por motivo de falta de regulación legal en el Código de Notariado de Guatemala, debido a que genera una serie de conflictos legales, que menoscaban la seguridad jurídica que el Estado tiene como obligación de garantizar.

Con el objetivo de establecer la falta de control existente en la práctica notarial, en cuanto a la emisión de la segunda y subsiguientes copias simples legalizadas de escritura pública, se practicó un estudio a Notarios del municipio de Chiquimula del departamento de Chiquimula, para constatar a la vez la necesidad de anotar al margen del protocolo la emisión de los ya mencionados instrumentos.

El tema investigado pertenece al área del derecho notarial y el método utilizado es de tipo cualitativo, pues se analizó la emisión de la segunda y subsiguientes copias simples legalizadas de escritura pública, para determinar si existe regulación legal sobre el control numérico de la expedición de dichos instrumentos por los Notarios, con el fin de evitar que se comentan actividades ilícitas.

El aporte académico del tema, es adicionar un artículo en el Código de Notariado, atendiendo al principio de unidad de contexto, para regular la anotación en el protocolo de la emisión de una segunda o subsiguientes copias simples legalizadas de escritura pública que extiende un Notario y el procedimiento que debe observarse para llevar un control de la expedición de los instrumentos en mención.

HIPÓTESIS

Con la expedición de copias simples legalizadas de las escrituras públicas por los Notarios, establecida en el artículo 73 del Código de Notariado, se permite la actividad delictiva en el municipio y departamento de Chiquimula, por no existir un control numérico riguroso en la legislación notarial al momento de su expedición.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Luego del análisis realizado, se estableció que la falta de control numérico en la emisión de copias simples legalizadas de escritura pública, da lugar a que se realicen actividades delictivas en el municipio y departamento de Chiquimula; debido a que algunas personas que comparecen para la celebración de distintos contratos en donde se afectan derechos reales, solicitan nuevamente a los Notarios, que se les extienda una segunda o subsiguientes copias simples legalizadas de escritura pública para disponer de bienes que ya no les pertenecen en la realidad; es decir, de los cuales ya no son propietarios, para obtener un beneficio económico (constitución de derechos reales de cualquier índole, una compraventa, donación, etc.); amparados en un instrumento jurídico que puede dar como resultado que se permita actividades ilícitas, esto debido a la mala fe de las personas.

En consecuencia, la ausencia de una normativa que obligue a los Notarios a llevar un riguroso control numérico de la emisión de una segunda o subsiguientes copias simples legalizadas de escritura pública, permite la actividad delictiva por los ciudadanos guatemaltecos en el municipio y departamento de Chiquimula.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	i
 CAPITULO I	
DERECHO NOTARIAL Y EL NOTARIO	
1.1 Conceptos del derecho notarial	01
1.2 Historia	02
1.3 Principios generales del Derecho Notarial	08
1.3.1 Fe Pública	08
1.3.2 De la Forma	09
1.3.3 Autenticación	09
1.3.4 Inmediación	09
1.3.5 Rogación	10
1.3.6 Consentimiento	10
1.3.7 Unidad del Acto	11
1.3.8 Protocolo	11
1.3.9 Seguridad Jurídica	11
1.3.10 Publicidad	12
1.3.11 Unidad de Contexto	13
1.3.12 Función Integral	13
1.3.13 De imparcialidad	14
1.4 Sistemas del Derecho Notarial	14
1.4.1 Sistemas de Derecho Notarial Anglosajón o sajón	15
1.4.2 Sistemas de Derecho Notarial Latino	17
1.5 El notario	20
1.6 Su formación profesional	21
1.7 Requisitos habilitantes	22
1.7.1 Requisitos de carácter civil	22
1.7.2 Requisitos de carácter administrativo	23

1.8 Causas de inhabilitación	24
1.9 Incompatibilidades	25
1.10 La función notarial	28
1.10.1 Funcionarista	28
1.10.2 Profesionalista	29
1.10.3 Ecléctica	29
1.10.4 Autonomista	30
1.11 Finalidades de la Función Notarial	30
1.11.1 Seguridad	30
1.11.2 Valor	31
1.11.3 Permanencia	31

CAPITULO II

EL INSTRUMENTO PÚBLICO Y SUS ELEMENTOS

2.1 Definición de instrumento público	33
2.2 Fines de los instrumentos públicos	33
2.3 Caracteres	34
2.4 Clases de instrumentos	35
2.4.1 Instrumentos públicos principales	35
2.4.2 Instrumentos públicos secundarios	36
2.5 Elementos personales del instrumento público	36
2.5.1 Sujeto	37
2.5.2 Parte	37
2.5.3 Otorgante	38
2.5.4 Compareciente	38
2.5.5 Requirente	38
2.6 Auxiliares del Notario	39
2.6.1 Testigo de conocimiento	39
2.6.2 Testigo instrumental	40
2.6.3 Testigo rogado o de asistencia	40

2.6.4 Interprete	41
2.7 Impugnaciones del instrumento público	41
2.8 Nulidad	42
2.9 Caracteres genéricos y específicos	43
2.10 Clases de Nulidad	43
2.10.1 Nulidad de Fondo	43
2.10.2 Nulidad de Forma	44
2.11 Efectos procesales de ejercitar la acción de nulidad	45
2.12 Falsedad	46
2.12.1 Falsedad Material	46
2.12.2 Falsedad Ideológica	47

CAPITULO III

LA ESCRITURA PÚBLICA Y SUS FORMAS DE REPRODUCCIÓN

3.1 Definición de escritura pública	49
3.2 Clasificación en Guatemala	50
3.2.1 Principales	50
3.2.2 Complementarias	51
3.2.3 Canceladas	51
3.3 Estructura de la Escritura Pública	52
3.3.1 Introducción	53
3.3.2 Cuerpo	54
3.3.3 Conclusión	55
3.4 Requisitos y formalidades	55
3.5 Formas de reproducir la escritura matriz	56
3.5.1 Testimonios, copias o traslados	57
3.5.2 Testimonio	57
3.5.3 Testimonio Especial	59
3.5.4 Copia simple legalizada	59
3.6 Expedición del testimonio	60

3.7 Orden de los testimonios	62
3.8 Forma de extenderlos	62
3.9 Valor probatorio	64

CAPITULO IV

ANOTACIÓN EN EL PROTOCOLO DE LA EMISIÓN DE LA SEGUNDA Y SUBSIGUIENTES COPIAS SIMPLES LEGALIZADAS DE ESCRITURA PÚBLICA

4.1 Regulación legal de la copia simple legalizada de las escrituras públicas, en el Código de Notariado de Guatemala	68
4.2 Responsabilidades del Notario	70
4.2.1 Responsabilidad Penal	72
4.2.2 Responsabilidad Civil	73
4.2.3 Responsabilidad Administrativa	75
4.3 Procedimiento para que el notario lleve un control numérico de la expedición de copias simples legalizadas de las escrituras públicas	77
4.4 Avisos al Archivo General de Protocolos, dependencia de la presidencia del Organismo Judicial	78
4.5 Consecuencias jurídicas derivadas de la ausencia de regulación legal	80
CONCLUSIONES	91
RECOMENDACIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	95
ANEXOS	97

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se basa específicamente en la anotación que el Notario como profesional debería realizar en el protocolo a su cargo, cuando extiende una segunda o subsiguiente copia simple legalizada de una escritura pública a las partes interesadas, situación que es necesaria en base a la formulación de la siguiente hipótesis: ***“Con la expedición de copias simples legalizadas de las escrituras públicas por los Notarios, establecida en el artículo 73 del Código de Notariado, se permite la actividad delictiva en el municipio y departamento de Chiquimula, por no existir un control numérico riguroso en la legislación notarial al momento de su expedición.”***

Con el objetivo de la comprobación de esta hipótesis, se realizó una investigación relativa a la emisión de los instrumentos públicos anteriormente citados estructurada en cuatro capítulos, desarrollando el capítulo I de la manera siguiente: conceptos del derecho notarial, su historia y los principios que sustentan este área del derecho; así mismo, los sistemas del derecho notarial, la clasificación de los sistemas notariales. Es por ello que se hace necesario el estudio de la figura jurídica del profesional del derecho que le da forma jurídica a la voluntad de las partes (Notario).

El capítulo II se desarrolla de la siguiente manera: la definición de instrumento público y los fines que estos tienen, así como sus caracteres, las clases de instrumentos públicos que pueden ser principales y secundarios. Como también los elementos personales del instrumento público que hacen posible la realización del instrumento público. Así mismo, se analizan los auxiliares del Notario como lo son los testigos de conocimiento, instrumental rogado o de asistencia y la función del intérprete. Además de las instituciones básicas que conforman el derecho notarial, es necesario reflexionar sobre las consecuencias legales que implican el problema objeto de investigación, como lo son las impugnaciones del instrumento público, nulidad y las clases de nulidades y la

falsedad que se subdivide en: falsedad material e ideológica.

En el capítulo III, es objeto de análisis la escritura pública, la clasificación en Guatemala que pueden ser principales, complementarias y canceladas, y la estructura de la escritura pública, que es: introducción cuerpo y conclusión. También se desarrolla el tema de requisitos y formalidades, así como la forma de reproducir la escritura matriz, conformando esta la forma de reproducción que se encuentran en el Código de Notariado, siendo estos los testimonios, copias o traslados, testimonio especial y copia simple legalizada, de igual forma el orden y la forma de extender dichos instrumentos y su valor probatorio.

Por último, en el capítulo IV, de dicha investigación se analiza a fondo el tema titulado: la anotación en el protocolo de la emisión de la segunda y subsiguiente copia simple legalizada de la escritura pública, por lo cual se estudia la regulación legal de copia simple legalizada de las escrituras públicas en el Código de Notariado de Guatemala, las responsabilidades del Notario que devienen por el ejercicio de la función notarial; el procedimiento para que un Notario lleve un control numérico de la expedición de los ya mencionados instrumentos y las obligaciones posteriores que se derivan de dicho acto como lo son el aviso al Archivo General de Protocolos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de la ausencia de regulación legal.

En esta serie de capítulos desarrollados, se abordan todos los aspectos que forma la naturaleza jurídica de las segundas y subsiguientes copias simples de escritura pública y la necesidad de una regulación que brinde seguridad jurídica a las personas individuales o jurídicas en cuanto al problema planteado en esta investigación.

CAPÍTULO I

DERECHO NOTARIAL Y EL NOTARIO

1.1 Conceptos de derecho notarial

Giménez Arnau, afirma: *“Es un conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público.”*¹

Oscar Salas, indica lo siguiente: *“Es el conjunto de doctrinas y de normas jurídicas, que regulan la organización del Notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público.”*²

El derecho notarial es definido por diversos autores en atención a distintos criterios, como lo son:

Criterio funcionalista según el autor Savatier, citado por Augusto Diego Laferriere: *“lo ve desde la sociedad, cómo se desempeña el Notario en la sociedad, su función y estudia también la relación entre el Notario y el cliente.”*³

*“Criterio procesalista (Dona): ante el Notario, existe un procedimiento para llegar a la conclusión de un acto auténtico, que no dirime un conflicto, sino que eleva la voluntad de las partes.”*⁴

“Criterio formalista (Núñez Lagos): el derecho notarial es un conjunto de normas que regulan las formalidades de la forma. Crítica: descuida otros aspectos

¹ Giménez-Arnau, Enrique, Derecho Notarial. España. Ediciones Rialp, 1964. 9ª edición. Pág. 30.

² Salas, Oscar A. Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá. Costa Rica, editorial Costa Rica. 1973. Pág. 15.

³ Laferriere, Augusto Diego. Curso de Derecho Notarial, anotaciones efectuadas durante el cursado de la especialización en derecho notarial (FCJS- UNL 2008), - 1a edición Pág.24

⁴ Ibídem.

del Notariado, se queda sólo con el polo formal y se olvida de la función de asesoramiento y la de garantizar la eficacia.”⁵

“Criterio finalista: tiene dos vertientes; 1) Publicista, en el derecho notarial lo importante es la autenticidad. Crítica: es demasiado estrecho, porque se olvida de la función de asesoramiento privatista, y es demasiado amplio porque también hay otros profesionales que autentican; 2) Privatista, cautelar y tutelar los intereses privados.”⁶

“Criterio enciclopédico (Olavarria Tevez): Comprende la teoría de la función notarial, la teoría del documento notarial, la organización del Notariado y la historia del Notariado. Crítica: la historia no es parte del derecho notarial.”⁷

Para finalizar, el derecho notarial tiene por objeto el estudio de los principios y doctrinas que lo conforman para estudiar la función notarial, la teoría formal del instrumento público y la organización del Notario, para el estudio de la presente investigación es necesario analizar la historia de tan importante área del derecho, es por ello que a continuación se realiza.

1.2 Historia

“El derecho notarial como todas las ramas del derecho es producto de una evolución. En un principio los Notarios eran prácticos en la redacción de contratos y actos jurídicos, posteriormente se desarrollaron y adquirieron la fe pública; al inicio, en forma endeble, más tarde consolidada y legislativamente aceptada.”⁸

Los Notarios “*notarii*” utilizaban las notas tironianas, que eran caracteres abreviados, los cuales constituían una especie de escritura taquigráfica que estuvo

⁵ Núñez Lagos, Rafael. Los esquemas conceptuales del instrumento público. Editorial Universidad Notarial de Argentina. La Plata, Argentina, 1967. Pág. 62.

⁶ Lafferriere, Augusto Diego; Op. Cit., Pág. 24.

⁷ Ibíd. Pág. 25.

⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. México. Editorial Porrúa. 1981. Pág. 1.

en uso en la Antigua Roma y en la Edad Media. Tirón recopiló estos signos, y de ahí proviene el nombre de Notas Tironianas, así los que utilizaban tales notas fueron llamados Notarios "*notarii*". Esos caracteres se perfeccionaron poco a poco y pueden ser considerados como los precursores de la taquigrafía moderna.

Los antecesores de los Notarios fueron en un principio única y exclusivamente, redactores de documentos. El Notario, tal como hoy lo concebimos, sólo surge en la historia, cuando el documentador queda investido de la fe pública que el Estado le otorga, para hacer constar y autorizar actos y contratos en los que intervenga. No es fácil precisar exactamente cuando ocurre esto.

Probablemente hasta el siglo XII no adquieren los simples redactores de documentos el poder de dar fe, potestad que hasta entonces había correspondido a Jueces o Magistrados. Pero la aparición del Notario con fe pública no significa que pierda su antigua condición de redactor de documentos. La autenticidad de documentos eleva considerablemente su valor jurídico, pero no transforma esencialmente el quehacer del Notario. Éste, aunque investido del poder de dar fe cumple su función precisamente, porque es hombre sabedor de escribir. Es claro que para redactar un documento destinado a formalizar un negocio jurídico no basta saber escribir. Era necesario también conocer el derecho. Pero aconteció que el derecho que en la práctica se manejaba, a raíz de las invasiones bárbaras y de la destrucción del imperio romano de Occidente, era sumamente rudimentario y sencillo y respondía a los conceptos elementales del primitivo derecho germánico.

Es verdad, que salvo en ciertos momentos de opresión absoluta, los pueblos invasores respetaron el derecho de los vencidos. Pero el principio de la personalidad del derecho debió tener un valor sumamente relativo. En primer lugar, era lógico que los vencidos, procuraran aplicar el propio, por lo menos en todos los supuestos en que los sujetos que intervenían en la relación fueran de origen distinto. En segundo término, el derecho romano que pervivió durante las

épocas de las invasiones germánicas, mutilado e incompleto, sufrió el influjo constante del derecho extraño, aunque también aquél se viera influido paulatinamente por el primero.

Ello determina que el repertorio de los actos jurídicos a través de los cuales se exterioriza la actividad de la persona sea muy reducido. Se trata por lo demás de actos formales, imbuidos de simbolismo, en los que la forma lo es todo o casi todo. Es clásico el ejemplo de los actos traslativos de la propiedad, tal como se practicaba a través de la antigua *"traditio per chartam"*. La función del Notario en el orden jurídico no debió ser, en esta época, demasiado trascendente.

El panorama cambia radicalmente al producirse la llamada recepción de derecho romano. A partir del siglo XII se intensifica y difunde el estudio de las grandes compilaciones *"justiniáneas"* y se inicia en casi todos los pueblos, un movimiento social dirigido a sustituir por el derecho romano el derecho autóctono. Especialmente en la parte Norte de Italia, dominada por los longobardos, triunfó el derecho romano antes que en los demás países europeos, pero en todos ellos, aquel derecho fue considerado insensiblemente como ley común que completaba la legislación particular o estatutaria.

A partir de la Escuela de Bolonia, el Notario queda perfilado definitivamente como jurista. Es cierto que después vienen épocas de corrupción y que el funesto sistema de la enajenación de oficios dio lugar a que la profesión perdiera prestigio y categoría. Con todo, los verdaderos Notarios se mantuvieron más cerca de su línea tradicional. Con relación a estos Notarios, ha escrito De Castro, que el Notario o escribano público fue considerado siempre como oficio de honor, a diferencia del escribano judicial víctima de la general sátira.

La Revolución Francesa, al acabar con el sistema funesto de los oficios enajenados, vuelven las cosas a su ser. A partir de la Ley de 25 Ventosa del año XI de la Revolución, el Notario europeo recupera las calidades que

transitoriamente había perdido. En España la Ley Orgánica del 28 de mayo de 1862, sienta las bases sobre las que hoy se asienta la profesión notarial y gracias a ella, el Notariado español ha recuperado su prestigio y se ha colocado a la cabeza de los Notariados modernos, según se reconoce con unanimidad. Inevitablemente la decadencia durante los siglos XVII y XVIII del Notariado en España, tenía que repercutir sobre su imperio de ultramar, casi desde su nacimiento hasta la emancipación de los países hispanoamericanos. Por fortuna la mayor parte de ellos han sabido superar la época de crisis, y también algunos Notariados hermanos son honra y prestigio de la unión internacional. Al estudiar la evolución histórica del Notariado encontramos diferentes personajes, que sin tener rasgos del Notariado actual, tienen la tarea de dejar escrita la historia. Es así como en México, mucho antes del descubrimiento de América, se afirma que no existieron Notarios; sin embargo, se menciona al “*Tlacuilo*” como un funcionario al estilo del escriba egipcio. El Tlacuilo por la actividad que desempeñaba es el antepasado del escribano, coincidía por su ocupación con los Escribas, Tabularii, Chartullarii, Cancelari y Tabeliones de otras épocas. Tlacuilo era el artesano azteca que tenía la función de dejar constancia de los acontecimientos, por medio de signos ideográficos y pinturas para guardar memoria de ellos de una manera creíble. Con el nombre de Tlacuilo se designaba tanto a los escritores como a los pintores.

El autor Oscar Salas, citado por Nery Roberto Muñoz, dice que: *“las primeras agrupaciones humanas no necesitaron de Notario. Lo reducido del grupo permitía que los actos jurídicos fueran conocidos por todos. La invención de la escritura aceleró el proceso, pues con ella se dejaba exacta memoria de lo sucedido. Esto hizo necesario la intervención de alguien que supiera escribir y que conociera también de las formalidades, que fueron sustituyendo a los antiguos ritos o solemnidades con el mismo fin, de dar a la expresión de la voluntad, un sentido inequívoco. Estos llamados escribas, junto con los testigos requeridos,*

ocuparon el lugar del grupo social para dar fe o testimonio de los actos ocurridos en su presencia.”⁹

En algunos pueblos primitivos el escriba formaba parte de la organización religiosa, en otros de la judicatura. Lo primero ocurrió en Egipto, donde la alta estima que se tenía de quienes desempeñaban estas funciones, se deduce del hecho de que entre las deidades, había un escriba de los dioses llamado Thot, protector de los escribas de la tierra. Éstos, estaban adscritos a las distintas ramas del gobierno, teniendo como función primordial la redacción de los documentos concernientes al Estado y a los particulares. Sin embargo, su intervención no daba autenticidad al documento, pues para lograrla, debía tener estampado el sello de sacerdote o magistrado de jerarquía similar. En cambio en Babilonia, desde por lo menos 4,000 años antes de Cristo, los escribas eran asistentes de los jueces. Se acudía a ellos para dar forma de sentencia judicial a los contratos y revestirlos así de autenticidad y fuerza ejecutiva.

Los escribas hebreos eran de distintas clases. Unos guardaban constancia y daban fe de los actos y decisiones del Rey. Otros pertenecían a la clase sacerdotal y daban testimonio de los libros bíblicos que conservaban, reproducían e interpretaban. Había también escribas del Estado, cuyas funciones consistían en actuar como secretarios del consejo estatal y colaboradores de los tribunales de justicia del Estado. Pero además, había entre ellos otra clase de escribas, mucho más parecidos a los Notarios actuales: los escribas del pueblo, que redactaban en forma apropiada los contratos privados. La fehaciencia, solamente se lograba mediante la fijación del sello de superior jerarquía del escriba, pues no estaba delegada en éste la fe pública, sino reservada al primero. Por tal razón, se ha querido ver en el escriba del pueblo un simple amanuense. Sin embargo, el sello del escriba también era necesario, aunque no bastaba.

⁹ Muñóz, Nery Roberto. Introducción al estudio del derecho notarial. Infoconsult Editores. 15^a. edición. Guatemala, 2013. Pág.8.

El autor Oscar Salas citado por Nery Roberto Muñoz dice que: *“En Grecia, existieron funcionarios en los que algunos autores han creído hallar ciertas analogías, no muy precisas, con el Notario actual. Tales eran los Síngrafos, que formalizaban contratos por escrito, entregándolo a las partes para su firma, y los Apógrafos, copistas de los tribunales. También existían otros llamados Mnemon, entre los cuales se mencionan los Hyeromnmon, archiveros de los textos sagrados y redactores de ciertos documentos de toda clase, bajo la autoridad de superiores jerárquicos llamados Promnemon.”*¹⁰

En Roma, los Scriba conservaban los archivos judiciales y daban forma escrita a las resoluciones de los magistrados. Los “*Notarii*”, también adscritos a la organización judicial, escuchaban a los litigantes y testigos y ponían por escrito, en forma ordenada y sintética, el contenido de sus exposiciones. Más que a los Notarios actuales, se parecen por su función, a los taquígrafos de hoy. Los Chartularii, además de la redacción del instrumento, tenían a su cargo su conservación y custodia. Los Tabularii eran contadores del fisco y archiveros de documentos públicos, pero complemento de sus funciones, fueron encargándose de la formalización de testamentos y contratos, que conservaban en sus archivos, hasta convertirse en los Tabellio, que se dedicaron exclusivamente a estas actividades y en quienes se reunieron en la etapa final de la evolución, algunos de los caracteres distintivos del Notario latino: el de hombre versado en derecho, el de consejero de las partes y el de redactor del instrumento, aunque su autenticidad, que le confería la condición de documento público, no se lograba sino mediante la insinuatio. Consistía ésta, en la presentación del instrumento ante una corte compuesta de un magistrado que la presidía, tres curiales y un canceller o exceptor, que desempeñaba las funciones de actuario. A pesar de no haber indicios acerca de la existencia del Notariado desde las tribus primitivas, es indudable que esta institución tiene sus orígenes en los albores de la vida socialmente organizada del hombre.

¹⁰ Muñoz, Nery Roberto. Op. Cit., Pág. 10.

El derecho notarial en sus inicios no se consideraba parte del derecho, de tal modo que no contaba con fe pública, lo que hoy por hoy es una de los principios fundamentales de esta disciplina del derecho. La fe pública se adquirió a través del tiempo y por las necesidades que representó para la sociedad. Las personas que ejercían esta función eran consideradas como personas que eran capaces de leer y escribir y que auxiliaban al rey o a algún funcionario de un pueblo para redactar textos.

En tiempos remotos de Egipto, Palestina, Grecia y Roma, ya se encuentra al más lejano ancestro del Notario actual, bajo el nombre de escriba, cuando los Códigos más antiguos, como el de Hamurabi y el del Manú, aún sin hallarse definida la función notarial, está probado que ya existía el escriba porque se le halla precisamente, como elemento esencial de la organización jurídica y administrativa de los reinos.

Luego de conocer y abordar la historia del derecho notarial es preciso analizar cada uno de los principios que lo fundamentan en la actualidad y esto con el objeto de tener un amplio panorama sobre las distintas instituciones que se relacionan a lo largo de la investigación del tema central de la investigación.

1.3 Principios generales del Derecho Notarial

Los principios, son bases y fundamentos esenciales en los cuales se basa una ciencia, doctrina o estudio. El derecho notarial se basa en principios propios que se analizan a continuación:

1.3.1 Fe pública

Consiste en la veracidad que se presume de los actos realizados y presenciados por un Notario, el Estado otorga tal investidura a los Notarios, ya que

es precisamente la fe pública la que los distingue de cualquier particular redactando documentos.

Según el Código de Notariado de Guatemala este principio se encuentra regulado en el Artículo 1 en donde se establece los siguientes: *“El Notario tiene fe pública.”*

1.3.2 De la forma

El Derecho Notarial es eminentemente formalista, ya que el Código de Notariado en el Artículo 29, el cual en los 12 numerales indica que al redactar una escritura pública, se deben cumplir con las formalidades de la misma y las del acto o contrato que se esté documentando.

1.3.3 Autenticación

Para que un instrumento público sea fehaciente, necesita no sólo ser redactado por un Notario (directa o indirectamente), sino que dicho instrumento sea firmado y sellado por él, a eso se le llama autenticación. La firma y sello del Notario, deben estar registradas en la Corte Suprema de Justicia.

Este principio se encuentra en el Artículo 29 numeral 12 del Decreto 314 el cual establece: *“Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del Notario...”*

1.3.4 Inmediación

El Derecho Notarial funciona como un triángulo invisible. Los particulares que desean realizar una diligencia notarial, deben hacerlo ante un Notario, el cual lo hará a través de un instrumento público. El Notario puede dar fe sólo de hechos y circunstancias que le constan, que él directamente ha percibido al presenciar

determinado acto, de allí radica la importancia de la intermediación por parte del Notario en las diligencias para las cuales es requerido.

Debido a la relación intrínseca que existe entre el principio de intermediación y autenticación, la regulación legal puede encontrarse en el ya citado Artículo, pues establece la intervención de principio a fin en el otorgamiento de un instrumento público; esto se ve reflejado en la obligación que el Notario tiene de colocar las palabras “*Ante mí*”, antes de la autenticación que realiza con su firma y en casos excepcionales con la obligatoriedad del uso de su sello.

1.3.5 Rogación

Este principio del Derecho Notarial se caracteriza porque el Notario debe actuar solo por mandato legal o porque ha sido requerido por alguien. El Código de Notariado en el Artículo 1 establece que: *“El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.”*

El Notario, no puede actuar de oficio. Son las partes interesadas las que acuden a un Notario y solicitan que éste les tramite algún tipo de diligencias, aunque el Código establece que también puede darse por disposición de la ley.

1.3.6 Consentimiento

El consentimiento se deriva directamente de la voluntad de los otorgantes, nadie puede obligar a otra persona a que haga algo que ésta no desee. El consentimiento; además de la capacidad y el objeto lícito; es uno de los elementos esenciales para la celebración de un negocio jurídico. La forma en la que se exterioriza el consentimiento es la firma, a menos que se demuestre por medio de impugnación que existe nulidad o falsedad.

Es un principio y a la vez uno de los requisitos que debe observarse para redactar un instrumento público; encontrándose regulado en el numeral 10 del Artículo 29 del Código de Notariado siendo equivalente a la ratificación y aceptación de los interesados.

1.3.7 Unidad del acto

Este principio consiste en que el instrumento público se debe realizar sin interrupción alguna. Esto es con el fin de que las partes tengan la certeza de lo que obra en dicho instrumento público, por esa razón; los instrumentos públicos son debidamente fechados.

Existe una relación entre el principio de unidad del acto e inmediación, pues ambos son necesarios para la autorización de un instrumento público. Especialmente se evidencia en el Código de Notariado en el Artículo 42 numeral 8 que establece la intervención del Notario y los otorgantes en un mismo acto.

1.3.8 Protocolo

Según el Artículo 8 del Código de Notariado, protocolo *“es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el Notario registra...”* El Notario no es dueño del protocolo, según la legislación notarial de Guatemala, especialmente el Decreto 314 en su Artículo 19 establece que es un depositario. Esto se debe a que el protocolo es esencial para la función pública, ya que en el se contiene escrituras matrices en donde se realizan todos los actos concernientes a dicha función.

1.3.9 Seguridad jurídica

Este principio también es denominado como certeza jurídica, surgen gracias a la fe pública de la cual es investido el Notario, la que es otorgada por el Estado. El Código Procesal Civil y Mercantil, en el Artículo 186 establece que: *“Los documentos autorizados por Notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad.”*

De nada serviría la función notarial, si ésta no garantiza a los particulares que acuden a ella; seguridad jurídica frente al Estado, frente a terceros y frente a ellos mismos, podemos concluir que un instrumento público autorizado por un Notario hace plena prueba siempre y cuanto no sea redargüido de nulidad.

1.3.10 Publicidad

Principio propio del Derecho Notarial, consistente en que la actuación notarial debe ser pública, el Artículo 22 del Código de Notariado establece que: *“Las escrituras matrices podrán consultarse por cualquier persona que tenga interés, en presencia del Notario, exceptuándose los testamentos y donaciones por causa de muerte, mientras vivan los otorgantes, pues sólo a ellos corresponde ese derecho.”*

Si el Notario se negare a exhibir la escritura, el Juez de Primera Instancia de su jurisdicción, previa audiencia por veinticuatro horas, que dará al Notario, dictará la resolución que corresponda.”

Se analizan tres aspectos importantes del artículo anteriormente citado:

1. Uno de los requisitos para que la persona pueda consultar la escritura matriz consisten en que la persona debe ser parte interesada en las diligencias y consultar la escritura matriz en presencia del Notario.
2. La excepción a este principio son los testamentos y donaciones por causa de muerte, debido a la naturaleza de las diligencias, porque no es ético y lógico revelar la disposición de última voluntad de una persona en cuanto a su patrimonio debido a las implicaciones que estas puede llevar por familiares en cuanto a las decisiones que se el testador tome en cuanto a la distribución de se haber.
3. El Juez podrá resolver ordenando al Notario que exhiba la escritura que se le solicita, siempre y cuando no lo haga el Notario a requerimiento del interesado en el plazo que establece la legislación.

1.3.11 Unidad de contexto

En Guatemala históricamente existió una variedad de Decretos relativos al Derecho Notarial, lo que hizo necesario con el transcurso de los años se diera una unificación y es lo que hoy se conoce como Código de Notariado, que entró en vigencia en 1947, Código que actualmente se encuentra vigente. Los legisladores que tuvieron la ardua labor de crear el Código de Notariado actual, previeron una forma de evitar que ocurriera con dicho cuerpo normativo la división que sucedió con el anterior, por lo que; al pretender incluir una reforma, debe hacerse agregándose al Código vigente, tal como se establece en el Artículo 110 del Código de Notariado.

1.2.12 Función integral

Consiste en que el Notario está obligado a cumplir con todas las obligaciones posteriores que cualquier diligencia traiga consigo. Algunos ejemplos

que podemos citar en la presente investigación es que el Notario autorizante de cualquier tipo de contratos, tomemos como supuesto tipo la compraventa, al momento de terminar la escritura correspondiente y de otorgar la autorización las partes y el Notario, se ve obligado en extender en primer testimonio o primera copia simple legalizada, así mismo enviar un testimonio especial al Archivo General de Protocolos, estas obligaciones posteriores se encuentran reguladas en los Artículos 37 literal a) y el 73 del Decreto 314.

1.3.13 De imparcialidad

Se basa en que el Notario se debe a ambas partes, no solo a una. Lo que significa que debe velar por la justicia y equidad en las diligencias que realiza en función de su cargo, porque es un depositario de la confianza pública; y esto, no le permite tomar parte en ninguna de las diligencias que realiza, Por lo que debe en todo momento velar por el interés social, y en el caso concreto, por el bienestar de ambas partes.

1.4 Sistemas del derecho notarial

Los sistemas notariales se dividen según las exigencias de cada uno de los países en cuanto a las formalidades que se deben seguir para la elaboración de los distintos documentos, ya sean estos públicos o privados.

El jurista argentino Gattari, distingue los sistemas de Notariado en: *“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.”*¹¹

¹¹ Gattari, Carlos Nicolás; Manual de Derecho Notarial, 2 Edición. 1ra reimpresión. - Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011. Pág.309.

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.

En Guatemala, los criterios que se mezclan para el ejercicio del Notariado es el criterio de la función notarial y aquél que la determina con base en el grado de independencia con que se ejerce el Notario, con respecto de los poderes del Estado -segundo y tercer criterio de clasificación-. De esta manera podemos concluir que para nuestro estudio nos centraremos en los sistemas notariales siguientes.

1.4.1 Sistema de derecho notarial anglosajón o sajón

El sistema de derecho notarial anglosajón o sajón es de carácter privado, la función de los Notarios es en algunos casos 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 buena moral, buenas costumbres y de conducta recta. Su ejercicio es de carácter privado, pero los requisitos que se deben cumplir para su ejercicio los establece el Estado.

Para el ejercicio del Notariado no es indispensable el ser profesional, pues basta la idoneidad del solicitante, tal como lo señala Salas: *“entre los requisitos para la obtención del cargo de Notario, privan las buenas condiciones morales del solicitante. No se requieren conocimientos jurídicos especiales”*.¹²

Este tipo de sistema se ha desarrollado en Estados Unidos, Inglaterra, Noruega, y Suecia entre otros países. 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.

Las características que presenta este sistema son las siguientes:

1. Idoneidad moral del sujeto
2. No existe protocolo o libro de registro es decir se redacta en hoja de papel bond
3. No es requisito ser profesional en derecho y;
4. Es un oficio privado por lo que el Notario actúa como testigo profesional

Para el ejercicio del Notariado en este sistema no se exige que la persona sea un profesional del derecho, pero en algunos países que adoptan esta modalidad exigen algunos cursos básicos como por ejemplo en los Estados Unidos de Norte América, teniendo diferentes requisitos en sus diferentes estados para el ejercicio de esta actividad.

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

¹² Salas, Oscar A. Op, cit., Pág. 234.

característica, señala una de las marcadas diferencias que constituye un elemento básico para el ejercicio profesional del Notariado; Todo lo contrario con el sistema sajón en donde los protocolos no existen, por lo que inmediatamente después de autorizar un documento, el Notario, devuelve el original a los interesados, careciendo de una seguridad jurídica de los documentos faccionados por el Notario.

Por norma general, la forma de los instrumentos no exige mayor número de requisitos como lo afirma el autor Giménez-Arnau, *“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.”*¹³

Para concluir, con este sistema notarial podemos argumentar que una de las como característica principal es el hecho que el Notario, al ser un profesional libre, no está obligado a una colegiación forzosa. Así el Notario sajón no tiene una responsabilidad como en el sistema latino.

1.4.2 Sistemas de derecho notarial 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.

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,

¹³ Giménez-Arnau, Enrique. Op. Cit., Pág. 77.

El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Panamá, Perú, México, Puerto Rico, Québec (Canadá) y Louisiana (EE.UU.).

En este sistema el número de oficinas de notariado 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, las que pueden ser: exigir a los Notarios dedicación exclusiva a su función, prohibiéndoles litigar, ocupar cargos públicos, o dedicarse simultáneamente a otras actividades.

Como desventaja se puede ser que 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.

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 registra todos los instrumentos públicos autorizados por su persona, y en virtud de ello, le recae sobre él, exclusiva responsabilidad por su guarda y conservación, siendo el Notario depositario y no propietario del mismo.

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.

Las diferencias que existen en el sistema notarial anglosajón y el sistema latino son las siguientes:

1. En el sistema latino se requiere de una formación académica universitaria en el área jurídica. En Guatemala el inciso 2 del Artículo 2 del Código de Notariado establece que: “Para ejercer el Notariado se requiere....Haber obtenido el título facultativo en la República o la incorporación con arreglo a la ley”, lo que es el sistema sajón no es necesario.
2. El Notario es considerado como un profesional liberal, que ejerce una función pública en virtud de una delegación de poder que concede el Estado, todo lo contrario en el sistema anglosajón en donde los Notarios dependen de la administración del Estado para el ejercicio de su función.
3. Otra diferencia, es que en el sistema latino existe el protocolo, el cual se define para la legislación guatemalteca como una colección ordenada de escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el Notario registra de conformidad con la ley.
4. 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.

Para concluir con este tema es preciso destacar, que según las características de la legislación guatemalteca notarial, podemos afirmar que el sistema que se utiliza en nuestro país es el sistema latino o francés; como bien lo indicamos al inicio del sub tema en cuanto a los países que lo adopta se encuentra Guatemala y esto es porque para ejercer dicha actividad se necesita un título universitario, un protocolo, una colegiación obligatoria, entre otras cosa que analizaremos a continuación como lo es la persona que ejecuta las actividades mencionadas en análisis.

1.5 El Notario

“Es el funcionario público, que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del poder del Estado, y por lo mismo, revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función, autentica las relaciones jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo al estudio, explicación y aplicación del Derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene.”¹⁴

Por su parte Cabanellas, da la definición legal del Notario español, la cual también preceptúa que el Notario, *“es un funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.”¹⁵*

La legislación de Guatemala no define lo que es el Notario, únicamente se limita a establecer que: *“El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte”*; en el Artículo 1 del Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República.

¹⁴ González, Carlos Emérito. Derecho Notarial. Editorial la ley, S.A. Buenos Aires, Argentina.1971. Pág. 143.

¹⁵ Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta. SRL. Undécima edición. 1993. Pág. 215.

Por último, cabe mencionar la definición de Notario latino aprobada en el Primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires Argentina en 1948, que dice: *“El Notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.”*

Definitivamente de todas las definiciones anotadas, la más aceptada es esta última, en donde se establece que el Notario, es un profesional del derecho encargado de una función pública, descartando que sea “funcionario público”.

Para concluir con este sub tema que nos ocupa la presente se puede argumentar que es la persona encargada de recibir, interpretar y dar forma jurídica a las diversas manifestaciones de voluntades que le presenten los interesados, siempre observando los parámetros legales que se establecen para tal función y a la vez prever cada una de las consecuencias jurídicas que pueda desprender su actuación.

1.6 Su formación profesional

La formación profesional del Notario guatemalteco tiene origen, con la obtención del título facultativo en la República, lo que obliga al aspirante a Notario a poseer los conocimientos necesarios en el campo del derecho y un título universitario que le permita el ejercicio de la profesión, el cual puede obtener en cualquier universidad del país que cuente con la carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario.

Ahora bien, cuando el título hubiera sido obtenido en el extranjero es necesaria la incorporación del mismo, la que es realizada con exclusividad por la

Universidad de San Carlos de Guatemala a través de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de conformidad con lo regulado en el Artículo 87 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

1.7 Requisitos habilitantes

Para el ejercicio del Notariado en Guatemala es necesario cumplir con determinados requisitos habilitantes, los cuales se encuentran establecidos en el Código de Notariado en el Artículo 2 y que estos a su vez se pueden dividir en los siguientes:

1.7.1 Requisitos de carácter civil

Los requisitos habilitantes para el ejercicio del Notariado de carácter civil son los siguientes:

1. Ser guatemalteco natural, denominación que actualmente debe entenderse como guatemalteco de origen, tal como lo establece la Constitución Política de la República, en el Artículo 144, que indica: *“Son guatemaltecos de origen, los nacidos en el territorio de la República de Guatemala, naves y aeronaves guatemaltecas y los hijos de padre o madre guatemaltecos, nacidos en el extranjero. Se exceptúan los hijos de los diplomáticos y de quienes ejerzan cargos legalmente equiparados.”*

Así mismo en el Artículo 146 del mismo cuerpo normativo se establece la Naturalización. *“Son guatemaltecos, quienes obtengan su naturalización de conformidad con la ley. Los guatemaltecos naturalizados, tiene los mismos derechos que los de origen, salvo las limitaciones que establece esta Constitución.”*

2. Ser mayor de edad, la cual se adquiere al cumplir 18 años de edad, como lo regula el Código Civil en el Artículo 8.
3. Del estado seglar, significa que el Notario no debe ser ministro de ningún culto.
4. Domiciliado en la República, lo cual se conoce como el deber de residencia y es la norma que posibilita al Notario el ejercicio libre del Notariado en cualquier lugar de la República de Guatemala.

1.7.2 Requisitos de carácter administrativo

Los requisitos de carácter administrativo que deben llenarse para el ejercicio del Notariado son:

1. Registrar en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales.
2. Ser de notoria honradez, lo cual se realiza por medio de un informe de la decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de cada universidad.
3. La colegiación profesional obligatoria cuya finalidad es la superación moral, científica, técnica y material de los profesionales universitarios; dicha obligación se encuentra establecida en el Artículo 90 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Además existen otros requisitos habilitantes que aunque no están establecidos en el Código de Notariado deben cumplirse para el ejercicio de la función notarial, estos son:

1. Registrar firma y sello en el Registro de la Propiedad para la recepción de los testimonios.

2. Registrar firma y sello en la Superintendencia de Administración Tributaria para la venta del papel sellado especial para protocolos.

3. Registrar los títulos en la Contraloría General de Cuentas para el pago de los impuestos correspondientes.

1.8 Causas de inhabilitación

Son todas aquellas circunstancias que impiden el ejercicio del Notariado, de carácter permanente, total o absoluto y que deben ser declaradas por el órgano correspondiente mediante un procedimiento previo. Dichas causas se encuentran regulas en el Artículo 3 del Código de Notariado. En Guatemala la inhabilitación puede ser declara por los siguientes órganos:

1. Corte Suprema de Justicia.
2. Tribunales de Sentencia; y
3. Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

Las causas de inhabilitación o impedimentos para el ejercicio del Notario son las siguientes:

1. Los civilmente incapaces, a los cuales el ordenamiento jurídico civil define como aquellas personas que adolezcan de enfermedad mental que los priva de discernimiento y que deben ser declarados en estado de interdicción, de conformidad con lo regulado en los Artículos 9 al 14, del Código Civil.

2. Toxicómanos y ebrios habituales.

3. Ciegos, sordos y mudos y los que adolezcan de cualquier otro defecto físico o mental que les impida el correcto desempeño de su cometido.

4. Los que hubieran sido condenados por alguno de los delitos enumerados a continuación: falsedad, robo, hurto, estafa, quiebra o insolvencia fraudulenta, cohecho e infidelidad en la custodia de documentos y en los casos de prevaricato y malversación. El Notario será sancionado de conformidad con el Código Penal y a través del Tribunal de Sentencia.
5. Por faltar a la ética, siendo sancionado en dicho caso por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

1.9 Incompatibilidades

De conformidad con la legislación notarial guatemalteca en el Artículo 4 del Decreto 314, se establecen algunas causas que son incompatibles con el ejercicio de la profesión del Notario, las cuales continuación enlistaremos:

1. Los que tengan auto de prisión motivado por alguno de los delitos a que se refiere el inciso 4o. del artículo anterior.

Este numeral esta íntimamente relacionado con en el Artículo 3 del Código de Notariado especialmente con el numeral 4 en donde establece figuras delictivas en que puede incurrir la persona que esta habilitada para el ejercicio del Notariado, siempre y cuando un Juzgado de Primera Instancia del Ramo Penal emita una resolución en la cual se establezca la prisión preventiva del Notario.

2. Los que desempeñen cargo público que lleve aneja jurisdicción.

Esto significa que los Notarios que ejerzan un empleo en el que se vea involucrada la competencia para conocer determinados asuntos establecidos por la ley; son incompatibles para ejercer la actividad de

Notariado. Por ejemplo el abogado y Notario que es Registrador de la Propiedad no puede ejercer actividades relativas a cartular.

3. Los funcionarios y empleados de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las municipalidades que devenguen sueldos del Estado o del municipio y el Presidente del Congreso de la República.

Analizando este inciso se deduce que existe prohibición absoluta para todos los Notarios que trabajen para el Estado de Guatemala y perciban un salario u honorarios provenientes de los fondos de la Republica y esto tiene lógica porque si no se establece este impedimento se esta violentando el principio de imparcialidad y como en algún momento se dice coloquialmente una persona no puede servir a dos amos. Esto significa que para la eficiencia y calidad de la labor pública se debe establecer esta limitante para los Notarios.

4. Los que no hallan cumplido durante un trimestre del año civil, o más, con las obligaciones que impone el Artículo 37 de este Código. Los Notarios que se encuentren en este caso podrán expedir los testimonios especiales atrasados con, los requisitos que establece este Código, a efecto de subsanar dicho impedimento.

Este precepto legal es de gran importancia para el ejercicio del Notariado, ya que sancionada a todos los Notarios que no cumplan con todas las obligaciones que establece la ley especialmente las que se establecen en el Artículo 37 del Decreto 314 en donde se establece lo siguiente:

“El Notario y los jueces de 1ª Instancia, cuando estén facultados para cartular, deben cumplir las siguientes obligaciones:

a) Remitir al Director del Archivo General de Protocolos, dentro de los veinticinco días hábiles siguientes al otorgamiento de cada escritura pública, testimonio especial en papel sellado del menor valor, con los timbres adheridos de conformidad con la ley. En los departamentos de la República, excluyendo al de Guatemala, el Notario podrá entregar dichos testimonios al Juez de la Instancia, quien extenderá el comprobante respectivo y los remitirá inmediatamente al Archivo General de Protocolos. Cuando se trate de testamentos o donaciones por causa de muerte, así como sus modificaciones o revocaciones, el testimonio se entregará en plica firmada y sellada por el Notario, expresando en la misma, el número de orden, lugar, fecha, hora y objeto del instrumento, nombre del otorgante, así como el número y registro de las hojas de papel de protocolo en el que fue extendido.

b) Dar aviso dentro del término indicado en la literal anterior, y ante la misma dependencia de la Corte Suprema de Justicia o ante los funcionarios judiciales indicados, según el caso, de los instrumentos públicos cancelados, de los cuales no podrá extender copia o testimonio. El aviso se enviará en papel sellado del menor valor y contendrá el número y la fecha del instrumento cancelado;

c) Remitir un aviso al Archivo General de Protocolos, o a los Jueces de Primera Instancia, en su caso, dentro de los 25 días hábiles siguientes al vencimiento de cada trimestre de cada año calendario, en papel sellado del menor valor, indicando el número y fecha del último instrumento público autorizado o cancelado, o en su caso que no autorizó ninguno durante el trimestre que corresponda...

...El Notario a quien se le hubiere incluido en la lista referida quedará comprendido automáticamente en el impedimento para el ejercicio de su profesión, establecido en el inciso 4o. del Artículo 4 del Código de Notariado tal y como aparece modificado por la presente ley;...”

De lo anterior podemos concluir que los Notarios que no cumplan con las obligaciones establecidas en este artículo serán inhabilitados temporalmente para el ejercicio de esta actividad; es por ello que se debe tomar en cuenta cada una de las obligaciones posteriores y observar los plazos establecidos para evitar incurrir en estas sanciones temporales.

1.10 Función Notarial

La función notarial es un sinónimo de la actividad que despliega el Notario. Son las diversas actividades que realiza el Notario.

La actividad que lleva a cabo el Notario se le denomina función notarial y consiste en la actividad del Notario denominada también el quehacer notarial. Lo que se puede traducir como la verdadera y propia denominación de las tareas que despliega el Notario guatemalteco en el proceso de formación y autorización del instrumento público.

En Guatemala, *“el Notario no es un funcionario público, es un profesional del derecho que presta una función pública.”*¹⁶

Para entender mejor este tema es necesario estudiar las teorías que se establecen acerca de la función notarial siendo estas las siguientes:

1.10.1 Funcionarista

“Se dice en defensa de ella que el Notario actúa en nombre del Estado, que algunas leyes lo definen como funcionario público investido de fe para autenticar y legitimar los actos que requieren su intervención y que el origen mismo de la institución, tanto si se sitúa en los tabeliones romanos o en los iudice chartularii de la Edad Media, sugiere que se trata de una función pública desempeñada

¹⁶ Muñóz, Nery Roberto. Op. Cit., Pág. 95.

*primeramente por funcionarios estatales y que el Estado delegó después en los Notarios.”*¹⁷

Esta teoría afirma que el Notario debe actuar en nombre del Estado definiéndolo como un funcionario público porque se encuentra investido de fe para legitimar y autenticar actos en los cuales sea requerida su intervención.

1.10.2 Profesionalista

Los argumentos en los que se fundamenta la teoría profesionalista se basan en la construcción jurídica consistente en un ataque al carácter de función pública que se atribuye a la actividad notarial.

El recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, lejos de ser una función pública, es un quehacer eminentemente profesional y técnico.

1.10.3 Ecléctica

Esta es la teoría que adopta Guatemala, debido a que se acepta que el Notario ejerce una función pública sui generis, debido a que es independiente, y no se encuentra enrolado en la administración pública porque no devenga un salario del Estado, pero por la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza, tiene un respaldo del Estado, por la fe pública que ostenta, pero no representa al Estado.

Además, lleva a cabo sus actuaciones por sí mismo y su función la presta a los particulares, quienes se encargan de cancelarle los honorarios por la prestación de sus servicios.

¹⁷ Salas, Oscar A. Op. Cit., Pág. 96.

Los Notarios son profesionales del derecho encargados de una función pública y es por ello que la teoría ecléctica es la que se adopta en Guatemala.

1.10.4 Autonomista

La posición autonomista reconoce indisolublemente ambos caracteres, o sea el de profesional y el de documentador, pero no le otorga carácter de función pública del Estado a esta última, distinguiéndose al Notario con la designación de oficial público.

Establece que para la figura del Notario una situación nueva, independiente de ambos extremos, en suma, una situación autónoma. Además, exige que el Notariado sea ejercido como una profesión libre e independiente.

El Notario como oficial público se encarga de la observación de las normas jurídicas.

1.11 Finalidades de la función notarial

A continuación se realiza un estudio de forma breve las finalidades de la función notarial, siendo las siguientes:

1.11.1 Seguridad

Consiste en la calidad de seguridad y de firmeza que se da al documento notarial. Busca la seguridad y el análisis de la competencia que lleva a cabo el Notario, la perfección jurídica de su obra para lo cual tiene que llevar a cabo juicios de capacidad y de identidad.

1.11.2 Valor

“Implica utilidad, aptitud, fuerza, eficacia para producir efectos. El Notario, además da a las cosas un valor jurídico. Este valor tiene una amplitud que es el valor frente a terceros. No se tiene que confundir el valor como fin de la función notarial con la validez del negocio del documento, pues ésta implica viabilidad y en cambio el valor es la eficacia de la fuerza que otorga la intervención del Notario entre partes y frente a terceros.”¹⁸

1.11.3 Permanencia

Esta finalidad se relaciona directamente con el tiempo. El documento notarial se elabora para que tenga consecuencias jurídicas presentes y futuras.

“El documento privado es perecedero, se deteriora fácilmente, se extravía, se destruye con más facilidad y por lo tanto es inseguro. En cambio, el documento notarial es permanente e indeleble, o sea que tiende a no sufrir mudanza alguna. Hay varios medios adecuados para lograr esa permanencia: el Notario actúa en el momento, para dar seguridad, valor y permanencia; existen procedimientos para que el documento sea indeleble. Hay procedimientos para conservar los documentos y la permanencia misma, que garantiza la reproducción auténtica del acto.”¹⁹

Es así como concluimos el primer capítulo de la presente investigación en donde se abordaron los temas fundamentales concernientes al derecho notarial, su historia, los sistemas notariales que lo conforman, que se entiende por la palabra Notario, que se debe hacer para ser Notario, de que forma se habilita para el ejercicio de esta función y cuales son las causas que hacen incompatible el ejercicio de esta profesión; así como también la función del Notario y las

¹⁸ Carral y de Teresa, Luis. Derecho notarial y Derecho registral. México, editorial Porrúa. 2004. 16ª edición. Pág. 44.

¹⁹ Muñoz, Nery Roberto. Op. Cit., Pág.105.

finalidades del que hacer del Notario. El estudio de los temas anteriores es de vital importancia para poder entender y analizar los siguientes temas que constituyen los pilares del problema de la investigación como lo son el instrumento público y los elementos que lo integran, entendiéndose que el único autor material del mismo es el Notario como ya se indicó anteriormente es por ello que es de importancia el análisis del capítulo siguiente.

CAPITULO II

EL INSTRUMENTO PÚBLICO Y SUS ELEMENTOS

2.1 Definición de instrumento público

“Documento público, autorizado por Notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos, y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos.”²⁰

“Es el mejor medio de expresión del pensamiento y del querer serio de 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.”²¹

En ese orden de ideas, el instrumento público es un documento que reviste de seguridad jurídica ya que este es creado por el Notario, para su posterior utilización en actos o negocios jurídicos en el cual se garantiza los efectos de los mismos.

2.2 Fines de los instrumentos públicos

Toda creación tiene una finalidad, el Notario al crear un instrumento público, es para que estos surtan efectos jurídicos, en una relación jurídica, efectos jurídicos que pueden implicar desde el nacimiento, modificación o extinción determinadas obligaciones.

²⁰ Giménez Arnau, Enrique. Op. Cit., Pág. 403.

²¹ Carral y de Teresa, Luis. Op. Cit., Pág. 125.

Carlos Emérito González, citado por Nery Roberto Muñoz, establece como fines: *“la prueba preconstituída; el de dar forma legal y el de dar eficacia al negocio jurídico.”*²²

José Antonio Gracias Gonzales, establece como los fines principales del instrumento publico los siguientes: *“Crear o dar forma a los negocios jurídicos; probar un determinado hecho o la existencia de un acto; dar eficacia al negocio jurídico, o bien, certeza al hecho que refleja el instrumento.”*²³

En conclusión, los fines del instrumento público giran alrededor de dos aspectos: la forma y la prueba. Por una parte el Notario es quien se encarga de la estructuración jurídica establecida por la ley para que determinado documento tenga plena validez, a través de la voluntad que las partes requieren sean plasmadas; y por otra parte este instrumento sirva para probar la veracidad o falsedad de determinadas circunstancias, que pudieren suscitarse en un conflicto futuro de carácter legal.

2.3 Caracteres

La serie de cualidades especiales y rasgos particulares, que individualizan una cosa de otra es lo que definen su existencia. El instrumento público para que sea considerado como tal y tenga plena validez y legalidad, se reviste de características peculiares.

Carlos Emérito González, menciona los siguientes: *“Fecha cierta, garantía, credibilidad, firmeza, irrevocabilidad e inapelabilidad, ejecutoriedad y seguridad.”*²⁴

²² Muñoz, Nery Roberto. El instrumento público y el documento notarial. Guatemala, Infoconsult editores. 2007 11ª Edición. Pág. 4.

²³ Gracias González, José Antonio. El instrumento público en la legislación guatemalteca. Guatemala. Editorial Estudiantil Fenix. 2008. Pág. 16

²⁴ González, Carlos Emérito, Op. Cit., Pág. 317

2.4 Clases de instrumentos

El Notario público en el ejercicio de su profesión, redacta diversidad de documentos, mismos que contienen un carácter jurídico; situación que no implica necesariamente que todos sean instrumentos públicos.

Augusto Diego Lafferriere, indica que los instrumentos notariales pueden ser: *“originales o reproducidos.”*²⁵

Esta concepción de los instrumentos públicos hace referencia a la clasificación de principales y secundarias, las cuales dentro del ámbito notarial es el que tiene mayor relevancia.

2.4.1 Instrumentos públicos principales

Carlos Emérito González, citado por Nery Roberto Muñoz, establece que principales son: *“los que van dentro del protocolo, como condición esencial de validez, por ejemplo la escritura pública.”*²⁶

Augusto Diego Lafferriere, señala: *“Los documentos notariales originales pueden ser protocolares, es decir aquellos que se autorizan por Notario en el Protocolo.”*²⁷

En el Artículo 8 del Código de Notariado, Decreto 314, se establece: *“El Protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el Notario registra de conformidad con esta ley.”*

²⁵ Lafferriere, Augusto Diego. Op. Cit., Pág. 76.

²⁶ Muñoz, Nery Roberto. El instrumento público y el documento notarial. Op. Cit., Pág. 9.

²⁷ Lafferriere, Augusto Diego. Op. Cit., Pág. 76.

En conclusión, los instrumentos principales llevan implícita la condición esencial de validez, de ir redactados dentro del protocolo, es por ello que también son denominados protocolares.

2.4.2 Instrumentos públicos secundarios

Estos son aquellos instrumentos que van fuera del protocolo, ejemplo de ello es la diversidad de actas notariales redactadas en un papel distinto al papel sellado especial para protocolos.

Nery Roberto Muñoz indica lo siguiente: *“Las que no se redactan en protocolo: Actas Notariales, Actas de legalización de firmas o Autenticas y Actas de legalización de copias de documentos.”*²⁸

En ese orden de ideas los instrumentos públicos secundarios, también son denominados extraprotocolares, por carecer del requisito esencial de redacción en hojas de protocolo. Al respecto, Augusto Diego Lafferriere indica: *“...extraprotocolares, es decir aquellos hechos en hojas no pertenecientes al protocolo (ej. certificados, algunas clases de actas autorizadas por ley).”*²⁹

2.5 Elementos personales del instrumento público

Los elementos personales son todos los sujetos mencionados en el documento notarial, aunque no comparezcan al acto. Hay personas que comparecen y otras que están simplemente mencionadas pero que no comparecen, ejemplo: el que corresponde, a quien era anterior propietario o quien intervino como escribano autorizante, etc.. La mención se efectúa para hacer constar el tracto sucesivo. Así, los elementos personales son los sujetos a los cuales el documento notarial se refiere sea directa o sea indirectamente.

²⁸ Muñoz, Nery Roberto. El instrumento público y el documento notarial. Op. Cit., Pág. 9.

²⁹ Lafferriere, Augusto Diego; Op. Cit., Pág. 77.

En la práctica notarial a los individuos que intervienen en un instrumento público se les denomina de diferentes formas, siendo que estos representen a una parte activa o bien pasiva, denominaciones que van a depender del instrumento que se refiera. En una escritura pública: compareciente y otorgante; y en una acta notarial: requirente.

2.5.1 Sujeto

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, citado por Nery Roberto Muñoz señala que sujeto es: *“Es la persona que se ve afectada en su patrimonio en virtud de otorgamiento de una escritura. Puede ser que el acto jurídico produzca menoscabo o incremento o alteración en el patrimonio, pero siempre repercute en su esfera jurídica.”*³⁰

La persona que es susceptible de un derecho u obligación. Augusto Diego Lafferriere indica: *“Son sujetos de derechos, los titulares del derecho.”*³¹

2.5.2 Parte

En la creación, modificación o extinción de una obligación suele utilizarse dicho término, el cual es la persona o personas que representan un mismo derecho u ostentan una misma prestación en una escritura pública.

Este elemento personal también se conoce como sujetos negociables, por representar un mismo derecho, al respecto Augusto Diego Lafferriere, señala que *“Los sujetos negociales son las personas, físicas o jurídicas, sobre quienes recaen los efectos jurídicos del acto o negocio jurídico.”*³²

³⁰ Muñoz, Nery Roberto. El instrumento público y el documento notarial. Op. Cit., Pág. 13.

³¹ Lafferriere, Augusto Diego. Op. Cit., Pág. 74.

³² Ibíd. Pág. 94.

2.5.3 Otorgante

Guillermo Cabanellas, lo define así: *“Es quien otorga; la parte que contrata en un documento público.”*³³

Es otorgante quien siendo titular o no de un derecho u obligación la cede en un contrato, específicamente en un instrumento público, otorgamiento que puede ser en nombre propio o en nombre de otra persona, esto a través de la personería que este acredite conforme la documentación correspondiente, es decir un mandato o carta poder, según sea el caso.

2.5.4 Compareciente

Los comparecientes son aquellas personas que intervienen en un instrumento público, ya sea como requirente o no, entre ellos: testigos, traductores o interpretes; es decir concurren al acto en forma de asistencia, situación que no implica obligación alguna en el instrumento público.

*“Son las personas físicas que están presentes durante la audiencia notarial. El titular o el sujeto negocial puede ser una persona jurídica, en cambio el sujeto instrumental siempre será una persona física.”*³⁴

2.5.5 Requirente

Este elemento personal surge en las actas notariales. Encontrando a su vez requirentes y requeridos.

El requirente es quien solicita el acta que va a comprobar un hecho, es quien solicitó tal intervención). Hay personas que promueven la actuación notarial,

³³ Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Editorial Heliasta, S.R.L 11^a, edición. Buenos Aires Argentina. 1976. Pág. 141.

³⁴ Lafferriere, Augusto Diego; Op. Cit., Pág. 94.

pues el Notario nunca actúa de oficio, debe existir siempre una rogatoria previa como hecho imprescindible. Tal rogatoria no puede ser nunca posterior. Ante la rogación, el Notario requerido tiene la obligación legal de actuar.

2.6 Auxiliares del Notario

Son auxiliares del Notario aquellas personas de las cuales un Notario puede asociarse para la redacción de un instrumento público, los cuales pueden ser obligatorios o facultativos. Dentro de ellos están los testigos e intérpretes. En derecho notarial, testigo es quien presencia, pero nada declara.

2.6.1 Testigo de conocimiento

Los testigos de conocimiento son aquellos a los que, por facultad legal, el Notario que no conoce a las partes puede recurrir, para lograr el conocimiento del compareciente. Estos testigos sólo actúan a requerimiento del Notario, quien debe dar fe de la circunstancia de que les conoce.

“Es muy frecuente que ante un Notario se presenten personas desconocidas para él, solicitando la autorización de un acto o negocio que deseen celebrar. Es en esta circunstancia que la ley permite la presencia de los testigos de conocimiento para coadyuvar al Notario en su deber de identificación de los comparecientes.

Son testigos de conocimiento, pues, las personas que identifican al compareciente desconocido del Notario.”³⁵

³⁵ Salas, Oscar A. Op. Cit., Pág. 380.

2.6.2 Testigo instrumental

“Son aquellos de los cuales el Notario puede asociarse para cualquier acto o contrato, pero obligatoriamente al autorizar testamentos o donaciones por causa de muerte.”³⁶

“Los testigos instrumentales actúan cuando lo pide el requirente, o lo entiende necesario el Notario.”³⁷

En nuestro derecho, los testigos instrumentales sólo persisten como necesidad en tanto y en cuanto se utilizaran: a) cuando la ley especialmente lo exija para un caso determinado; b) así lo determine el *Notario* autorizante, también para un caso específico; o c) lo requiera así alguna de las *partes* en el negocio jurídico de que se trate.

2.6.3 Testigo rogado o de asistencia

“Son los que firman a ruego de un otorgante que no sabe o que no puede firmar y que por lo tanto solo deja la impresión digital.”³⁸

Esta situación surge cuando una persona no tiene el conocimiento de firmar, o por alguna circunstancia ajena e involuntaria no puede hacerlo el momento en que sea necesaria, ya sea por una incapacidad física de carácter temporal o permanente, por ejemplo: una parálisis o la mutilación de las extremidades.

El Código de Notariado, Decreto 314 en el Artículo 29, numeral décimo segundo, establece: *“Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del Notario, precedida de las palabras “Ante mí”. Si el otorgante*

³⁶ Muñóz, Nery Roberto. El instrumento público y el documento notarial. Op. Cit., Pág. 17.

³⁷ Lafferriere, Augusto Diego; Op. Cit., Pág. 136.

³⁸ Muñóz, Nery Roberto. El instrumento público y el documento notarial. Op. Cit., Pág. 18.

no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto, otro que especificará el Notario firmando por él un testigo, y si fuere varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho.”

2.6.4 Intérprete

Este es un auxiliar del Notario, que interviene cuando alguna de las partes ignore el idioma español; por lo tanto, debe nombrarse interviniendo como compareciente en el instrumento, de preferencia este debe ser traductor jurado, esta situación está regulada en el inciso 4 del Artículo 31 del Código de Notariado.

“Persona versada en dos o más idiomas y que sirve de intermediaria entre otras que, por hablar y conocer sólo lenguas distintas, no pueden entenderse.”³⁹

2.7 Impugnación del Instrumento público

La impugnación es el medio que una persona utiliza para, imponer su condición o criterio con fundamento legal, que un instrumento ilegalidades de fondo o forma, situación que se ventilara en un tribunal competente.

“Se entiende por impugnación la actividad que va a combatir la validez o eficacia de algo que puede tener trascendencia en el campo de lo jurídico.”⁴⁰

“Objeción, refutación, contradicción. Se refiere tanto a los actos y escritos de la parte contraria, cuando pueden ser objeto de discusión ante los tribunales, como a las resoluciones judiciales que sean firmes y contra las cuales cabe algún recurso.”⁴¹

³⁹ Cabanellas, Guillermo. Op. Cit., Pág. 170.

⁴⁰ Pelosi, Carlos A. El Documento Notarial. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1987. Pág. 265.

⁴¹ Ossorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 35 edición, Buenos Aires, Heliasta, 2007. Pág. 476.

Existen motivos por los cuales se puede impugnar un instrumento público. En la ley sustantiva y derecho positivo se establecen los medios para que la impugnación sea efectiva. Si existen vicios de formación referentes a la autoridad o por defectos de forma, la acción que debe plantearse es la de nulidad.

En el caso de existir alteración de la verdad en un instrumento público, esta puede ser por la elaboración de un instrumento falso o alterar su contenido, ahí estamos ante una falsedad material o ideológica.

2.8 Nulidad

Para llegar a dicho conceptos conviene indicar que un instrumento es válido cuando se da cumplimiento de lo normativo, legal o voluntario. Tiene que ver con la constitución originaria del acto en su doble dimensión, negocio e instrumento. Ambos se integran estructuralmente con los elementos que deben responder a la norma; realizada esa respuesta nos encontramos frente a un estado, el de validez. Implica una concepción estática, sin alusión a los efectos, porque los elementos de validez deben ser coetáneos con el nacimiento del acto.

Entonces la nulidad procederá cuando exista una causa intrínseca, es decir, por faltar o estar viciado alguno de los elementos esenciales del negocio; por haber sido infringida una norma imperativa, el acto es defectuoso en su constitución interna.

“Ineficacia en un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma, o, como dicen otros autores, vicio de que adolece un acto jurídico si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido, por lo cual la nulidad se considera ínsita en el mismo acto, sin necesidad de que se haya declarado o juzgado.”⁴²

⁴² Ibíd. Pág. 628.

2.9 Caracteres genéricos y específicos

Un negocio jurídico no nace a la vida cuando este adolece de vicios; es decir, porque carece de los elementos esenciales y condiciones específicas. Por otra parte, con relación al instrumento público, se puede ejercer esta acción cuando el mismo en si está afectado de omisión de requisitos esenciales o bien requisitos no esenciales, en tanto que pueden hacer insubsistentes o inoperante el instrumento público, o afectarlo.

Por su parte los caracteres específicos, se refieren al acto que vicia el negocio jurídico en particular, como también establecer claramente la circunstancia por la cual se persigue la nulidad del instrumento público levemente.

Es decir que cuando un acto tiene un vicio desde el momento de su celebración, en cuanto nace con el vicio de que se trate, es tipificado y considerado por la ley en la medida de su existencia y con sanciones invalidantes. Esto, dentro de la teoría general de los actos jurídicos, se denomina nulidad.

2.10 Clases de nulidad

2.10.1 Nulidad de fondo

Esta nulidad tiene repercusión directa sobre un negocio jurídico, que contiene un instrumento público. Es decir que la nulidad sustancial es la invalidez que sufre el negocio jurídico de las partes.

El Artículo 1251 del Código Civil Decreto ley 106, establece: “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.” El Artículo 1301 del mismo cuerpo legal antes citado establece: “Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a

leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto ni son revalidables por confirmación.”

De conformidad con la Ley del Organismo judicial, Decreto 2-89, Artículo 4, se consideran actos nulos: *“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Los actos realizados al amparo de un texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutadas en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado eludir.”*

Es entonces aquella forma de perder la eficacia un contrato, la forma de dejar ser ley entre las partes, aun cuando haya sido válidamente celebrado, pero hay causa que le haga perder su eficacia.

De esta situación se desprende que un acto puede no nacer a la vida jurídica, por ser una nulidad absoluta, o bien solicitar la anulabilidad de un negocio jurídico. En este caso si ha nacido a la vida jurídica, y esta vida puede cesar en virtud de acción judicial ejercitada por quien alega la existencia de vicios o defectos en su constitución.

Al respecto el Código Civil en el Artículo 103 establece: *“El negocio jurídico es anulable: 1o. Por incapacidad relativa de las partes o de una de ellas; y 2o. Por vicios del consentimiento.”*

2.10.2 Nulidad de Forma

Esta se da cuando el instrumento público posee vicio en cuanto a su forma, o sea, no cumple con las formalidades legales, dichas formalidades se encuentran

reguladas en el Código de Notariado, en forma dispersa, en los Artículos 29, 31, 32 y 33.

*“La nulidad formal se presenta cuando el vicio está en el acto del oficial público autorizante. Es aplicable a la nulidad formal la misma teoría de las nulidades que para los demás actos jurídicos. Las nulidades formales, según la mayoría de la doctrina, se consideran todas absolutas, y no relativas.”*⁴³

Puede haber escrituras válidas con negocios o actos jurídicos inválidos, así como escrituras inválidas con actos o negocios jurídicos válidos, pero a veces esta relación es tan sustancial que, producido el vicio en alguno de los dos aspectos, se tornan ineficaces ambos actos.

2.11 Efectos procesales de ejercitar la acción de nulidad

La nulidad de fondo absoluta no prescribe, por cuanto nunca nació a la vida jurídica, por el contrario la nulidad de fondo relativa prescribe a los dos años, según el Código Civil. La acción de tal facultada conlleva a la anulación del negocio jurídico.

Por otra parte la nulidad de forma, es decir la impugnación por falta de formalidades esenciales prescribe en cuatro años; al respecto establece el Artículo 32 del Código de Notariado: *“La omisión de las formalidades esenciales en instrumentos públicos, da acción a la parte interesada para demandar su nulidad, siempre que se ejercite dentro del término de cuatro años, contados desde la fecha de su otorgamiento.”*

⁴³ Lafferriere, Augusto Diego; Op. Cit., Pág. 203.

2.12 Falsedad

Es la falta de verdad en el instrumento público. En el orden civil, la falsedad de un documento anula el consentimiento e invalida el negocio a que se refería.

“Cualquier mutación, ocultación o desfiguración de la verdad y de la realidad que produce la nulidad de los actos jurídicos según las leyes civiles o sancionada como delito en los Códigos penales.”⁴⁴

2.12.1 Falsedad material

“Inmutación de la verdad, que recae materialmente sobre la escritura, y que es por ello susceptible de comprobación mediante la pericia correspondiente (Bramont Arias). Constituye un delito configurado por el hecho de hacer total o parcialmente un documento falso, o en adulterar uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio.”⁴⁵

Es realizar un documento público falso. Acá lo falso en si es el documento.

Su regulación legal está en el Artículo 321 del Código Penal, Decreto 17-73, que establece: *“Quien, hiciere en todo o en parte, un documento público falso, o alterar uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años.”*

De dicha definición se puede establecer un elemento material y otro subjetivo. El primero, porque indica el hacer un documento público, es decir faccionar o elaborar un instrumento público falso (escritura pública), y en todo caso extenderlo, tal es el caso de un Notario pues en eso consiste su función notarial, el faccionar instrumentos públicos. Esta actuación tiene que causar un

⁴⁴ Cabanellas, Guillermo. Op. Cit., Pág. 134.

⁴⁵ Ossorio, Manuel. Op. Cit., Pág. 405.

perjuicio, que beneficie al falsificador. Otra forma sería alterar uno verdadero, consistente en borrar, raspar alguna palabra o cifra, las intercalaciones de palabras, siendo que tales alteraciones modifiquen la esencia de instrumento público, ejemplo en una escritura pública, borrar el nombre del adquiriente de un derecho.

El segundo de los elementos consiste en la voluntad consiente de obtener algún provecho, tal sería el caso de querer cambiar el nombre a una escritura pública a través de los medios antes mencionados.

2.12.2 Falsedad ideológica

La inserción en un instrumento público de declaraciones deliberadamente inexactas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.

De aquí puede destacarse que la mentira puede ser punible cuando está escrita, en ciertas condiciones que se enumeran en varios supuestos punibles. En nuestro Derecho Penal no se castiga una simple mentira, salvo si está escrita, en la falsedad ideológica siempre la realización externa es real y el documento está confeccionado por quien y en la forma en que es debido, de modo que resulta la contradicción punible como consecuencia de que esa correcta exteriorización genera una desfiguración de la verdad objetiva que se desprende del texto.

El Artículo 322 del Código Penal, lo regula de la siguiente forma: *“Quien, con motivo del otorgamiento, autorización o formalización de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años.”*

En este caso en particular debe tratarse de un instrumento público, por ejemplo una escritura pública, en donde el solicitante hace insertar declaraciones falsas, o bien el Notario las insertare, es por ello que en el ejercicio de la profesión debe tenerse cuidado en este aspecto, pues cuando al Notario no le consta tal hecho no podría culpársele. En consecuencia la falsedad no recae sobre la materialidad del documento, sino sobre su contenido, el documento es verdadero, pero su contenido es falso.

En conclusión, es hacer constar declaraciones falsas en un documento público. Acá lo falso es la declaración, sin importar que el documento sea legítimo o no.

CAPÍTULO III

LA ESCRITURA PÚBLICA Y SUS FORMAS DE REPRODUCCIÓN

3.1 Definición de escritura pública

Es preciso hacer un estudio particularizado y concreto del instrumento notarial más importante: la escritura pública. Diversas son las definiciones que existen, empero todas concuerdan con que el autor de la misma es el Notario, como profesional del derecho.

“Escritura pública es todo instrumento matriz, cuyo contenido principal es el acto o negocio jurídico; es autorizado por Notario en ejercicio de sus funciones, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley, para darle forma, constituirlo y eventualmente probarlo. Se menciona el acto o negocio jurídico como contenido principal; también se realizan actos de autenticación, comprobación y fijación de hechos.”⁴⁶

Novoa Senoane, citado por Enrique Giménez Arnau, expresa que escritura es *“el documento autorizado por Notario, con las solemnidades del derecho a requerimientos de una o más personas o partes otorgantes... con capacidad legal para el acto o contrato a que se refieran y por virtud del cual se hacen constar la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas particulares, con sujeción a las leyes y a la moral.”⁴⁷*

“Instrumento público que, de manera exclusiva, autoriza en Notario en el protocolo a su cargo, a requerimiento de parte, con el propósito de dar certeza

⁴⁶ Gatarri, Carlos Nicolás; Op, cit., Pág. 72.

⁴⁷ Giménez-Arnau, Enrique. Op. Cit., Pág. 416.

jurídica especialmente a los negocios jurídicos entre los particulares, para lo cual debe satisfacer los requisitos legales de forma y de fondo.”⁴⁸

En la legislación de Guatemala no existe una definición del concepto escritura pública, pero es posible según todos los elementos de las definiciones anteriores, de forma concreta y en conclusión definirla de la siguiente manera: escritura pública, es aquel instrumento público autorizado por un Notario, a requerimiento de una o varias personas en el protocolo a su cargo, en la que se redactaran declaraciones de voluntad o negocios jurídicos, obligándose los otorgantes en los términos pactados, misma que puede ser objeto de modificación.

3.2 Clasificación en Guatemala

Son varios los autores, que de conformidad con la finalidad que persiguen, las dividen, pues algunas subsisten por sí mismas, y otras modifican, corrigen, complementan, adicionan, o amplían a aquellas que subsiste por sí solas.

3.2.1 Principales

“Son aquellas que se perfeccionan en un mismo acto e independientes de cualquier otra escritura para tener validez.” ⁴⁹

Este tipo de instrumento público es faccionado por un profesional del derecho, en donde no es necesario la existencia de un negocio jurídico o contrato adicional para que se pueda redactar y nacer a la vida jurídica, son propias e independientes; un ejemplo de este tipo de escritura en la legislación guatemalteca la podemos encuadrar en la compraventa.

⁴⁸ Alvarado Sandoval, Ricardo y Gracias González, José Antonio. El Notario Ante La Contratacion Civil Y Mercantil, Guatemala, editorial estudiantil Fénix. Cuarta edición, 2011. Pág. 34.

⁴⁹ Muñoz, Nery Roberto. El instrumento público y el documento notarial. Op. Cit., Pág. 29.

3.2.2 Complementarias

“Conocidas también como accesorias, estas vienen a complementar una escritura anterior, que por alguna circunstancia no se perfeccionó, entre ellas están las de aclaración, ampliación aceptación, rectificación, modificación.”⁵⁰

Este tipo de escritura es todo lo contrario de los instrumentos principales, porque es necesario que exista un negocio o contrato principal, con el objeto que nazca a la vida legal un secundario; en la práctica notarial el ejemplo más frecuente de este tipo de documento público es un contrato de subarrendamiento y en donde debe existir un arrendamiento (contrato principal) para que el subarrendamiento (contrato secundario) nazca y produzca efectos jurídicos.

3.2.3 Canceladas

“Son aquellas que no nacen a la vida jurídica, sin embargo ocupan un lugar y un número determinado en el protocolo notarial. Se cancelan con una razón de cancelación.”⁵¹

Esta clase de escritura tiene la particularidad que no está firmada por los otorgantes, es decir por la falta de comparecencia; existen diversos motivos, por ejemplo: por haberse impreso una escritura y haberse obviado incluir datos necesarios para su existencia, que no puedan ser subsanados mediante adiciones o testados; también en el caso de error de impresión cuando se haya acabado la tinta de impresión, o las líneas salgan distorsionadas. En conclusión, cuando sea imposible corregirla de forma legal; por lo cual no nace a la vida jurídica.

⁵⁰ Ibídem.

⁵¹ Ibídem.

La única obligación que tiene el Notario con respecto a estos instrumentos es de enviar un aviso al Archivo General de Protocolos, según determina el Artículo 37 inciso b, del Código de Notariado, Decreto 314, “Dar aviso dentro del término indicado en la literal anterior, y ante la misma dependencia de la Corte Suprema de Justicia o ante los funcionarios judiciales indicados, según el caso, de los instrumentos públicos cancelados, de los cuales no podrá extender copia o testimonio. El aviso se enviará en papel sellado del menor valor y contendrá el número y la fecha del instrumento cancelado.”

De estas escrituras no se tiene que extender testimonios o primeras copias legalizadas a los otorgantes; sin embargo, es factible que si una persona solicita una fotocopia de una escritura cancelada pueda otorgársele, esto quizá para comprobar la falta de correlación entre varias escrituras que se hayan otorgado, para desvanecer algún mal entendido hacia el Notario.

La forma de cancelar es, colocando una razón al final del instrumento, que indique el motivo de la cancelación, o bien únicamente la palabra cancelada.

3.3 Estructura de la Escritura Pública

Cuando nos referimos a la estructura, nos estamos refiriendo a partes que conforman una cosa. En la escritura pública esas partes se configuran como elementos que en su conjunto la integran, para darle unidad y cumpla con los fines que le son propios. Es imprescindible conocer la estructura, pues cada parte juega un propósito fundamental que da la forma total a una escritura. Es decir una escritura pública sin una de sus partes, no es una escritura.

Al respecto Pérez Fernández del Castillo, citado por Nery Roberto Muñoz, las divide de la siguiente forma:

“Proemio

Antecedentes

Clausulado

Representación

Generales

Certificaciones, y

*Autorización.”*⁵²

Existen diversas posturas en cuanto a la estructura que debe tener una escritura pública, sin embargo desde un punto de vista legal y técnico, la estructura básica de las escrituras matrices son, la introducción, cuerpo y conclusión.

3.3.1 Introducción

Es la parte que da inicio a una escritura, esta comprende dos partes:

1. El encabezamiento; y
2. la comparecencia en sentido estricto.

En el encabezamiento se comprende: número de escritura pública, lugar y fecha, hora si se trata del faccionamiento de un testamento, o bien, de donación por causa de muerte y revocación de los mismos, sitio (dirección) en donde se autoriza el testamento o donación mortis causa, o su revocación, las palabras “ante mí”, nombre del Notario autorizante y la palabra “Notario” con lo cual acredita su calidad de profesional.

En la práctica notarial, se acostumbra insertar la palabra número, o anotar el mismo en cifras entre paréntesis, o bien en letra negrita. Estos son detalles que no tienen ningún grado de injerencia por lo que no es obligatorio. Lo importante del caso es cumplir con las formalidades y requisitos establecidos, para que la

⁵² Ibíd. Pág. 31.

escritura tenga plena validez, parte de ellos se establecen Artículo 29, numeral 1, del Código Notariado.

La comparecencia, es aquella que conforma la introducción de una escritura, en donde de forma legal se va a proceder a identificar a los otorgantes, a través de las Generales de ley, establecidas en el Código Procesal Civil, Decreto Ley 107. La identificación de las personas que comparezcan a la celebración de un instrumento se hará por los medios legalmente reconocidos, es decir Pasaporte o Documento Personal de Identificación. El Notario hará constar que tuvo a la vista dichos documentos, o los documentos de representación según el caso; así como la declaración de encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles. Esta parte es fundamental pues se identifican los sujetos que crearan modificaran o extinguirán obligaciones, a través de un contrato, el cual también se anotara su denominación. Todos estos requisitos se establecen en el Artículo 29, del numeral 2 al 6, del Código Notariado.

3.3.2 Cuerpo

Esta es la parte más importante de una escritura, pues por sus elementos se va a diferenciar con las diversas clases de contratos o actos que los otorgantes soliciten.

El cuerpo de la escritura se va a dividir en tres partes:

1. Antecedes;
2. Estipulaciones;
3. Aceptación.

Los antecedentes, es la parte donde se describe el objeto o motivo que da origen a la creación, como causa, el negocio de que se trate. Las circunstancias que como condiciones preliminares han servido para el otorgamiento del instrumento, es de destacar que no todas las escrituras, tienen antecedentes.

Al respecto Oscar Salas, citado por Nery Roberto Muñoz, manifiesta: *“En esta parte, llamada también dispositiva, se formula la declaración de voluntad de los otorgantes que da vida al acto o negocio jurídico que desean celebrar, reconocer, modificar o extinguir.”*⁵³

Por su parte las estipulaciones, específicamente indican lo que desean los otorgantes, esto bajo el principio de autonomía de la voluntad. Esta parte es el motivo principal por el cual acudieron las partes, pues desean producir efectos jurídicos, a través de la creación, modificación, o extinción de obligaciones.

La aceptación, consiste en que las partes dan su consentimiento de todo cuanto se ha redactado, y su anuencia con las cláusulas establecidas, este es un requisito indispensable. En esta parte los otorgantes se comprometen a cumplir las obligaciones que han adquirido como producto del contrato.

3.3.3 Conclusión

Esta parte se conforma por el otorgamiento, consentimiento y autorización, que en su conjunto comprenden la dación de fe del Notario del contenido del instrumento público, es decir de todo lo expuesto en el, se deberá hacer constar que su tuvo a la vista los documentos de identificación de los otorgantes, los títulos que justifican los derechos de propiedad que son objeto del instrumento, así como advertir a los otorgantes de los efectos legales del contrato, la lectura de la escritura pública, para luego terminar con la aceptación, ratificación y firma de los otorgantes, así como el Notario, precedida de las palabras ante mí.

3.4 Requisitos y formalidades

Para que un instrumento público nazca a la vida jurídica, es necesario cumplir con los requisitos y formalidades que establece la ley. El Código de

⁵³ Ibíd. Pág. 36.

Notariado Decreto 314, establece en el Artículo 29 esos requisitos y formalidades. Es de señalar que existen formalidades especiales y esenciales. Las formalidades esenciales dan origen a demandar la nulidad de un instrumento público, estas están reguladas en el Artículo 31 del mismo cuerpo legal antes citado.

En los Artículos 42 y 44 aparecen las formalidades especiales para testamentos y donaciones por causa de muerte, estas son especiales a cumplirse además de las generales.

En los Artículos 46, 47 y 48 del mismo Código, encontramos los requisitos para las escrituras de sociedad; el 49 los requisitos para la escritura en que se constituye hipoteca de cédulas y el 50 para las escrituras en donde se constituya prenda agraria, ganadera o industrial. En todas se debe cumplir con las formalidades del Artículo 29 y los requisitos especiales de cada caso.

En un instrumento público cuando los bienes tengan algún tipo de gravamen, anotación, reclamación o vicio que pueda afectar los intereses de los otorgantes de debe manifestar para la aceptación de una un escritura pública, al respecto establece el Artículo 30 del Código de Notariado: *“En todo acto o contrato el otorgante que se obligue hará constar, de manera expresa, si sobre los bienes que motivan el acto o contrato, existen o no gravámenes o limitaciones, cuando éstos puedan afectar los derechos del otro otorgante; y el Notario les advertirá las responsabilidades en que incurran si así no lo hicieren.”*

3.5 Formas de reproducir la escritura matriz

La forma de reproducción hace alusión al documento que se entregará a los otorgantes después de que una escritura pública está terminada.

Oscar Salas citado por Nery Roberto Muñoz, indica: *“En el sistema anglosajón, el Notario entrega a las partes interesadas los originales del*

instrumento ante él otorgado. No es así en el sistema latino, donde el Notario conserva el original del instrumento y expide a los interesados traslados del mismo que sirven para probar su contenido y para ejercitar los derechos adquiridos en el acto o contrato o derivados del hecho que autentica.”⁵⁴

En Guatemala por acogerse el sistema latino, el Notario expide traslados o copias de una escritura pública a los otorgantes y conserva para sí el instrumento público original, a esa copia o traslado se le conoce como testimonio.

3.5.1 Testimonios, copias o traslados

En la práctica notarial existen diversas denominaciones, del documento que se le extiende a los otorgantes al celebrar un instrumento público, empero el Notario siempre conservara en su poder el original.

“Los documentos notariales reproducidos se llaman así porque tiene fe pública derivada, no originaria. Es el caso de los llamados “traslados”. Tienen fe pública en cuanto coincidan con el documento original. Acreditan la existencia de un documento original. Pueden ser copias (primera y ulteriores copias), copias simples (para fines jurídicos determinados) y fotocopias simples sin autorizar (no son instrumentos públicos).”⁵⁵

El testimonio notarial es el traslado que un Notario hace de un instrumento, asegurando bajo su fe la existencia y literalidad del mismo.

3.5.2 Testimonio

“Conocido también como primer testimonio, según el orden en que se extiendan, es la copia fiel de la escritura matriz, acta de protocolización y razón de

⁵⁴ Ibíd. Pág. 43.

⁵⁵ Lafferriere, Augusto Diego. Op. Cit., Pág. 76.

legalización, que expide al interesado, el Notario que lo autorizo, u otro que está expresamente facultado para ello, en el cual se cubre el impuesto al que esta afecto el acto o contrato que contiene.”⁵⁶

El fundamento legal de testimonio, está en el Código de Notariado, en el Artículo 66 que establece es “Testimonio es la copia fiel de la escritura matriz, de la razón de auténtica o legalización, o del acta de protocolación, extendida en el papel sellado correspondiente, y sellada y firmada por el Notario autorizante, o por el que debe substituirlo, de conformidad con la presente ley.”

De este Artículo se desprenden los siguientes elementos:

1. Se refiere a copia fiel, esto quiere decir idéntica, con el contenido íntegro del instrumento público original;
2. El testimonio es la copia fiel de: la escritura matriz, de la razón de auténtica o legalización, o del acta de protocolación;

En conclusión, testimonio es la copia legalmente reconocida de los documentos que obran en el protocolo, que el Notario puede extender para que surta plenos efectos jurídicos, en ejercicio de la fe pública que posee el profesional del derecho.

3.5.3 Testimonio Especial

Es la copia fiel de la escritura matriz, acta de protocolización y razón de legalización de firma, que un Notario extiende de una escritura (que no sea cancelada) al Archivo General de Protocolos, en la cual se va a cubrir el impuesto del timbre notarial, conforme al acto o contrato que contiene.

⁵⁶ Muñóz, Nery Roberto. El instrumento público y el documento notarial. Op. Cit., Pág. 45.

La principal finalidad del testimonio especial se encuentra en la conservación de instrumento público notarial.

La regulación se encuentra en el Código de Notariado inciso a) Artículo 30, que establece: *“Remitir al Director del Archivo General de Protocolos, dentro de los veinticinco días hábiles siguientes al otorgamiento de cada escritura pública, testimonio especial en papel sellado del menor valor, con los timbres adheridos de conformidad con la ley. En los departamentos de la República, excluyendo al de Guatemala, el Notario podrá entregar dichos testimonios al Juez de la Instancia, quien extenderá el comprobante respectivo y los remitirá inmediatamente al Archivo General de Protocolos. Cuando se trate de testamentos o donaciones por causa de muerte, así como sus modificaciones o revocaciones, el testimonio se entregará en plica firmada y sellada por el Notario, expresando en la misma, el número de orden, lugar, fecha, hora y objeto del instrumento, nombre del otorgante, así como el número y registro de las hojas de papel de protocolo en el que fue extendido.”*

3.5.4 Copia simple legalizada

“La primera copia es la que expide el Notario por vez primera, sobre el negocio de que se trate, para quien esté legitimado para tenerla. La segunda o ulterior copia se entrega en caso de pérdida o mal estado de la primer copia.”⁵⁷

Es conocida como copia legalizada, la copia fiel de la escritura matriz, acta de protocolización y razón de legalización de firma, que un Notario extiende de una escritura (que no sea cancelada) que un Notario puede entregar a cualquier persona que lo solicite, cubriendo únicamente el impuesto de timbre fiscal respectivo.

⁵⁷ Lafferriere, Augusto Diego. Op. Cit., Pág. 76.

En el Código de Notariado únicamente se encuentra en el Artículo 73 que establece: *“El Notario está obligado a expedir testimonio o copia simple legalizada a los otorgantes, sus herederos o cesionarios, a cualquier persona que lo solicite.”*

3.6 Expedición del testimonio

En principio el Notario que faccionó un instrumento público está facultado para expedirlo, y sólo en casos excepcionales puede autorizarlo otro.

El Código de Notariado en su Artículo 67 establece que los testimonios serán compulsados por el Notario autorizante, por el funcionario que tenga el protocolo en su poder, si está legalmente autorizado para ejercer funciones notariales, o por el cartulario expresamente encargado por el Notario autorizante que esté temporalmente impedido para hacerlo.

La excepción a la regla principal, se da cuando el Notario que autorizó la escritura está inhabilitado para ejercer y corresponde el Director del Archivo General de Protocolos, expedir el testimonio como también los casos de Notarios fallecidos, esto mediante un formulario que deben llenar los interesados, cabe destacar que se deben observar los requerimientos establecidos, como proporcionar la información suficiente, para poder proceder a la búsqueda.

El testimonio puede ser extendido por otro Notario que se encuentre habilitado, y que exclusivamente haya sido encargado por el Notario autorizante, que esté temporalmente impedido para hacerlo y tenga este el protocolo en su poder.

Nery Roberto Muñoz, indica una problemática que ocurre en esta situación: *“En Guatemala se da una mala práctica, al extender testimonios a ruego del Notario autorizante, sin que este ruego efectivamente se haya otorgado, sin tener los protocolos en depósito, y sin facultades para expedirlos. En estos casos no se tiene a la vista la escritura matriz, sino una fotocopia de la misma y se extiende el*

*testimonio. Esto es incorrecto e ilegal, ya que un Notario estaría expidiendo una copia fiel de la escritura matriz, sin haberla tenido a la vista.”*⁵⁸

Los testimonios pueden ser extendidos por otro Notario cuando el protocolo le ha quedado en depósito a otro Notario por estar el titular fuera del país por un tiempo menor de un año, el Artículo 27 Código de Notariado, establece: *“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 término 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.”*

Puede darse el caso de que un Notario tenga un impedimento de tipo material o físico, por ausencia del lugar, no implica esto que se fuera del país que se encuentra, o por estar enfermo. Estos casos no son regulados en la legislación, y son muy comunes, y tienen repercusión jurídica, por ejemplo la inhabilitación por falta de presentación de testimonios. Es recomendable que la autorización conste por escrito y así el otro Notario puede actuar con toda confianza y expedir los testimonios que fueran necesarios en este caso debe cumplirse con lo estipulado en el Artículo 72 del Código de Notariado; es decir, debe indicar la circunstancia por la cual está expidiendo el testimonio y tener a la vista la escritura matriz.

⁵⁸ Muñóz, Nery Roberto. El instrumento público y el documento notarial. Op. Cit., Pág. 46.

3.7 Orden de los testimonios

En el Código de Notariado no se regula nada al respecto de la cantidad y orden para los testimonios, sólo regula la expedición de los mismos, sin embargo se utiliza la expresión primer testimonio para el primero que se extiende, y se sobreentiende que el ulterior se denominará segundo testimonio, tercer testimonio y así sucesivamente. Cabe destacar que incluso se pueden extender sin mencionar un orden de expedición, situación que definitivamente tiene consecuencias jurídicas.

El motivo por el cual se expide otro testimonio, es porque se extravía, deteriora, o bien es objeto de robo, por tal motivo se recurre al Notario para que se le expida.

En el caso de los testimonios especiales estos solamente se entregan uno por cada escritura autorizada al archivo general de protocolos para efectos de archivos por seguridad jurídica y por si alguna vez fuera necesario reponer originales.

El orden de expedición de las copias simples legalizadas es igual, que un testimonio, además la copia simple legalizada la podemos extender a cualquier persona que tenga interés aunque no surte mayores efectos por no haber cubierto impuestos, si es prueba de que existe el original, y puede ser utilizada con propósitos anómalos.

3.8 Forma de extenderlos

Al referirse a la forma de extender, se está haciendo referencia al documento que se les entregará. En la práctica muchos clientes creen que se les debería entregar la hoja de papel sellado especial para protocolo, y no una fotocopia o transcripción. Esto se hace de esa forma pues al momento de perder la copia que les ha entregado, pueden solicitar otra u otras.

En la legislación de Guatemala, los testimonios se pueden extender de la siguiente forma:

1. Mediante copias impresas en papel que podrán completarse con la escritura a máquina o manuscrita;
2. Por transcripción; y
3. Por medio de copias fotocopias, fotostáticas, fotográficas de los instrumentos, casos en los cuales los testimonios se completarán con una hoja de papel bond en la que se asentará la razón final.

En la práctica se utiliza el sistema de transcripción, denominada también certificación. Esta forma causa cierto inconveniente, pues no se puede visibilizar las firmas de los otorgantes y autor del instrumento público, lo que genera desconfianza en personas individuales como jurídicas, ejemplo: las instituciones bancarias, que requieren una fotocopia. Situación que es denigrante hacia el Notario, pues se está vulnerando la fe pública de aquel, ya que se está poniendo en duda, si dicho instrumento existe o no, a pesar de llevar impresa la firma sello, y timbres de ley.

Sea cualquier forma que se extienda, es requisito indispensable que las hojas del testimonio serán enumeradas selladas y firmadas por el Notario al final del instrumento; además, debe indicarse el número de hojas de qué se compone, la persona o personas a quienes se extiende, el lugar y la fecha en que se compulse, esto de conformidad con el Artículo 70 Código de Notariado.

El Notario, en principio está obligado a extender un testimonio a los otorgantes o bien a quien tenga un interés legítimo en el mismo, los herederos, cesionarios o cualquier persona que lo solicite, salvo la excepción del Artículo 75 del Código de Notariado que establece: *“Mientras viva el otorgante de un testamento o donación por causa de muerte sólo a él podrá extenderse testimonio o copia del instrumento.”* esto se debe a que debe conservarse en secreto su disposición de última voluntad.

La excepción más práctica de negarse a extender un testimonio se encuentra regulada en el Artículo 76, del Código de Notariado, que establece: *“No puede obligarse al Notario a que extienda testimonio sin que le hayan cancelado los gastos y honorarios de autorización el instrumento y sin que se le anticipen los de expedición del testimonio, conforme arancel.”* Muchas personas creen que el pago que hicieron al celebrar el primer instrumento es suficiente, sin embargo no es así, pues el Notario tiene la responsabilidad de conservar la escritura matriz para extender otra, cuando le sea requerida, bajo el cobro de honorarios.

3.9 Valor probatorio

El Notario es un depositario del protocolo, es por ello que parte de sus obligaciones es extender un testimonio o copia legalizada. El valor jurídico de las copias o testimonios, siendo que estos son una representación auténtica de la matriz, es total y es por ello que no necesitan ningún reconocimiento para que hagan fe, en donde se quieran utilizar.

Carlos Emérito González, citado por Nery Roberto Muñoz, expresa: *“si la copia es un documento expedido por un escribano público en ejercicio de sus funciones debe tener el mismo valor y efecto que la escritura matriz.”*⁵⁹

Al pensarse que un testimonio o copia simple legalizada no tiene el mismo valor que la escritura matriz, se está menoscabando la fe pública del Notario otorgada por el Estado, pues legalmente son estos instrumentos los deben utilizarse para el tráfico jurídico, toda vez que las matrices quedan en el protocolo del Notario, de ahí que tanto para la escritura matriz como el testimonio notarial tienen iguales garantías y dan certeza jurídica y seguridad. Si fuere distinto no serviría de nada, ya que no puede existir supremacía alguna, pues se estaría otorgando valores distintos, que sustancialmente no tienen. Por el contrario son la misma cosa, solo que uno en original y el otro derivado.

⁵⁹ *Ibíd.* Pág. 49.

La legislación de Guatemala le da valor probatorio de plena prueba a los testimonios de las escrituras públicas, salvo del derecho de las partes de redargüir las de nulidad o falsedad, a través de un proceso judicial, a través de un juicio ordinario.

CAPÍTULO IV

ANOTACIÓN EN EL PROTOCOLO DE LA EMISIÓN DE LA SEGUNDA Y SUBSIGUIENTES COPIAS SIMPLES LEGALIZADAS DE ESCRITURA PÚBLICA

El Derecho Notarial se encarga del estudio de la actividad del Notario, funciones notariales, la responsabilidad notarial, los procesos notariales, los instrumentos públicos notariales protocolares y extraprotocolares, así como a dotar de certeza y seguridad jurídica a los instrumentos públicos, que se celebran ante él, y el resguardo o custodia de dichos instrumentos.

La presente investigación lleva implícito el análisis de un área del estudio del derecho notarial, como lo es el instrumento público, y en específico de los denominados principales o protocolares.

Un instrumento público, será realizado por un Notario cuando este es requerido por una persona para plasmar un negocio jurídico. La estructura de un negocio jurídico comprende la forma y el contenido. El contenido es la voluntad de las partes, mientras que la forma es el signo exterior por el cual dicha voluntad se manifiesta.

El principio de libertad de forma, establece una amplitud para las partes o interesados en plasmar negocios jurídicos como consideren más oportuno, esto según el Artículo 1256, del Código Civil, Decreto Ley número 106, el cual es fundamento de los contratos atípicos.

La forma de celebración de contratos puede ser en escritura pública, en documento privado, por correspondencia, verbalmente o por teléfono. Sin embargo existen ciertos contratos que para que surtan los efectos deseados necesariamente deben ir en escritura pública, por estar calificados como solemnes; ejemplo de ellos están: el mandato, la sociedad, la donación de bienes inmuebles y la renta vitalicia. Empero, las partes pueden pedir al Notario la

redacción de un contrato en escritura pública, aunque ello no sea legalmente obligatorio para las partes.

En la práctica notarial, y específicamente en Guatemala, el Notario al faccionar una escritura pública, tiene la obligación de entregar el instrumento público realizado; quedando el documento notarial original en poder del Notario interviniente, para terminar siendo archivado en el Archivo General de Protocolos, dependencia de la presidencia del Organismo Judicial, sin ser entregado a las partes. Esto, respecto a las escrituras y ciertos tipos de actas.

Puede acontecer, no obstante, que una persona requiera al Notario la entrega de la escritura original, es decir la hoja de papel sellado especial para protocolo, pues generalmente quienes no son expertos en derecho confunden los términos y llaman escritura original a lo que en realidad es la primer copia de la misma.

Los documentos reproducidos tienen fe pública derivada, y no original, porque la misma deriva de otro documento en cuanto sea concordante con este otro tipo de documento.

Fundamentalmente, acreditan la existencia y literalidad de un documento original al cual se refieren, al cual reproducen, y es su fe derivada, pues vale en tanto concuerde con el original, sirviendo así en el tráfico jurídico para la acreditación de hechos y actos que ya han sido materia de documentación.

4.1 Regulación legal de la copia simple legalizada de las escrituras públicas, en el Código de Notariado de Guatemala

El Artículo 73 del Código de Notariado, Decreto número 314, establece: *“El Notario está obligado a expedir testimonio o copia simple legalizada a los otorgantes, sus herederos o cesionarios, o a cualquier persona que lo solicite.”* Esta regulación resulta ser muy escueta, y que da lugar a distintos criterios en la

expedición de los mismos por parte de los Notarios que faccionan una escritura pública.

El autor Augusto Diego Laferriere, les denomina “*traslados*”, al respecto indica: *“El término 'traslado' es la denominación genérica de la comunicación por escrito (copias y testimonios). Los traslados podrán ser: a) primera copia, b) ulteriores copias, y c) copia simple.”*⁶⁰

Es entendible que al no ampliarse más sobre dichos conceptos jurídicos en la legislación de Guatemala, provoque tendencias maliciosas, que dependen, del solo acto de aplicar o quitar una palabra al concepto jurídico, de copia simple legalizada o testimonio.

En muchos casos se utiliza la palabra copia legalizada, dejando la incertidumbre de cuantas de esas copias ha extendido un Notario. Otros Notarios utilizan la palabra primera copia simple legalizada, criterio muy acertado, pues sin que la norma jurídica le obligue, el Notario como profesional del derecho busca a través de mecanismos brindar seguridad jurídica a las personas a quienes se les extiende, con efectos para sí mismos o para terceros.

Por otra parte, si los comparecientes solicitan otra copia del instrumento público o dicho de otra forma una ulterior copia, el Notario está imposibilitado de saber si debe consignar en la misma, nuevamente primera copia simple legalizada o en su caso segunda copia simple legalizada, o inclusive tercera copia simple legalizada o así en su orden numérico sucesivamente. Esto se debe a falta de regulación legal, tantos de los conceptos jurídicos como del control que deberían llevar los Notarios públicos, al emitir una primera copia simple legalizada o testimonio.

La segunda o ulterior copia se expide para el interesado en el documento notarial, en caso de extravío, pérdida, sustracción o mal estado de la primera

⁶⁰ Laferriere, Augusto Diego. Op. Cit., Pág. 165.

copia. La ulterior copia debe ser expedida por el Notario o el Archivo General de Protocolos. Debe pedirla el titular o una tercer persona interesada.

4.2 Responsabilidades del Notario

La responsabilidad que el Notario tiene, es la obligación de asumir los daños que con su accionar puede producir. Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido la víctima, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a debido tiempo.

En el ámbito de los hechos lícitos, responsabilidad significa cumplir con las obligaciones que uno ha asumido. En el resarcimiento de los daños e intereses, sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de una obligación. Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.

En el ámbito de los hechos ilícitos, se debe tener presente que las consecuencias inmediatas de los hechos libres son imputables al autor de ellos. Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.

Sea de naturaleza lícita o ilícita, el Notario está sirviendo de enlace, para la comisión de actividades ilícitas ya sea de forma directa o indirecta, pues sobre él recaen gran cantidad de responsabilidades. ¿En qué se funda tal hecho?, pues lógicamente en el concepto de ser un profesional del derecho que tiene poderes conferidos y la independencia de ellos respecto de la administración, porque el Notario asume personalmente todas las atribuciones inherentes a las potestades de su función. La ley debe ser rigurosa en exigir responsabilidad a quien pudiera

burlar la confianza que ha sido depositada al entregarle tal poder, o si abusara de él, faltando a la misión conferida.

Diariamente son entregados a su pericia, consejo, discreción y buena fe, intereses de los requirentes que podrían ser desbaratados por una actuación imprudente o maliciosa del profesional. En tal supuesto, la ley carga las máximas responsabilidades sobre el Notario.

El Notario no debe tener temor alguno de las responsabilidades. Grave error cometen quienes consideran que las responsabilidades constituyen una especie de maldición de la profesión; en verdad, son el signo de su jerarquía; el cuerpo y cada uno de sus miembros deben enorgullecerse de ellas. En cambio, es preciso preocuparse por tecnificar el sistema y crear normas que no dejen desprotegido al Notario en su actuación notarial.

La responsabilidad notarial no puede traspasar el campo de acción que el Notario tiene señalado; pues debe concretarse a los hechos en que personalmente interviene y que están directamente sometidos a su criterio. En este sentido existen dentro de la función notarial actos sobre los cuales el Notario autorizante no tiene responsabilidad, por estar fuera del campo de acción de la fe pública notarial pues, son ajenos al acto aunque relacionados con él. Por ejemplo, si un Notario recibe una primera copia simple legalizada, va explicar tal situación al adquirente, sin que este tenga el conocimiento de la posible existencia de un derecho anterior, no tiene por esto el Notario ninguna sanción, mientras nada en contrario conste en la misma escritura, pues un Notario no puede ponerse en la actitud de querer investigar sobre la existencia de otro instrumento anterior, pues esto está fuera de la función notarial y la responsabilidad del acto la tiene solo el que comete el fraude. Por esta misma causa no tiene responsabilidad el Notario.

4.2.1 Responsabilidad Penal

Como punto de partida debemos considerar el significado de responsabilidad penal entendiendo esta como aquella que se concreta en la aplicación de una pena, por acción u omisión (dolosa o culposa) del autor de una u otra.

“Esta se da cuando el Notario en el ejercicio de sus funciones, comete un delito; ya que si llegara a cometer un delito como una persona común y corriente, aunque cae en el campo penal, no se enmarcaría dentro de la responsabilidad notarial. Por tal circunstancia existen los delitos propios o en los cuales puede incurrir el Notario como profesional...”⁶¹

En conclusión, es la responsabilidad que tiene un Notario al falsificar los instrumentos públicos, por incurrir en falsedad y otros delitos conexos, haciendo constar situaciones de derecho y de hecho que en la realidad no existen o aprovechándose de su función en beneficio propio o ajeno, siendo asimismo derivada, en algunos casos de la responsabilidad civil, o bien esta responsabilidad (la penal) genera la responsabilidad civil.

En el Código Penal se establecen algunos delitos que podrían cometer los Notarios, los cuales son los siguientes:

1. Publicidad indebida. Artículo 222.
2. Revelación del secreto profesional. Artículo 223.
3. Casos especiales de estafa. Artículo 264.
4. Falsedad material. Artículo 321.
5. Falsedad ideológica. Artículo 322.
6. Supresión ocultación o destrucción de documentos. Artículo 327.
7. Revelación de secretos. Artículo 422.

⁶¹ Muñoz, Nery Roberto; Introducción al estudio del Derecho Notarial. Op. Cit., Pág. 144.

8. Violación de sellos. Artículo 434.

9. Responsabilidad del funcionario al autorizar un matrimonio. Artículo 437.

10. Inobservancia de formalidades al autorizar un matrimonio. Artículo 438.

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

El Artículo 27 numeral 12 del Código Penal, establece el agravante de abuso de autoridad; así mismo el Artículo 58 del mismo cuerpo legal regula la inhabilitación especial por ser profesional.

En el caso de la emisión de segundas o subsiguientes copias simples legalizadas, un Notario no está cometiendo ninguna actividad ilícita, ni incluso al autorizar el instrumento en el cual se ha cedido un derecho, pues no existe algún motivo por el cual el deba creer que existe un instrumento anterior. Analizando algunos tipos penales se puede decir que, el delito de falsedad ideológica se estaría cometiendo por parte de la persona que insertare o hiciere insertar declaraciones falsas. En igual forma el delito de estafa lo cometería quien a sabiendas que un derecho ya ha sido cedido, lo vuelve a ceder, o bien no siendo dueño del mismo finge serlo, a través de un instrumento que sustancialmente no le corresponde.

4.2.2 Responsabilidad Civil

“La doctrina reconoce en la responsabilidad civil los siguientes elementos: la realización de un daño, la culpa y el nexo causal entre ambos. Es necesario primero que se haya realizado un daño material o moral en el sujeto pasivo. Segundo, que el daño se haya producido como consecuencia de una actuación negligente, descuidada, por falta de previsión o cuidado, o con la intención de dañar; es decir, que haya un sujeto culpable. Tercero, que haya una relación de causalidad entre el daño causado y la actuación culpable.

*La responsabilidad civil del Notario es de origen contractual y extracontractual, depende de la causa que lo origine. Cuando es consecuencia directa e inmediata de un contrato de prestación de servicios profesionales será contractual. Cuando es resultado directo de las obligaciones que tiene como Notario en la ley, como ejercicio obligatorio de su profesión la responsabilidad será extracontractual.”*⁶²

*“La responsabilidad civil consiste en la obligación de resarcir daños y abonar perjuicios derivados de un acto ilícito, que se impone a quien lo comete, o del no cumplimiento de un deber legal que corresponde a una persona determinada. Supone la eventual inobservancia de una norma por parte del sujeto obligado.”*⁶³

Para Carral y de Teresa, tres son los elementos que se requieren para que exista la responsabilidad civil: *“1. Que haya violación de un deber legal, por acción u omisión del Notario; 2. Que haya culpa o negligencia de parte de este; y 3. Que se cause un perjuicio.”*⁶⁴

Con respecto a los daños y perjuicios, el Artículo 1645 del Código Civil, Decreto ley 106, establece: *“que toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, por descuido o por imprudencia, está obligada a repararlo.”* Específicamente en el Artículo 1668 del mismo cuerpo legal se establece: *“El profesional es responsable por los daños o perjuicios que cause por ignorancia o negligencia inexcusable, o por divulgación de los secretos que conoce con motivo de su profesión.”*

⁶² Pérez Fernandez del Castillo, Bernardo. Op. Cit., Pág 299.

⁶³ Salas, Oscar A. Op. Cit., Pág. 183.

⁶⁴ Carral y de Teresa, Luis. Op. Cit., Pág. 132.

4.2.3 Responsabilidad Administrativa

La responsabilidad administrativa se produce cuando el Notario quebranta las normas éticas y profesionales que rigen el ejercicio de la profesión lo que trae como consecuencias sanciones disciplinarias a cargo de los organismos establecidos legalmente.

“Se incurre en ella por incumplimiento de deberes ajenos a la función notarial propia, que otras leyes administrativas le imponen.”⁶⁵

Dentro del conjunto de actividades que realiza el Notario, desde la función asesora, modeladora y legitimadora referente a autorizar con su firma, las manifestaciones de voluntad de los otorgantes, contrae obligaciones posteriores al otorgamiento del acto, a esto también se le llama responsabilidad administrativa del Notario.

Existen instituciones que se relacionan con el Notario, de acuerdo a las obligaciones posteriores a que este se encuentra sujeto, por ejemplo:

1. Registro General de la Propiedad
2. Archivo General de Protocolos
3. Procuraduría General de la Nación
4. Superintendencia de Administración Tributaria,

Es así como también se le considera al Notario recaudador del fisco, cuando paga por el cliente impuestos sobre los contratos celebrados, o cuando adquiere timbres fiscales para el pago de dichos impuestos o del valor agregado, para extender un primer testimonio, empero, aunque la relación es íntima con la Superintendencia de Administración Tributaria, a esta obligación en particular se le conoce como responsabilidad fiscal.

⁶⁵ Ibíd. Pág 148.

En el Código de Notariado Decreto número 314, y la Ley del Organismo Judicial, se establecen algunas obligaciones notariales, las cuales si no se cumplen conllevan a una obligación de pago o una sanción específica. De forma general se puede aplicar la sanción establecida en el Artículo 101 del Código de Notariado, que indica: *“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 de cien quetzales, o suspensión de un mes hasta un año. La sanción se hará en auto acordado con justificación de motivos.”* Es decir esta sanción se aplicará cuando no exista una sanción específica en una ley determinada.

Dentro de las obligaciones que conllevan a responsabilidad administrativa, puedo mencionar:

1. La del pago de apertura de protocolo.
2. Depositar el protocolo y redactar el índice.
3. La relativa a la entrega de testimonios especiales.
4. Extender los testimonios a los clientes.
5. Dar los avisos correspondientes, entre ellos los trimestrales, de traspaso, de matrimonio, de testamentos, etc.
6. Tomar razón de las actas de legalización de firmas.
7. Protocolizar actas, como las de matrimonio.
8. Extender avisos de documentos protocolizados provenientes del extranjero.

Si bien es cierto que existe la obligación posterior de extender testimonios o copias simples legalizadas, no es posible que la carencia de regulación legal en cuanto al número y orden de expedición, conlleven al Notario a incurrir en cualquier tipo de responsabilidad. Sin embargo, si está tendiendo algún tipo de colaboración indirecta e involuntaria, pues existen personas que abusan de dicho vacío legal y hacen que la fe pública del Notario se vea afectada, y tienda a debilitarse la seguridad jurídica, que el mismo Estado de Guatemala ha garantizado constitucionalmente.

4.3 Procedimiento para que el Notario lleve un control numérico de la expedición de copias simples legalizadas de las escrituras públicas

En Guatemala se carece del control que deberían observar los Notarios en la emisión de una primera copia simple legalizada o testimonio. Radicando el problema, a partir de la emisión de una segunda copia legalizada de escritura pública. Esta problemática sería limitada a través de la anotación en el protocolo de la emisión de la segunda y subsiguientes copias simples legalizadas de escritura pública.

Quien la pida, tiene que acreditar con un informe registral que sigue siendo el titular o el interés que tiene en el mismo. Ante el pedido de la ulterior copia, el titular deberá invocar alguna causal para solicitarla por ejemplo: pérdida o destrucción de la primera copia, etc.

Además de la simple manifestación, indicarle al solicitante que debe acudir a la Policía Nacional Civil, Juzgados de Paz o al Ministerio Público, a interponer la denuncia correspondiente, para dejar constancia que la manifestación de robo o extravío está debidamente documentada.

El Notario debe expedir la segunda o ulterior copia sin ninguna reserva, cuando no hay obligaciones pendientes, y no tiene derecho para investigar nada más que la justificación del interés.

Toda copia debería darse con previa citación de los que han participado en la escritura, los cuales pueden comparar la exactitud de la copia con la matriz.

Existe un vestigio sobre anotación en el Archivo General de Protocolos, que el Código Notariado, en el Artículo 81 numeral 9, establece: *“Anotar al margen de los instrumentos que obren en el archivo, las modificaciones que sufran y de las cuales tenga conocimiento por aviso del Notario y autorizante. Tal anotación deberá incluirse en los testimonios que se extiendan con posterioridad.”*, empero; no hace referencia a la anotación de la emisión de una segunda o subsiguiente copia simple legalizada de escritura pública.

Por lo tanto, un Notario ante la solicitud de la expedición de una copia legalizada, debería consignar en el documento que es una segunda o subsiguiente copia simple legalizada; luego anotar al margen del protocolo una breve nota que indique, que número de copia simple legalizada se ha emitido y la persona o personas a quienes se les ha emitido, así como la identificación de las mismas, a través del documento personal de identificación o pasaporte respectivo. Esto con el fin de tener un control numérico, que permita brindar seguridad jurídica a las personas que harán uso de dichos instrumentos.

4.4 Avisos al Archivo General de Protocolos, dependencia de la Presidencia del Organismo Judicial

El Archivo General de Protocolos, dependencia de la Presidencia del Organismo Judicial, es quien tiene como función principal verificar que las normas notariales se cumplan, así como actuar dentro del ámbito de la función notarial.

El párrafo primero del Artículo 78 del Código de Notariado, Decreto número 314, establece: *“Al Archivo General de Protocolos, dependencia de la Presidencia del Organismo Judicial, le corresponde registrar los mandatos judiciales, recibir y conservar los expedientes extrajudiciales de jurisdicción voluntaria, los testimonios especiales de las escrituras públicas autorizadas por los Notarios del país y los Protocolos que en el se depositen por fallecimiento, impedimento o ausencia del Notario respectivo.”* Es por ello que resulta de vital importancia regular las acciones o participación que esta dependencia va a adquirir en el tema de la emisión de una segunda o subsiguiente copia legalizada.

Por una parte el Archivo General de Protocolos, tiene la atribución de extender testimonios o copias legalizadas de instrumentos públicos a quien las solicite, esto al tenor del Artículo 81 numeral primero, que establece *“Extender testimonio de los instrumentos públicos que obren en el archivo, bastando solicitud verbal de la parte interesada.”*

Es necesario aclarar que el Archivo General de Protocolos puede emitir copias o testimonio en la circunstancia de estar vivo el Notario, al igual que puede hacerlo cuando aquel haya fallecido, pues el Notario en principio no es el dueño del protocolo sino simple depositario, al respecto establece el Artículo 23 del mismo cuerpo legal: *“Los albaceas, herederos o parientes, o cualquier otra persona que tuviera en su poder el protocolo de un Notario fallecido, lo depositará dentro de los treinta días siguientes al fallecimiento, en el Archivo General de Protocolos: si se encontrare en la capital, o dentro del mismo plazo en el Juez de Primera Instancia o alcalde municipal, si estuviere en una cabecera departamental o municipal, respectivamente. En estos casos el Juez de Primera Instancia o el Alcalde municipal, lo remitirá dentro de los ocho días siguientes a su depósito al referido archivo.”*

Ante un depósito permanente del protocolo o un depósito temporal, el Archivo General de Protocolos, será el encargado de emitir una segunda o

subsiguiente copia legalizada. Es menester entonces, se envíe un aviso al Notario de la emisión de la misma, para garantizar así la fe pública que ostenta el Notario y garantizar que la seguridad jurídica cubra todos los ámbitos posibles, en donde pudiere ser vulnerada.

4.5 Consecuencias jurídicas derivadas de la ausencia de regulación legal

Cuando en un ordenamiento jurídico se carece de ciertas regulaciones legales, es decir existen vacíos de ley, sobra voluntades que hagan de dicho vacío, un cúmulo de actividades que tienen a menoscabar el orden jurídico.

La consecuencia jurídica directa que surge, al carecer de regulación legal en el control numérico que un Notario debe observar en la emisión de una segunda o subsiguiente copia simple legalizada, consiste en la mala fe que de ese hecho pueden hacer las personas, si bien es cierto una persona tiene derecho a solicitar la emisión de un instrumento de tal naturaleza, en forma de reposición; aplicando un criterio analítico se puede pensar que el primer documento fue utilizado para obtener un beneficio económico (constitución de derechos reales de cualquier índole, una compraventa, donación, etc.), y al momento de otorgar una segunda o subsiguiente copia, por no llevar un estricto control en el registro notarial, el profesional indirectamente está permitiendo actividades ilícitas.

Actividades como la estafa, son comunes en personas, que mediante ardid y engaño hacen mal uso de estos instrumentos; como bien lo establece el Artículo 263 del Código Penal, Decreto 17-73: *“Comete estafa quien, induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño, lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno...”* al analizar este Artículo pueden darse tres formas de participación o acción por parte de un sujeto.

En primer lugar, una persona que siendo titular de determinados derechos, pierda o extravíe su primera copia simple legalizada, puede solicitar otra, es decir una segunda copia simple legalizada, en la cual siempre se consignará su nombre

pues es el titular. Procediendo a ceder dichos derechos, mediante un contrato de compraventa, donación, permuta, o incluso arrendamiento, de forma reiterada, a diversas personas, que por buena fe no tienen conocimiento que dichos derechos ya han sido traspasados con anterioridad a otra u otras personas. Esto se puede hacer tantas veces le sea posible solicitar al Notario una copia simple legalizada, dicho sea de paso, puede ser una cantidad ilimitada de veces por no existir prohibición.

En segundo lugar, como ya se ha mencionado en el párrafo anterior cuando una persona que siendo titular de determinados derechos, pierda o extravíe su primera copia simple legalizada, puede solicitar otra, es decir una segunda copia simple legalizada, en la cual siempre se consignará su nombre pues es el titular. Es posible que dicha persona quiera constituir derechos reales de garantía, ejemplo: hipoteca, ante una institución bancaria, lo cual es posible, una vez se llenen los requisitos que dicha institución requiera para el otorgamiento de un crédito. Sin embargo en la práctica, la mayoría de instituciones crediticias, tienen como política no conceder créditos, cuando se trate de una segunda copia legalizada, mucho menos una subsiguiente; pero ¿si el Notario no consignó que era una segunda copia legalizada o subsiguiente?, definitivamente se puede inducir a error a la institución, creyendo que es la primera que ha extendido.

En tercer lugar, cuando una persona que no es la titular de los derechos que constan en una escritura pública, acude ante Notario, a solicitar una copia, surge la interrogante ¿a nombre de quien se extenderá dicho instrumento?, por una parte puede ser a nombre del titular, o bien consignarse en la razón final de la copia simple legalizada, el nombre de la persona que la ha solicitado.

En el primer supuesto del párrafo anterior, se estaría vulnerando la seguridad jurídica del titular, pues influyendo sobre la decisión de cualquier Notario se podría obligar a insertar declaraciones falsas de vender ceder o traspasar un bien y al mismo tiempo a falsificar la firma del titular, en virtud del instrumento extendido. Actividad ilícita que según el Artículo 322 del Código Penal Decreto 17-73, de falsedad ideológica establece: *“Quien, con motivo del otorgamiento,*

autorización o formalización de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos e seis años.”

En el segundo supuesto, de extender la copia simple legalizada a nombre del solicitante, puede parecer desde un punto de vista amplio, no perjudicar en nada, empero, por la falta de profesionalismo de algunas personas en el caso de faccionarse documentos privados por personas que tienen limitados conocimientos o bien por Notarios que solo hacen una revisión superficial; no logran constatar la congruencia que debe existir en la fotocopia de la hoja de papel sellado especial para protocolo y la razón del testimonio o primera copia simple legalizada, en caso de extenderse mediante esa forma; se puede llegar a deducir erróneamente que el titular de los derechos es la persona que aparece consignada en la razón final, situación que sin lugar a dudas puede dar lugar a incurrir en actividades como las enmarcadas en los dos párrafos anteriores, es decir a ceder dichos derechos, mediante un contrato de compraventa, donación, permuta, arrendamiento, etc, o solicitar el otorgamiento de créditos, actividad sancionada específicamente como un caso especial de estafa, regulado en el numeral 9 del Artículo 264 del Código Penal Decreto 17-73, que establece: *“Quien, fingiéndose dueño de una cosa inmueble la enajenare, gravare o dispusiere de ella, en cualquier otra forma.”*

Existe otro caso que deja al criterio de los Notarios la emisión de una copia simple legalizada, tal es el otorgamiento de un contrato de partición de bienes de forma extrajudicial, siendo este aquel acuerdo de voluntades, por el que deciden poner fin a la proindivisión que existe sobre un bien, entre todos los herederos, por el fallecimiento de uno de los padres.

Al celebrarse dicho contrato, surge la interrogante: ¿debe extenderse una primera copia simple legalizada para todos?, de ser así, el problema radica en que cada uno de ellos no tiene como ejercitar los derechos que les corresponde. Muchos Notarios consideran, que debe extenderse una copia simple legalizada, y

de ella extender una fotocopia legalizada, lo cual causa problema entre los otorgantes, además de no tener los mismos efectos jurídicos dichas fotocopias.

La solución a criterio de otros Notarios, consiste en emitir una primera copia simple legalizada a cada uno de los otorgantes, lo cual pragmáticamente es factible; pero técnicamente se estarían emitiendo varias copias simples legalizadas, con carácter de primera. La salvedad de este caso, es que aunque si bien es cierto se extiende varias primeras copias simples legalizadas, cada una de ellas en su razón final, se coloca un nombre distinto, es decir del compareciente al que se le está entregando.

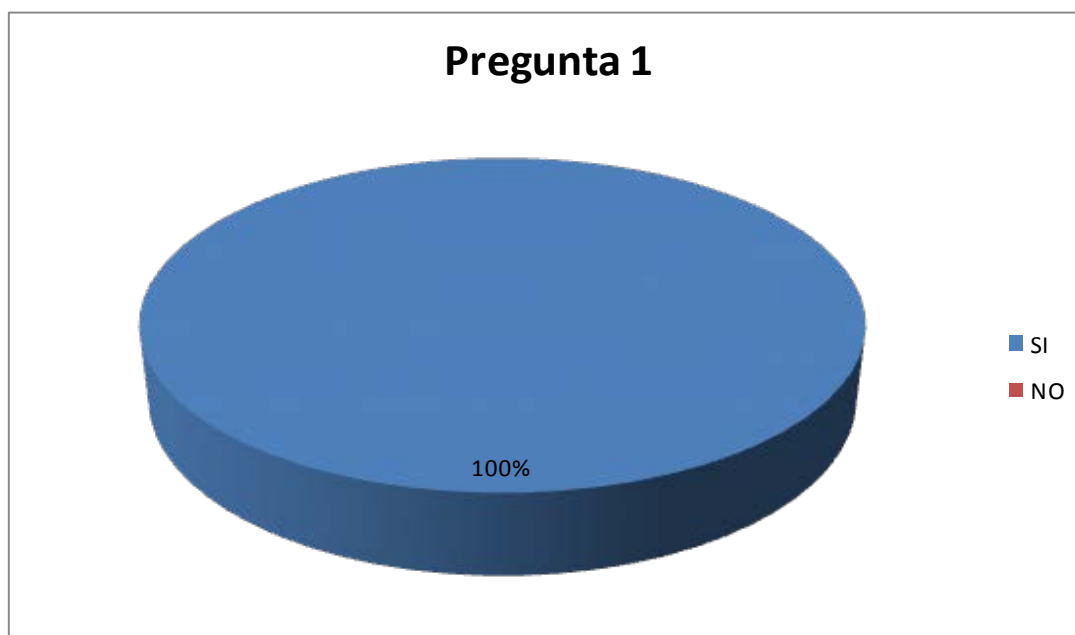
El principio de seguridad jurídica, es el principalmente afectado en estos casos, y basándose este en la fe pública que tiene el Notario; se da por sentado que los actos que legaliza son ciertos, existiendo entonces una certidumbre o certeza. Esta seguridad jurídica, tiene su fundamento en la Constitución Política de la República en el Artículo 2º, que establece: *“es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”*. Interpretándose esta seguridad desde el punto de vista notarial, como la certeza jurídica de cada uno de los actos que son realizados por un Notario.

Sin embargo, esta seguridad de forma ampliada se ve desvirtuada al momento de no regularse el proceso que el Notario debe seguir para la expedición de la segunda y subsiguientes copias simples legalizadas de escrituras públicas, permitiendo una interpretación abierta de los profesionales del derecho teniendo esta repercusiones futuras, por la inexistencia de mecanismos que permitan tener un riguroso control en el número de expediciones de las copias en mención, lo que evidencia una forma de vulneración al principio de seguridad notarial, que permite por parte de los particulares el abuso de su derecho con las copias simples legalizadas de las escrituras públicas que extiende el profesional del derecho, fomentando actividades delictivas, como las ya enunciadas anteriormente.

Para verificar las consecuencias jurídicas mencionadas, se realizó una encuesta a Notarios del municipio y departamento de Chiquimula, en cuanto al problema objeto de investigación.

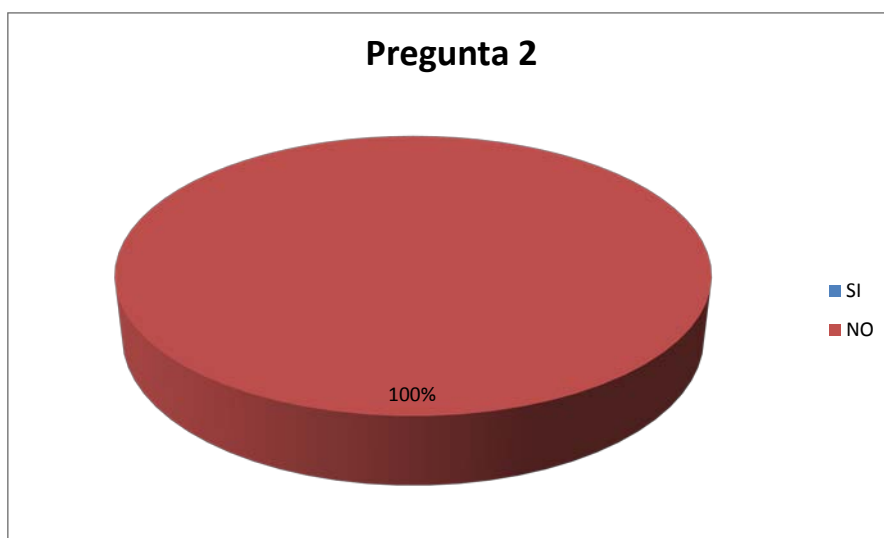
La muestra que se utilizó fueron 10 Notarios del municipio y departamento de Chiquimula, realizándose seis interrogantes, teniéndose los resultados que a continuación se describen.

La pregunta número uno es: dentro del ejercicio como profesional del Derecho, usted ¿Ha emitido una segunda o subsiguiente copia simple legalizada de escritura pública? Ilustrándose a continuación las respuestas obtenidas:



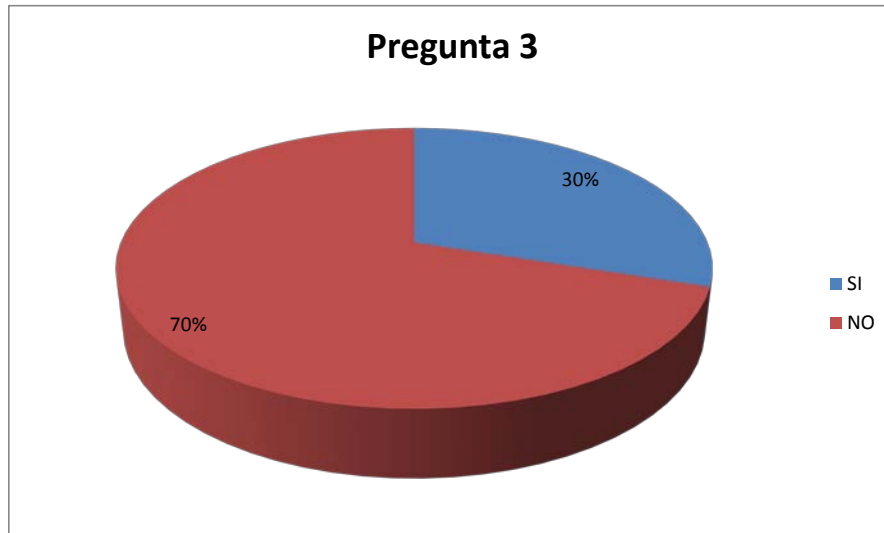
Se realiza esta interrogante, pues el tema de investigación lo constituye la expedición de las copias simples legalizadas de escritura pública. En este trabajo esta interrogante todos los Notarios, es decir diez profesionales del derecho respondieron de forma afirmativa, tal y como se ilustra en la gráfica respectiva.

La pregunta número dos es: Sabe usted, ¿Si existe alguna normativa que regula la emisión del número de las copias simples legalizadas de escritura pública? teniéndose los resultados siguientes:



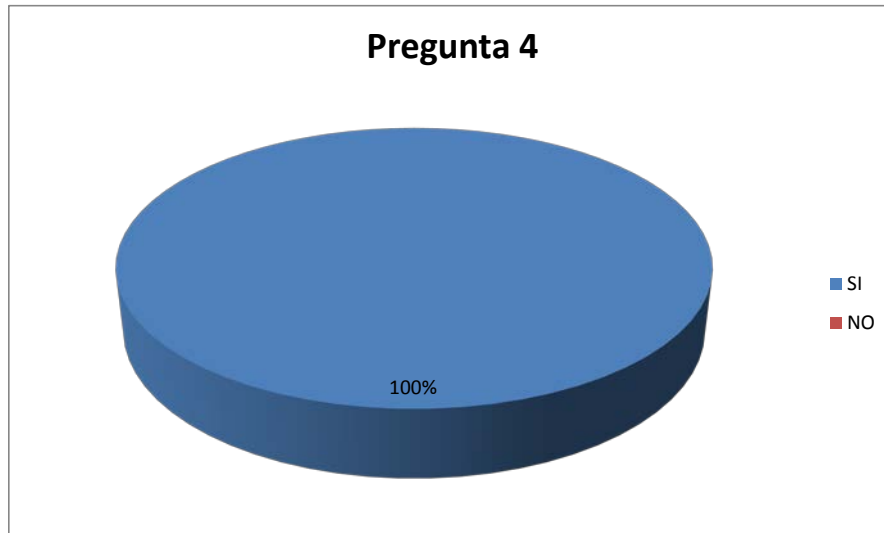
La tabulación de las respuestas obtenidas demuestran que, en la primera pregunta, un cien por ciento dentro del ejercicio de sus funciones han emitido una segunda o subsiguiente copia simple legalizada de escritura pública, por lo que se mantuvo la constante de ese cien por ciento, pero de forma negativa en cuanto a la respuesta que tienen Notarios de que si existe la normativa que regule la emisión del número de las copias simples legalizadas de escritura pública.

En seguimiento al cuestionario se realizó la pregunta número tres que es la siguiente: ¿Lleva usted un control numérico de la cantidad de copias simples legalizadas de escritura pública que extiende?, ilustrándose de la siguiente forma:



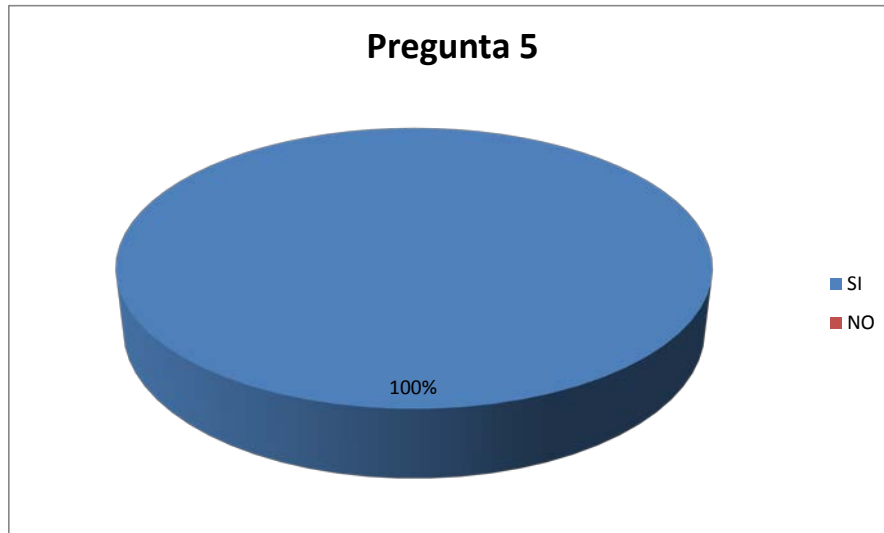
Teniéndose como resultado que un treinta por ciento de la muestra es respuesta afirmativa pues si tienen un control de expedición de copias simples legalizadas, y un setenta por ciento de los Notarios encuestados es respuesta negativa, pues carecen de un control número de las copias simples legalizadas de escritura pública que expiden a sus clientes. Pregunta que es fundamental en el problema de esta investigación y se encuentra en discordia en cuanto a las actividades que realiza el Notario, en el orden que debe seguir.

Así mismo, se realizó la pregunta número cuatro. ¿Considera usted que se facilita la comisión de actividades delictivas en contra del patrimonio, por carecer de un control numérico en la expedición de copias simples legalizadas de escritura pública?, obteniéndose el siguiente resultado:



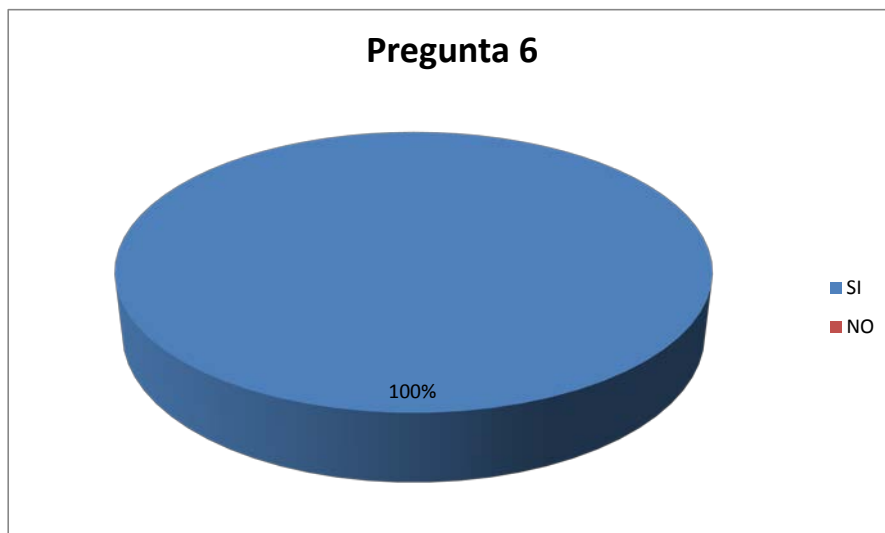
En la pregunta anterior se obtuvo una respuesta afirmativa de todos los encuestados, lo que significa que si no se lleva un control numérico de la expedición de las copias simples legalizadas, lo que facilita para los particulares actividades ilícitas que pueden darse en algún momento como estafas u otros tipos de responsabilidades civiles, dependiendo de las condiciones en que se den las acciones que tengan restringir el patrimonio de una persona.

En seguimiento al cuestionario se realizó la pregunta número cinco que es la siguiente: Dentro del ejercicio como profesional del Derecho, usted ¿tiene conocimiento de procesos judiciales a causa de actividades ilícitas, producto de la emisión de segunda o subsiguiente copia simple legalizada de escritura pública? ilustrándose de la siguiente forma:



Teniéndose como resultado que la totalidad de notarios indican de forma afirmativa, que conocen de procesos judiciales de diversas materias que se accionaron por motivo del mal uso que hacen los clientes de la segunda y subsiguientes copias simples legalizadas de escritura pública que expiden los notarios.

A continuación se realiza la última de las preguntas que contiene la encuesta que nos permite comprobar el problema jurídico que se está investigando, formulándose de la siguiente manera. Cree usted, ¿Qué es necesario reformar el Código de Notariado de Guatemala para regular la anotación del número de copias simples legalizadas de escritura pública que extienden los Notarios?



Podemos argumentar que todos los Notarios, mostraron su acuerdo en cuanto a la necesidad de reformar el Código de Notariado para regular la anotación del número de copias simples legalizas que extiendan en razón de su función, para evitar la comisión de actividades ilícitas.

Por lo que en la presente investigación, se redacta un ejemplo del proyecto del decreto que el Congreso de la República de Guatemala debería aprobar para que cada vez que un Notario extienda una copia simple legalizada lo haga por medio de un control numérico y en realidad pueda existir un orden en la emisión de las copias simples legalizadas (Anexo 2).

CONCLUSIONES

1. Se estableció que en el municipio y departamento de Chiquimula se carece de un riguroso control numérico de la emisión de la segunda o subsiguientes copias simples legalizadas de los instrumentos públicos que faccionan los Notarios que ejercen su profesión.
2. Se comprobó que se facilita la comisión de actividades delictivas en contra del patrimonio de las personas, por no existir un control de copias simples legalizadas de escritura pública que extienden los Notarios del municipio y departamento de Chiquimula, esto a través de encuestas que se realizaron durante la investigación a distintos Notarios en ejercicio profesional.
3. Es necesario regular en el Código de Notariado, Decreto 314 por medio de una adición que realice el Congreso de la República de Guatemala, estableciéndose que al momento de extenderse una segunda o subsiguientes copias simples legalizadas de los instrumentos públicos se anote al margen del protocolo el número copias del instrumento que se está expidiendo, con el objeto de que se eviten actividades ilícitas, que menoscaben la seguridad jurídica de las personas.

RECOMENDACIONES

1. Que se realice una propuesta de la forma que sea más adecuada y segura por parte de los profesionales del derecho para llevar el control que permita no contribuir a actividades delictivas por parte de las personas que intervienen en los instrumentos públicos como estafas, falsedades y otros delitos que perjudiquen a terceros o a la sociedad. Es por ello que se considera necesario que se realice una anotación en el protocolo del Notario autorizante por medio de una razón el número de copias simples legalizada que se ha extendido de ese instrumento y a la vez que se adjunte un documento que compruebe la necesidad de su expedición.
2. Se exhorta al Organismo Legislativo de la República de Guatemala, que tome la iniciativa en la redacción de un proyecto de ley que incluya una reforma al Decreto 314, Código de Notariado, en donde se regule un estricto control numérico en cuanto a la emisión de la segunda o subsiguientes copias simples legalizadas de los instrumentos públicos.
3. Los Notarios deben tener una preparación académica adecuada que permita observar los requisitos de forma y de fondo que en un instrumento público se deben observar, cuando una o varias personas soliciten la redacción de dicho instrumento, así como las obligaciones previas y posteriores que devienen de la elaboración de dicho instrumento, con el objeto de evitar cualquier consecuencia jurídicas por desconocimiento.
4. Es necesario que los Notarios, estén precavidos al momento de emitir una segunda o subsiguiente copia simple legalizada de una escritura pública verificando si se cumple con los requisitos legales para la misma.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarado Sandoval, Ricardo y Gracias González, José Antonio. El Notario ante la contratación civil y mercantil. Editorial estudiantil Fénix. Cuarta edición. Guatemala, 2011.

Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta. SRL. Undécima edición. 1993.

Carral y de Teresa, Luis. Derecho notarial y Derecho registral. Editorial Porrúa. 16ª edición. México, 2004.

Gatarrí, Carlos Nicolás. Manual de Derecho Notarial. Editorial AbeledoPerrot. Segunda edición. 1ra reimpresión. Buenos Aires, Argentina, 2011.

Giménez Arnau, Enrique. Derecho notarial. Ediciones Rialp. Novena edición. España, 1964.

González, Carlos Emérito. Derecho Notarial. Editorial la ley, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1971.

Gracias González, José Antonio. El instrumento público en la legislación guatemalteca. Editorial estudiantil Fénix. Guatemala, 2008.

Laferriere, Augusto Diego. Curso de Derecho Notarial; anotaciones efectuadas durante el cursado de la especialización en derecho notarial Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad Nacional del Litoral. Primera edición. Santa Fe, Argentina. 2008.

Muñoz, Nery Roberto. El instrumento público y el documento notarial. Infoconsult editores. 12ª edición. Guatemala, 2007.

Muñoz, Nery Roberto. Introducción al estudio del derecho notarial. Infoconsult Editores. 15^a. edición. Guatemala, 2013.

Núñez Lagos, Rafael. Los esquemas conceptuales del instrumento público. Editorial Universidad Notarial de Argentina. La Plata, Argentina, 1967.

Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. 35^a edición. Buenos Aires, Argentina, 2007.

Pelosi, Carlos A. El documento Notarial. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina 1987.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho notarial. Editorial Porrúa. México, 1981.

Salas, Oscar A. Derecho notarial de Centroamérica y Panamá. Editorial Costa Rica. Costa Rica, 1973.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

Código Civil, Decreto Ley 106. Jefe de Estado Enrique Peralta Azurdia. 1964.

Código de Notariado, Decreto 314. Juan José Arevalo. 1946.

Código Penal, Decreto 17-73. Carlos Manuel Arana Osorio. 1973.

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

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89. Marco Vinicio Cerezo Arévalo. 1989.

ANEXOS

ANEXO 1



UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE “CUNORI”
CARRERA CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



ENCUESTA

El presente cuestionario de investigación será utilizado para la recopilación de información para el desarrollo del trabajo de graduación titulado: “ANOTACIÓN EN EL PROTOCOLO DE LA EMISIÓN DE LA SEGUNDA Y SUBSIGUIENTES COPIAS SIMPLES LEGALIZADAS DE ESCRITURA PÚBLICA”. Dirigido a Notarios del municipio y departamento de Chiquimula.

Instrucciones: A continuación, se le presenta una serie de cuestionamientos relacionados con el proyecto de investigación a los cuales deberá de responder de forma clara y breve.

1. Dentro del ejercicio como profesional del Derecho, usted ¿Ha emitido una segunda o subsiguiente copia simple legalizada de escritura pública?
2. Sabe usted, ¿Si existe alguna normativa que regula la emisión del número de las copias simples legalizadas de escritura pública?
3. ¿Lleva usted un control numérico de la cantidad de copias simples legalizadas de escritura pública que extiende?

4. ¿Considera usted que se facilita la comisión de actividades delictivas en contra del patrimonio, por carecer de un control numérico en la expedición de copias simples legalizadas de escritura pública?
5. Dentro del ejercicio como profesional del Derecho, usted ¿tiene conocimiento de procesos judiciales a causa de actividades ilícitas, producto de la emisión de segunda o subsiguiente copia simple legalizada de escritura pública?
6. Cree usted, ¿Qué es necesario reformar el Código de Notariado de Guatemala para regular la anotación del número de copias simples legalizadas de escritura pública que extienden los Notarios?

ANEXO 2

DECRETO NÚMERO _____

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República de Guatemala establece como deber del Estado garantizarles a los habitantes de la República de la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, abarcando esta seguridad no solo la física sino una seguridad jurídica, que dé certeza a la actuación notarial.

CONSIDERANDO:

Que en la actualidad la solicitud de copias simples legalizadas de escritura pública ha ido en incremento, siendo utilizadas estas para promover actividades ilícitas en contra del patrimonio de personas individuales o jurídicas.

CONSIDERANDO:

Que la ausencia de regulación legal, en cuanto a la emisión de una segunda o subsiguiente copia simple legalizada de escritura pública hace posible vulnerar la seguridad jurídica; y que para garantizar el cumplimiento de dicha seguridad y los derechos de los habitantes, se hace necesario adicionar el Artículo 73 bis, en el Código de Notariado Decreto Número 314 del Congreso de la República de Guatemala;

POR TANTO:

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

DECRETA:

Reformas al Código de Notariado Decreto 314

Artículo 1. Se adiciona el Artículo 73 bis, el cual queda así:

“Artículo 73 bis. Para la emisión de una simple copia legalizada, debe consignarse en el documento que es una primer, segunda o subsiguiente copia simple legalizada. Cuando se solicite una segunda o subsiguiente copia simple legalizada, el interesado deberá indicar al notario la causal de su solicitud y previamente cuando sea el caso, acudir a la Policía Nacional Civil, Juzgados de Paz o al Ministerio Público, a interponer la denuncia correspondiente, para dejar constancia del robo, extravío, deterioro u otra causa. Luego anotar al margen del protocolo una breve nota que indique, el número de copia simple legalizada se ha emitido y la persona o personas a quienes se les han emitido, así como la identificación de las mismas, a través del documento personal de identificación o pasaporte respectivo.

Posteriormente el Notario debe enviar un aviso dentro del plazo de veinticinco días hábiles al Archivo General de Protocolos, de dicha emisión para la anotación correspondiente.”

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

Artículo 2. Al entrar en vigor la presente Ley quedan derogadas las disposiciones legales que se opongan a la misma.

Artículo 3. El presente decreto entra en vigor a los ocho días posteriores a su publicación en el Diario Oficial de Centroamérica.

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

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA EL DÍA _____ DE _____ DEL AÑO DOS MIL DIECISIETE.