

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

**EL INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL COMO FORMA DE LOS NEGOCIOS
JURÍDICOS EN MATERIA CIVIL**

JORGE DAVID WINTER GARCÍA

GUATEMALA, JUNIO DE 2013

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

**EL INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL COMO FORMA DE LOS NEGOCIOS
JURÍDICOS EN MATERIA CIVIL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JORGE DAVID WINTER GARCÍA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2013

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

DECANO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br. Rocael López González
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez.

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Héctor David España Pinetta
Vocal:	Lic. René Siboney Polillo Comejo
Secretaria:	Licda. Edna Mariflor Irungaray López

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Roberto Samayoa
Vocal:	Licda. Adela Lorena Pineda Herrera
Secretario:	Lic. José Dolores Bor Sequén

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



LICENCIADO

DARWIN HOMERO PORRAS QUEZADA

ABOGADO Y NOTARIO

Dirección: 4 Calle 4-78, Zona 6, Residenciales Catalina, Villa Nueva.

Teléfono: 66311976 - 66355718

Guatemala, 08 de Febrero de 2013

Licenciado

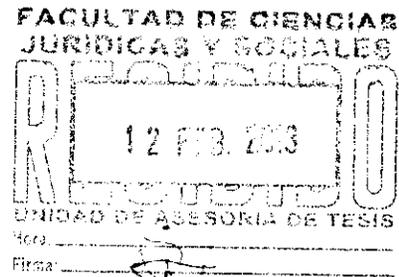
Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Presente.



Estimado Licenciado:

Atentamente me dirijo a usted y hago de su conocimiento que revisé el trabajo de tesis del Bachiller **JORGE DAVID WINTER GARCÍA**, intitulado: **"EL INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL COMO FORMA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS EN MATERIA CIVIL"**, por lo que respetuosamente le informo lo siguiente:

- a. El aporte de la presente investigación consiste en la necesidad de fortalecer la legislación guatemalteca en el ámbito notarial y civil, debiéndose incorporar las formas para enmendar los efectos jurídicos del instrumento público autorizado por notario que no ha llenado los requisitos que la legislación guatemalteca establece en materia de negocios jurídicos. Durante el desarrollo del presente trabajo el bachiller enfocó el tema con propiedad utilizando un lenguaje claro y fácil de comprender, ordenando los capítulos acorde al tema y a la investigación; es de indicar que el contenido científico es de carácter jurídico, el cual se analiza desde la perspectiva legal así como explicativa de los diferentes procesos que en esa materia se dan.
- b. El estudiante utilizó los métodos de investigación deductivo e inductivo, así como el analítico y el sintético, en la cual comprobó la hipótesis rectora al realizar diferentes análisis y observaciones apoyados por la técnica de las fichas bibliográficas las cuales resumieron la información obtenida de diferentes fuentes, cumpliendo con los requisitos técnicos y científicos de una investigación de esta naturaleza.



- c. Durante el desarrollo del presente trabajo, se revisó la redacción y sugerí algunas correcciones de tipo gramatical las cuales eran necesarias para una mejor comprensión y estética del tema que se desarrolla.
- d. En cuanto al contenido científico del presente trabajo de tesis radica en determinar la importancia del derecho notarial y su incidencia en el negocio jurídico celebrado ante los oficios notariales, siendo necesaria una reforma legal en Guatemala que fortalezca la obligación del cumplimiento de los requisitos que la legislación guatemalteca establece en materia de negocios jurídicos.
- e. Las conclusiones y recomendaciones, comprenden los aspectos más importantes del tema tratado y se desarrollaron de una manera clara y sencilla conforme a los cambios que le indique al sustentante las cuales son congruentes con la investigación.
- f. La bibliografía que se utilizó es suficiente ya que la información recabada se obtuvo de diversos libros de diferentes tratadistas, así como revistas, internet, entre otros con relación al tema y conforme a la investigación que se realizó.

Por lo anterior, considero que el trabajo expuesto satisface los requisitos que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que el mismo continúe el respectivo trámite.

De manera muy respetuosa me suscribo de usted,

LIC. DARWIN HOMERO PORRAS QUEZADA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO ACTIVO No. 9,166

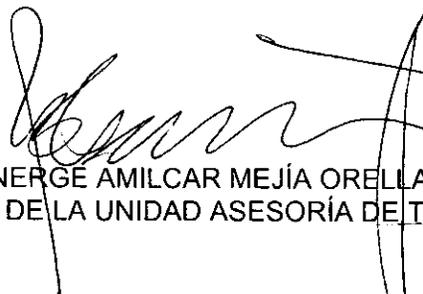


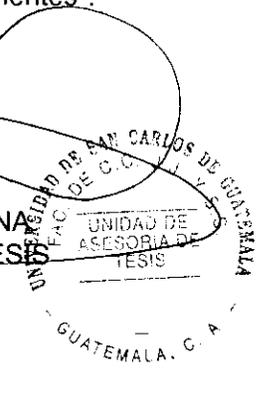
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, s/n.
GUATEMALA, C.A.

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 22 de febrero de 2013.

Atentamente, pase al LICENCIADO WILFRIDO PORRAS ESCOBAR, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante JORGE DAVID WINTER GARCÍA, intitulado: "EL INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL COMO FORMA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS EN MATERIA CIVIL".

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


BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



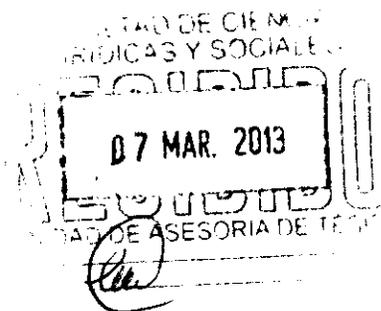
cc.Unidad de Tesis
BAMO/slh.



LICENCIADO WILFRIDO PORRAS ESCOBAR
ABOGADO Y NOTARIO.
Manzana 14, Casa 11, Zona 11 de Mixco, Guatemala.
Teléfono: 41200811

Guatemala, 07 de marzo de 2013

Licenciado
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Estimado Licenciado:

Atentamente me dirijo a usted y hago de su conocimiento que revisé el trabajo de tesis del Bachiller **JORGE DAVID WINTER GARCÍA**, intitulado: "**EL INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL COMO FORMA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS EN MATERIA CIVIL**", por lo que respetuosamente le informo lo siguiente:

- a. El aporte de la presente investigación consiste en la importancia del instrumento público ante la negociación jurídica y la importancia de dar a conocer en el campo del derecho civil el poder integrar las normas del derecho notarial, fortaleciendo cada uno de los campos en beneficio de la correcta utilización del instrumento dentro de los negocios jurídicos civiles; siendo de suma importancia determinar que contenido de la investigación científica es de carácter jurídica, la cual presenta una propuesta doctrinaria y legal desde el punto de vista civil y notarial.
- b. Para el desarrollo del presente trabajo, el estudiante utilizó los métodos deductivo e inductivo, cumpliendo con los requisitos técnicos y científicos de una investigación de esta naturaleza.
- c. Durante el desarrollo del presente trabajo, se revisó la redacción, las conclusiones y recomendaciones, las cuales son congruentes con la investigación, así como también comprenden los aspectos más importantes del tema investigado.
- d. Para llegar a realizar un análisis sobre la importancia del instrumento público notarial como forma de los negocios jurídicos en materia civil, se tomaron como base los resultados de trabajo y entrevista de campo la cual reflejan la falta de conocimiento y aplicación de la figura objeto de estudio y que permite cumplir con los objetivos de la investigación.



- e. La bibliografía que se utilizó es suficiente y conforme a la investigación que se realizó, dando en su momento las recomendaciones necesarias las cuales fueron tomadas en cuenta por el bachiller.

Por lo anterior, considero que el trabajo expuesto satisface los requisitos que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que el mismo continúe el respectivo trámite.

De manera muy atenta me suscribo de usted,

LICENCIADO WILFRIDO PORRAS ESCOBAR
ABOGADO Y NOTARIO
REVISOR DE TESIS
Colegiado activo No. 4,340



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 06 de mayo de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante JORGE DAVID WINTER GARCÍA, titulado EL INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL COMO FORMA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS EN MATERIA CIVIL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/sllh.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario





DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser supremo que permitió que realizara mi sueño y alcanzara mi meta.
- A MI MADRE:** Adailda García Campos, por creer en mí, por hacer de mi un hombre de valores y principios, por darme ejemplos de perseverancia, por su gran apoyo en la culminación de mis estudios profesionales, la amo mamá.
- A MI PADRE:** Jorge Emilio Winter Vidaurre, porque a pesar de ya no estar conmigo su gran amor me acompaña siempre, por sus consejos y valores que me han permitido ser una persona de bien en la sociedad.
- A MI ABUELO:** Pedro Pablo García, gracias porque más que un abuelo usted es un padre para mí, por todo su apoyo mostrado a través de estos años, por su motivación y amor, mil gracias, no lo hubiera logrado sin usted.
- A MI ABUELA:** Victoria Campos, por enseñarme que las cosas grandes solo se logran con amor y dedicación a lo que queremos.
- A MIS AMIGOS:** Andrea Lisbeth Mejía Mendez y Carlos Ernesto Villeda Sánchez, gracias por apoyarme y estar conmigo en los buenos y malos momentos brindándome su amistad.
- A MIS HERMANOS:** Mario René, Aura Victoria y Ada Elisa Winter García, por estar conmigo siempre y apoyarme en todas mis decisiones, los quiero mucho.
- EN ESPECIAL:** A mi tío David García Campos, Abogado y Notario, porque ha sido la persona importante en mi desarrollo profesional, gracias por ser un ejemplo a seguir en todos los aspectos de mi vida, lo quiero mucho tío y gracias por todo.
- A MIS TIOS:** Mayra Judith García Campos y José Antonio Winter Vidaurre, por sus enseñanzas y apoyo.
- A LA LICENCIADA:** Astrea Chavarría, por su apoyo y confianza en mi persona.
- A:** La tricenaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por el honor de ser egresado de tan prestigiosa casa de estudios.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho notarial.....	1
1.1. Aspectos generales.....	1
1.2. Derecho notarial.....	7
1.3. El Notario.....	10
CAPÍTULO II	
2. Función notarial.....	25
2.1. Denominación.....	25
2.2. Definición la función notarial.....	28
2.3. Materia, contenido y fines de la función notarial.....	30
2.4. Realización de la función notarial.....	33
2.5. Regulación legal.....	33
2.6. Fiscalización de la función notarial.....	35
2.7. Definición de la función fiscalizadora en el derecho notarial.....	37
CAPÍTULO III	
3. Fe pública.....	41
3.1. Concepto.....	41
3.2. Requisitos de la fe pública.....	44



Pág.

3.3. La fe pública como principio del derecho notarial y atributo del notario....	46
3.4. Fundamento de la fe pública.....	47
3.5. Clases de fe pública.....	47

CAPÍTULO IV

4. El instrumento público notarial como forma de los negocios jurídicos en materia civil.....	57
4.1. Aspectos generales del instrumento público.....	57
4.2. Clasificación del instrumento público.....	74
4.3. Aspectos generales de la escritura pública.....	76
4.4. Aspectos generales del negocio jurídico.....	80
4.4.1. Principios.....	80
4.4.2. Elementos.....	81
4.4.3. Plazo.....	85
4.4.4. Condición.....	87
4.4.5. Clasificación.....	88
4.4.6. La formación del negocio.....	90
4.5. Requisitos y formalidades del instrumento público en Guatemala.....	93
CONCLUSIONES.....	97
RECOMENDACIONES.....	99
ANEXO.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	109



INTRODUCCIÓN

Definir la función notarial es conocer la actividad que el notario desarrolla con objetivos jurídicos, bien definidos; su función consiste en darle forma legal a una serie de elementos, adaptándolos a fines propios ya determinados, para el efecto, algunos tratadísticos son del criterio que la función notarial es una función pública y otros que es básicamente profesional, considerándola algunos autónoma y otros que adoptan una postura ecléctica, pero que al final se concluye en lo mismo que la función notarial es un quehacer o actividad notarial.

En este orden de ideas, el instrumento público representa la forma esencial del negocio jurídico y de allí su importancia en la interrelación entre notario, instrumento público y negocio jurídico.

El propósito del trabajo radica en determinar la importancia del derecho notarial y su incidencia en el negocio jurídico celebrado ante los oficios notariales. En el desarrollo de la investigación se comprobó la hipótesis, acerca de que la legislación guatemalteca en el ámbito notarial y civil, debe de incorporar formas para enmendar los efectos jurídicos del instrumento público autorizado por el notario que no ha llenado los requisitos que la legislación guatemalteca, cumpliéndose los objetivos planteados en el inicio de la misma.



La investigación se dividió en cuatro capítulos: El primer capítulo, refiere el tema del derecho notarial tomando aspectos generales del mismo, origen, concepto, tomando en cuenta los antecedentes de la actividad notarial y de los principios en que se funda el derecho notarial y las generalidades del notario; el segundo capítulo, se refiere a lo concerniente a la función notarial tomando aspectos como definiciones, clasificación, naturaleza jurídica, funciones y finalidad; el tercer capítulo, presenta el tema de la fe pública, siendo relevante en aspectos como la definición, clasificación, la fe pública como principio del derecho notarial y atributo del notario y el fundamento de la fe pública y el cuarto capítulo, presenta el tema del instrumento público notarial como forma de los negocios jurídicos en materia civil, tomando aspectos generales del mismo y enfocando el desarrollo en temas como la escritura pública, el negocio jurídico y los requisitos y formalidades del instrumento público en Guatemala.

En el proceso de la investigación se utilizaron los métodos de análisis por medio del estudio de la legislación respectiva, la síntesis referente a la problemática del tema en mención, inducción a través del estudio de los conceptos generales, la deducción a través del resultado del trabajo de campo y científico en forma indagadora, demostrativa y expositiva desde el inicio la investigación a la culminación de la misma; así como la aplicación de técnicas bibliográficas, entrevista, encuesta, jurídica y estadística. Finalmente se incluyen las conclusiones y recomendaciones, con la expectativa de que el presente trabajo contribuya a la discusión del tema planteado.



CAPÍTULO I

1. Derecho notarial

1.1. Aspectos generales

a. Antecedentes históricos: La función notarial, debió de aparecer en su forma más elemental cuando la comunidad dispuso de algún medio de escribir; es casi seguro que el arte de escribir lo practicaron personas de especiales condiciones por sus conocimientos, por su honradez, por su respetabilidad y que, debido a ello, sobresalieron entre sus congéneres; por esta razón, los menos instruidos y capacitados debieron acudir a aquellos para que, en primer término, les enseñaran las reglas y normas de la incipiente vida jurídica y luego les elaboraran escritos sobre sus convenios, ajustándolos a las costumbres o a las leyes mediante signos o señales para identificarlos y darles seguridad.

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

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



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

El escriba egipcio era más redactor que el hebreo, pero aquél no presentaba ninguna de las características del notario actual. En Grecia, el Mnemón (que significa atento, cuidadoso, memorioso) era un profesional que prestaba un servicio al lado de los jueces, parecido al de los secretarios actuales y el encargo que tenía era tomar nota por escrito de los trámites y decisiones con todo cuidado y fundado en su memoria, con la mayor exactitud.

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

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



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

Es importante mencionar como antecedente la Escuela de Babilonia, la cual es considerada como la madre del notariado moderno por la extraordinaria estructuración de los principios que bajo su amparo se realizaron y por la influencia que tuvo en los estudios notariales en toda Europa.

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

b. En América

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



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

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

c. Evolución histórica del notariado en Guatemala

Según el profesor Nery Muñoz: “Posiblemente los primeros vestigios de historia escrita, los encontramos en el Popol Vuh, también conocidos con los nombres de Manuscrito de Chichicastenango, Biblia Quiché y el Libro Sagrado, demostración de que tenemos un patrimonio cultural valiosísimo.”¹

d. Época Colonial

El escribano cabildo no era escribano público, en la ciudad existía tan sólo un cabildo público, nombrarían a otro sólo en caso de ausencia, y era el encargado del

¹ Muñoz, Nery R. **Introducción al estudio del derecho notarial.** Pág. 47.



nombramiento, recepción y admisión del escribano público. En 1529, había en la ciudad de Guatemala tres escribanos públicos.

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

En 1543 cartulaba en la ciudad de Santiago de Guatemala el escribano don Juan de León, por lo que el notariado guatemalteco es el más antiguo de Centroamérica. El aspirante a este cargo debía ocurrir a la municipalidad para que se le instruyeran las diligencias correspondientes, en las que se pasaba el expediente al jefe departamental quien, por sí mismo, y con citación y audiencia del síndico, debía seguir una información de siete testigos, y estos últimos eran examinados sobre el conocimiento que tenían del candidato. El candidato debía probar ser ciudadano mayor de edad, estar en el goce de sus derechos civiles, con arraigo en el Estado y medios conocidos de subsistir. Posteriormente regresaba el expediente a la municipalidad para que diera vista al síndico, quien acordaba su resolución con las dos terceras partes de los votos. Si la resolución era favorable, se pasaba esta al supremo gobierno para la concesión del fiat o autorización.

De manera que después pasaba a la corte superior para presentar certificación de haber estudiado ortografía y gramática castellana, que la academia lo hubiera examinado y tuviera buena calificación, certificaciones juradas de haber practicado dos

años con un escribano de los juzgados municipales y otro con escribanos de la primera instancia. Por último, debía pasar un examen sobre cartulación, sobre requisitos de los instrumentos públicos, testamentos, donaciones, etc.

Así el Decreto Legislativo del 27 de noviembre de 1834 establecía que para poder recibirse de escribano y ejercer el oficio en el Estado, debía cumplir con todos los requisitos antes mencionados.

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

e. El notariado después de la reforma liberal

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



Se suprimió el signo notarial, que era la señal hecha a mano con una figura idéntica que usaban los notarios en la antigüedad. Asimismo, se reguló que los notarios eran depositarios del protocolo y que debían remitirlo al Archivo General, también lo relativo a la reposición y protocolación del mismo.

En esta época se dictaron muchas disposiciones relativas al ejercicio profesional, hasta llegar al actual Código de Notariado.

f. El notariado después de la Revolución de 1944

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

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

1.2. Derecho notarial

a. Definición

Según Cabanellas, la definición de derecho notarial es: "Principios y normas reguladoras de la organización de la función notarial y de la teoría formal del documento



Público.”²

Para Ossorio el derecho notarial es el “Conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio de la profesión de notario o escribano.”³

En el Tercer Congreso Internacional de Notariado Latino, celebrado en París, Francia en 1954, se estableció: “Es el conjunto de disposiciones legislativas y reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial.”

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

b. Principios en que se funda el derecho notarial

- Inmediación

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

² Cabanellas, G. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 659.

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



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

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

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

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

c. Su objeto

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



Carral y de Teresa que: "...Así como en el derecho real existe una relación de persona a cosa, en el derecho notarial la persona es el notario y la cosa es el instrumento público. El documento sin firma del notario no pertenece al derecho notarial. La actividad del notario sin documento, en potencia o en acto, es extraña al derecho notarial. Por lo mismo, el documento, como la cosa en el derecho real, es elemento esencial, principal y final del derecho notarial."⁴

Continúa manifestando el mismo autor: "El instrumento público es el mejor medio de expresión del pensamiento y del querer serlo del individuo, el mejor medio para lograr en el futuro la autenticidad, el mejor medio de asegurar la técnica y legalidad del acto, el medio de fijación exacta y permanente para cumplir los efectos del acto, el medio legal de hacer ejecutiva la obligación y el medio de garantía de las partes y de los terceros."⁵

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

1.3. El notario

a. Definición

Notario es según Cabanellas: "Genéricamente, fedatario público, notario, sin otra adición, se le ha llamado también al que daba fe en los asuntos eclesiásticos. En lo

⁴ Carral y de Teresa, L., **Derecho notarial y derecho registral**. Pág. 24.

⁵ **Ibid.** Pág. 25.



antiguo era asimismo el que escribía abreviadamente, como predecesor de los modernos taquígrafos.”⁶

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

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

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

Al respecto dijo Girón: “La palabra funcionario, se deriva de la voz latina fungor que significa desempeñar, representar, hacer las veces de alguno; de manera que

⁶ Cabanellas, G. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 571.



funcionario es la persona que representa a otra o a una entidad conocida. La voz público tiene su origen en el sustantivo pópullus que en latín significa pueblo, ciudad, nación o Estado, o sea un conjunto independiente de individuos que proveen a sus necesidades, dictan sus leyes o reglas de conducta y eligen un poder central encargado de dirigir los asuntos de interés común para los asociados.”⁷

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

Como consecuencia de la fe pública que en el notario se deposita, las declaraciones de voluntad hechas a su presencia, adquieren autenticidad y fuerza probatoria.

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

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

⁷ Girón, J.E., **El notario práctico o tratado de notaría**. Pág. 27.



b. Sistemas notariales

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

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

b.1. Sistema Latino: Según Giménez-Arnau: "...Su misión es la de presidir las relaciones contractuales -claramente separadas de la intervención judicial- y los hechos o declaraciones no contenciosas que se producen voluntariamente sin producir contrato. Se limita el notario a reconocer un derecho no discutido o a establecer un hecho real del que pueden derivarse consecuencias jurídicas; pero sin que esta derivación entre en el campo judicial."⁸

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

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



Son muchos los países que utilizan el sistema latino, además de la mayoría de los países latinoamericanos, en Europa, Asia y África. El autor guatemalteco López, en su obra titulada “Características del notariado Iberoamericano”, menciona como tales características, las siguientes:

- **Principio de autonomía:** El notario en el ejercicio de su función, no está sujeto o subordinado a la autoridad del Estado que le imponga o indique como debe llevar a cabo su labor; en el mismo sentido puede decirse que el notario actúa con independencia, pues tampoco los contratantes dirigen su actividad, ya que como profesional del derecho, como técnico, la misma ley le da autonomía para poder desempeñar su ministerio, dotándole de los instrumentos adecuados a ese fin, además de que cuenta con una preparación científica y condiciones morales para ello.
- **Principio de imparcialidad:** Para desarrollar su función, el notario debe actuar con absoluta imparcialidad, no importando quién haya requerido sus servicios, es su deber proteger de igual manera a las partes, explicarles los efectos del acto a fin de que actúen con entera libertad y pleno conocimiento del mismo. El notario debe actuar de buena fe, ser leal a las partes, conciliar los intereses de ambas de manera equitativa, sin inclinarse hacia una de ellas, pues si su misión es la realización de la justicia preventiva, debe no solo adecuar el negocio que se pretende celebrar a las leyes, sino a la equidad y justicia, evitando que una de las partes movida por engaño o malicia de la otra, o por su propia ignorancia, celebren negocios en perjuicio de sus derechos.



- **Principio de permanencia e inamovilidad:** En los países en que la competencia del notario está limitada y circunscrita a una demarcación determinada, en los que existen notarías de número, la inamovilidad en el ejercicio de la función notarial, es un derecho del notario de mantenerse en el cargo y de no ser removido sino por las causas que expresamente señala la ley del país; la permanencia del notario al servicio de una notaría está garantizada, esa garantía de inamovilidad permite que el notario no sea transferido de un lugar a otro, salvo requerimiento del propio profesional en algunos países o cuando es promovido a otra clase superior o por permuta. En el derecho notarial guatemalteco, el notario es un profesional liberal, los interesados gozan de libertad de escoger al notario, y éste no está obligado legalmente a aceptar prestar el servicio, pudiéndose negar a realizar la función notarial; claro está que éste es el caso de excepción, pues generalmente el notario requerido presta los servicios profesionales solicitados.
- **Principio de profesionalidad y capacitación jurídica:** Uno de los principios del notariado Latino, es que la función notarial sea ejercida únicamente por personas con conocimientos técnicos o científicos en derecho, así ha sido recomendado en los Congresos Internacionales de notariado Latino, al definir al notario latino en el Primer Congreso celebrado en Buenos Aires, Argentina, en octubre de 1948, el que recomendó también establecer normas relacionadas con estudios notariales y cultura jurídica. En la organización notarial guatemalteca, se mantiene el principio de profesionalidad y capacitación jurídica, pues únicamente pueden ejercer la función notarial aquellos que han realizado estudios especializados en las distintas disciplinas jurídicas y hayan obtenido el título facultativo en cualesquiera de las



universidades del país, o su incorporación, si el grado académico universitario se adquirió en el extranjero.

- **Principio de Rogación:** Para promover la actuación del notario, es menester del requerimiento previo de los interesados, pues el notario no podría actuar de oficio; es condición necesaria para que se establezca la relación entre el notario y los otorgantes, la rogación, o sea el acto de requerir la prestación de la función notarial, por ello se sostiene la jurisdicción notarial es rogada.
- **Principio de calificación:** Consiste la calificación en la denominación que se le da al acto jurídico contenido en un instrumento notarial, generalmente se le da el nombre con el que el negocio jurídico es conocido en el derecho y se le asigna una denominación en atención a la naturaleza y objeto del acto. En el sistema jurídico guatemalteco tanto en el derecho sustantivo civil, como en el derecho adjetivo notarial este principio no aplica, por cuanto no es necesario nominar o calificar el acto o contrato.
- **Principio de autoría o principio de redacción:** Han surgido varios criterios en cuanto a establecer a quién puede imputarse la autoría del documento. Para determinar tal cuestión, se han dado varias teorías; la teoría Corporal o teoría Formal, considera como autor del documento a la persona que físicamente lo ha escrito; la teoría de la Confección o Compilación, considera que el autor del documento es la persona que lo redacta; la teoría de la ley, afirma que es autor el



que la ley considera como tal), existiendo otras teorías como la de la Causa que considera autor del documento al causante de su formación; la de la Firma del documento y la del Mandato, que considera autor a aquel a cuyo nombre se escribe. Según el autor mencionado anteriormente, el notario es el autor del documento, puesto que los comparecientes al acto notarial, si bien desempeñan su actividad en el acto a celebrar, es decir manifiestan o expresan declaraciones, es el notario quien capta, recoge, interpreta, para darles forma legal ajustándolas a la norma jurídica vigente y finalmente redacta el documento, imprimiéndole su personalidad, sancionándolo y asumiendo su autoría, para garantía de los otorgantes y con el fin último de mantener el orden y paz dentro de la comunidad. En Guatemala, según criterio personal la teoría que se adopta es el de la confección o compilación, la cual considera que el autor del documento es el notario que lo redacta.

- **Principio de legalidad:** En todos los documentos autorizados por el notario, existe una presunción de legalidad, derivada del juicio de legalidad que el profesional realiza al actuar conforme a las leyes, pues previamente a autorizar un acto o contrato debe calificar la licitud del mismo, es decir, la posibilidad legal de la realización del negocio jurídico que las partes pretenden celebrar.
- **Principio de legitimación:** Se refiere a la posibilidad legal de ejercitar un derecho, a la situación jurídica previa y necesaria que debe existir para poder celebrar el negocio, pues será la que le sirva de base, siendo el notario a quien corresponde establecer la conexión entre el acto y la situación jurídica. La legitimación está



ligada también al juicio de capacidad de los otorgantes, pues no basta identificar a la persona para establecer si existe coincidencia entre la persona que aparece como titular del derecho y la que comparece ante el notario a otorgar el contrato, hay que verificar si el compareciente tiene capacidad para otorgar la escritura de que se trate, si tiene capacidad jurídica y de obrar, si no existen prohibiciones y si las representaciones que ejerce, en caso comparezca en nombre ajeno, son suficientes conforme a la ley para celebrar el contrato. El Decreto 314 del Congreso de la República Código de Notariado lo regula en el Artículo 29 numeral 5°.

- **Principio de fe pública:** Se sabe que fe pública es la creencia o certeza en algo, aunque no se haya visto; pues esa verdad o certeza no está sujeta a comprobación; mediante la fe pública se presumen ciertos y verdaderos los hechos o actos a ella sometidos. Dicho principio se encuentra contenido en nuestra legislación notarial en el artículo 1°. Del Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala.
- **Principio de sanción y autorización:** Para que el documento adquiriera la calidad de instrumento público, precisa de la autorización del notario, pues en tanto ésta no exista, el documento sería un documento privado si hubiere sido suscrito por los otorgantes, más no un documento notarial con carácter de instrumento público. La autorización constituye la sanción que el notario da al documento, con ésta el notario testimonia la veracidad del negocio jurídico celebrado en su presencia, dotando de veracidad y legalidad al acto. El acto con que se finaliza el instrumento público es la autorización que mediante la firma del documento hace el notario, dotando por este acto de autenticidad al negocio que se ha documentado.



- **Principio de publicidad:** La publicidad de la función notarial, el carácter público de los instrumentos producidos por el notario, el conocimiento de los mismos por las personas que tengan interés, es principio que informa a la función notarial, a excepción de los testamentos y donaciones por causa de muerte, mientras vivan los otorgantes, pues sólo a ellos corresponde ese derecho, dicha excepción la encontramos contenida en los Artículo 22 y 75 del Código de Notariado.
- **Principio de reproducción:** A diferencia del sistema notarial anglosajón, en el que el notario no conserva el original del documento por él autorizado, pues lo entrega a los otorgantes; en el sistema del notariado latino, el instrumento público queda incorporado al protocolo del notario, pudiéndose expedir a los interesados únicamente copias o testimonios; en la forma que establece el Artículo 66 y 67 del Código de Notariado; que es la parte medular de este trabajo, por cuanto considero necesario que se suprima la forma de reproducción por copia literal del instrumento; Ello obedece, a la necesidad de proteger y conservar los instrumentos que el notario ha autorizado, evitando así su destrucción o pérdida. Con el objeto de que la escritura pública pueda surtir los efectos jurídicos correspondientes, ya para su anotación o control en los registros públicos, o para demostrar la existencia del acto que ha documentado y el ejercicio de los derechos derivados de dicho acto, se hace necesario la expedición de copias o testimonios del instrumento cuya matriz obra en el protocolo del notario.



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

b.2. Sistema sajón:

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

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



b.3. Actividades realizadas por el notario

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

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

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

Interpreta dirige o asesora: El notario se cuestiona sobre los motivos y causas que han tenido los clientes sobre lo que desean celebrar, interpretando cuál es la intención concreta para poder satisfacerlos dentro del ámbito jurídico. Es decir, que el notario analiza lo que le manifiestan las partes, reflexiona sobre las posibles soluciones al caso



que está conociendo y advierte a las partes sobre las ventajas y desventajas del acto que se desea realizar.

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

Prepara o legitima: Debe satisfacer todos los requisitos que la ley establece, según sea el tipo de instrumento público a autorizar, previamente a ser firmado el mismo. Por ejemplo: debe verificar si el interesado en realizar el contrato, coincide con quien está compareciendo, y en caso que una persona comparezca en nombre de otra, verificar si la representación que se pretende ejercitar es suficiente de conformidad con la ley y a su juicio.

En resumen, la finalidad de estas tres primeras actividades realizadas por el notario, es conocer la inquietud o voluntad de las partes, y basándose en los conocimientos jurídicos que el notario posee, indicarles la posible solución al caso específico. Es decir, estas tres actividades, se resumen a "atender una consulta". El mismo autor Larraud, reconoce que en algunas ocasiones, parte de la función notarial se realiza por medio de consultas escritas y éstas a la vez, son respondidas también por escrito. Respecto a las consultas atendidas por escrito, aconseja este autor que, a pesar que en materia de exposición literaria caben muy variadas maneras de ordenar el pensamiento, el parecer del consultor jurídico debiese comenzar por plantear la cuestión con claridad y modo



sintético, luego seguiría la opinión acerca del punto consultado; y por último, si correspondiere, las posibles soluciones para subsanar las fallas jurídicas señaladas.

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

Es decir, que hasta cierto punto, cuando esta parte de la función notarial se realiza por medio de consultas escritas, se proporciona mayor seguridad jurídica a los clientes del notario, porque sabiendo éste que su consejo quedará consignado por escrito, se sentirá más responsable de la opinión que está emitiendo.

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

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



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

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

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



CAPÍTULO II

2. Función notarial

2.1 Denominación:

El problema que plantea la denominación "función notarial" no es fácil como a simple vista parece. Intentar, de entrada, dar una definición es poco menos que aventurado porque el derecho positivo adoptado por cada país, si bien es universal, uniforme por la relación de causa y efecto, no lo es en cuanto a organización jurídica, ya que ésta en cuanto a régimen es variada en más de una forma. Teniendo cada Estado un tipo distinto de creación y ordenamiento jurídico resulta que la "Función Notarial" no es en principio ciertamente igual."⁹

En el sentido jurídico, a la expresión "función notarial" se le juzga como la verdadera y propia denominación que cabe aplicar a las tareas que despliega el notario en el proceso de formación y autorización del instrumento público"¹⁰

Resumiendo al maestro Castán, acerca de las posiciones doctrinales sobre el encuadramiento de la función notarial, éste señala las siguientes tendencias o puntos de vista:

⁹ Nery, Argentino I, **Tratado de derecho notarial**, tomo II pág. 515.

¹⁰ **Ibid.** Pág. 517



a) A juicio de un sector (Sancho, Tello, Celorio, Alfonso), la función notarial forma parte de la administración o del Poder Ejecutivo del Estado, con la misión de colaborar en la realización específica del derecho; sus características serán muy semejantes a las de un servidor público.

b) Partiendo de considerar insuficiente la clásica división de los poderes del Estado (Legislativo, Judicial Y Ejecutivo), consideran otros tratadistas que el Estado tiene, además de las potestades que le atribuye la división trimembre aludida, un poder certificante que en su mayor parte confía al notario (Romagnosi), o, como decía Otero Valentín, una función autorizante instrumental.

c) La función notarial, en fin, puede considerarse como una función jurisdiccional, de jurisdicción voluntaria.”¹¹

En definitiva, entre las tres posiciones anteriores no existe incompatibilidad: De las tres resulta que el notario es un funcionario, que por delegación del Estado ejerce una función cuya finalidad es contribuir a la normal realización del Derecho. Pero no basta esta definición, que es, sin lugar a dudas, ambigua e imprecisa, y hay que profundizar más para determinar que hace el notario y para qué lo hace.”¹²

La función no puede radicarse exclusivamente en la jurisdicción voluntaria, ni en la prueba, ni en la forma. Tiene esa triple finalidad y, además, un evidente aspecto de

¹¹ Gimenes Arnu, Enrique. **Derecho notarial**. Pág. 62.

¹² **Ibid.** Pág. 62



jurisdicción preventiva, asesora y legitimadora.”¹³

Los tres fines fundamentales del instrumento público, que constituyen la esencia, el resultado o los efectos del instrumento público en que se manifiesta la función notarial, son los siguientes: dar forma, probar y dar eficiencia legal.”¹⁴

Para cumplir estos propósitos la función notarial debe aspirar a lo siguiente:

- a. Asegurar la autenticidad para el futuro.
- b. A garantizar la legalidad o legitimidad del acto.
- c. A constituir un medio de “fijación formal” que asegure los efectos del mismo, así entre las partes como en cuanto a los causahabientes de ellos o los futuros interesados.

Esta conclusión puede parecer ambigua o vacilante; y, sin embargo, a través de la variada bibliografía y opiniones, en apariencia dispares, puede verse una cierta unanimidad.”¹⁵

Esta triple función de la actividad notarial está reconocida, directa o indirectamente, por todos los autores, quienes se esfuerzan en vano en encontrar una síntesis que abarque los aspectos varios de la función y del que la desempeña, el cual es a la vez juez (en el sentido de la jurisdicción preventiva), funcionario y profesional del derecho. Es quizás esta idea de la pluralidad de aspectos de la función la que anima a decir al profesor Castán que “en todo caso, se ha de reconocer que corresponde al notario una posición

¹³ **Ibid.** Pág. 69

¹⁴ **Ibid.** Pág. 69

¹⁵ **Ibid.** Pág. 69



esencial dentro de la organización administrativa y jurídica”.

Tras de estas afirmaciones, el mismo autor, sin separarse de la opinión común, estudia el ámbito de la función entre categorías o estadios, a saber son: la labor directiva o asesora, la labor formativa o legitimadora y la labor documental o autenticadora”¹⁶

La función del notario, dice Laguerenne,¹⁷ es autorizar escrituras que tienen tres características, las cuales son: Autenticidad, fuerza probatoria y ejecutoriedad. La fuerza probatoria es consecuencia de la autenticidad y supone, en el terreno procesal, un desplazamiento de la prueba. La ejecutoriedad deriva de la naturaleza de la función o poder del notario, quien tiene una delegación de poder público; delegación que, en la jurisdicción voluntaria, es similar a la que se concede a los jueces en la jurisdicción contenciosa.”¹⁸

2.2 Definición la función notarial

Ya en páginas anteriores se ha logrado hacer destacar algunos elementos característicos de la función notarial, como las siguientes:

Pertenece al plano jurídico, es una función cautelar, pública, marcadamente técnica, que el agente ejerce con imparcialidad.”¹⁹ Un enfoque más minucioso del concepto nos

¹⁶ **Ibid.** Pág. 70

¹⁷ **Ibid.** Pág. 70

¹⁸ **Ibid.** Pág. 69

¹⁹ Larraud, Rufino. **Curso de derecho notarial.** Pág. 137



permite decir que entendemos por función notarial a aquella actividad jurídico-cautelar cometida al escribano, que consiste en dirigir imparcialmente a los particulares en la individualización regular de sus derechos objetivos, para dotarlos de certeza jurídica conforme a las necesidades del tráfico y de su prueba eventual.”²⁰

El tratadista González Palomino afirma, que: “La función notarial consiste en dar carácter formal de instrumento público a ciertos documentos, y está en legal correspondencia con el instrumento público como forma documental. La función notarial consiste en dar valor forma l a ciertos documentos, que adquieren su valor por la forma y en el campo de la forma jurídica.”²¹

Para señalar el concepto de la función notarial entendemos necesario aislar una actividad que el escribano realice como propia y característica. Pero que, además, esta actividad le viene reclamada como ineludible, por fines que la existencia de la institución persigue, a la vez que sea la razón de ser de su estructura y de su régimen orgánico. La actividad funcional del agente adquiere individualidad y definido perfil, como consecuencia de una adaptación de los medios, de la necesidad a cumplir, con los objetivos sociales que fundamentan la misma existencia del notariado; pero también, puesto que “la función hace al órgano”, ella asume un papel activo y determina los caracteres orgánicos de la institución.”²²

Al individuo le ocupan, habitualmente, diversos quehaceres; labores diferentes que él

²⁰ **Ibid.** Pág. 137

²¹ González Palomino, José. **Instituciones del derecho notarial.** Pág. 115.

²² **Ibid.** Pág. 135-136



toma a su cargo por mera preferencia o costumbre, sin que le vengan impuestas como deber, ni estén reclamadas de manera ineludible por razón de un cometido genérico y profesional.”²³

Por su parte, el licenciado guatemalteco Nery Roberto Muñoz manifiesta que la función notarial “Es la actividad del notario, llamada también el quehacer notarial.”²⁴

El mismo profesional menciona al tratadista Argentino I. Nery, quien manifiesta que la función notarial es un sinónimo de la actividad que despliega el notario, es decir, las diversas actividades que realiza el notario.”²⁵

Como comentario personal, manifiesto estar de acuerdo con las dos últimas definiciones mencionadas, debiendo agregar que el notario debe apegarse a todos los preceptos legales dentro de ese quehacer notarial, en toda su magnitud.

2.3. Materia, contenido y fines de la función notarial

La materia: La materia de la función notarial se ejercita a través de la realizabilidad espontánea del derecho, ya que el ordenamiento jurídico es fórmula de protección para la convivencia pacífica y el equilibrio social; el derecho subjetivo debe hallar en él la posibilidad de un desenvolvimiento espontáneo, por la voluntaria adhesión de los

²³ Muñoz, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Pág. 52.

²⁴ **Ibid.** Pág. 52

²⁵ **Ibid.** Pág. 145



individuos al presupuesto de la norma.”²⁶

El contenido: Le función notarial, se ha dicho más arriba, consiste en prestar dirección jurídica a los particulares, en el plano de la espontánea realización del derecho; en el ejercicio de la jurisprudencia cautelar, a favor de aquellos particulares que lo requieren.”²⁷

En el derecho español, José González Palomino (mencionado por Mustapich) sintetiza esa doctrina estableciendo que: “La función notarial consiste en dar valor formal a ciertos documentos, que adquieren su valor por la forma y en el campo de la forma jurídica.”²⁸ “El contenido de la función notarial es, pues, el mismo contenido formal del instrumento público.”²⁹

Los fines de la función notarial: Para Luis Carral y de Teresa la función notarial persigue tres finalidades, a saber son las siguientes:”³⁰

I. Seguridad: Es la calidad de seguridad y firmeza (que otros llaman certeza) que se dá al instrumento notarial. La seguridad persigue lo siguiente: El análisis de competencia que hace el notario, la perfección jurídica de su obra, para lo cual tiene que hacer juicios de capacidad, de identidad, etc. También persigue esa seguridad a la

²⁶ **Ibid.** Pág. 164

²⁷ **Ibid.** Pág. 145

²⁸ Mustapich, José María. **Tratado teórico y práctico del derecho notarial.** Pág. 52

²⁹ **Ibid.** Pág. 52

³⁰ Carral y de Teresa, Luis. **Derecho notarial y derecho registral.** Pág. 99.



responsabilidad del notario, respecto a la perfección de su obra."³¹

II. Valor: Según la Academia, valor implica utilidad, aptitud, fuerza, eficiencia para producir efectos. El notario, además, da a las cosas un valor jurídico. Este valor tiene una amplitud: es el valor ante terceros; tiene un límite: es el límite territorial, pues su valor se detiene en los límites de la jurisdicción de igual clase de notario.

No hay que confundir el valor del que estamos hablando con el fin de la función notarial, con la validez del negocio y del documento, pues esta implica viabilidad, y, en cambio, el valor es la eficacia y la fuerza que otorga la intervención del notario entre partes y frente a terceros."³²

III. Permanencia: La permanencia se relaciona con el factor tiempo, El documento notarial nace para proyectarse hacia el futuro."³³ 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 no tiene que sufrir mudanza alguna. Hay varios medios adecuados para lograr esa permanencia; existen procedimientos (leyes adjetivas de forma) para que el documento sea indeleble (papel, tinta, etc.). Hay procedimientos para conservar los documentos (archivos, etc.), y la permanencia misma garantiza la reproducción auténtica del acto."³⁴

³¹ **Ibid.** Pág. 99

³² **Ibid.** Pág. 99

³³ **Ibid.** Pág. 100

³⁴ **Ibid.** Pág. 100



Los fines de la función y el valor de la función son los fines y el valor del instrumento público.³⁵

2.4 Realización de la función notarial:

Ha quedado apuntado anteriormente el hecho que la función notarial consiste en dar carácter formal de instrumento público a ciertos documentos, y está en legal correspondencia con el instrumento público, como forma documental; o que la función notarial es la actividad del notario, llamada también el quehacer del notario; o que la función notarial es sinónima de la actividad que despliega el notario; y, si tomamos en cuenta dichas definiciones, podemos resumir que la función notarial la realiza el notario a través de todas las tareas que él mismo despliega, dándole valor formal a ciertos documentos, actos o contratos, que adquieren su valor por la forma y en el campo de la actividad jurídica, persiguiendo las finalidades de seguridad, valor y permanencia.

2.5 Regulación legal:

Lógicamente, la actividad o función notarial se encuentra regulada en el Decreto 314 del Congreso de la República, en cuyo contexto se encuentra contenido el Código de Notariado.

En la actualidad, el campo de actuación del notario no se circunscribe al Código de Notariado; existen otras leyes de singular importancia que pueden ser mencionadas.

³⁵ **Ibid.** Pág. 62



Tal es el caso del Decreto 54-77, que contiene la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial en asuntos de jurisdicción voluntaria, la cual amplió el campo de actuación del notario guatemalteco, ya que permite que ante sus oficios, y en sus notarías, se tramiten determinados asuntos, que antes debían necesariamente conocer los jueces.³⁶ Así también del Decreto Ley -125-83, que regula el trámite de rectificación de área seguida ante notaria.³⁷

El Código Procesal Civil y Mercantil, que regula el trámite sucesorio, intestado y testamentario cuando se sigue ante notario. Como también lo relativo al Registro de Procesos Sucesorios, regulado en el Decreto 73-75 del Congreso de la República.³⁸

También se puede mencionar la Ley del Organismo Judicial, que regula lo relativo al ejercicio del notariado en el exterior del país y a los documentos que provienen del extranjero.³⁹

La Ley de Colegiación Oficial Obligatoria para el ejercicio de las Profesiones Universitarias, la Ley del Timbre Forense y Timbre Notarial, el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley de Parcelamientos Urbanos; y las leyes impositivas, entre otras las siguientes: la Ley de Contribuciones, la Ley del Impuesto Único sobre Inmuebles, la Ley de Timbres Fiscales y Papel de Protocolo, la Ley de Herencias, Legados y

³⁶ Muñoz, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho Notarial**. Pág. 50.

³⁷ **Ibid.** Pág. 50

³⁸ **Ibid.** Pág. 55

³⁹ **Ibid.** Pág. 56



Donaciones.⁴⁰

2.6. Fiscalización de la función notarial:

El Protocolo tiene límites legales. Fuera de las obligaciones y deberes, que respecto de su formación, contenido, preservación y custodia le asiste al notario público, está sujeto a una "Inspección", esto es, a un examen o reconocimiento a efecto de constatar si, uniformado a su objeto y fin, se han cumplido, cierta y efectivamente, las disposiciones legales.

La idea que sugiere este rubro es propia de la función notarial, y en especial modo referida al protocolo.⁴¹

La sana razón está indicando que, siendo la función pública una actividad social de garantía, los intereses puestos en juego por virtud de las declaraciones humanas de voluntad no pueden quedar impunes de observación. Es que no se puede ser de otra manera; estando la profesión notarial reglamentada por la Ley, para ejercerla públicamente no es suficiente que el Estado presuponga y admita una habilidad en el funcionario y que conciba en él una sanción de verdad; porque si bien es cierto que el ministerio de la fe pública es absoluto, en cuanto depende puramente del notario, investido de facultad para darla, también es cierto que un poder así, confiado sin

⁴⁰ **ibid.** Pág. 56

⁴¹ Nery, Argentino I. **Tratado de derecho notarial.** Pág. 110



control, es peligroso.”⁴²

En esta clase de oficio, como al igual que en todas las funciones públicas de singular ordenamiento, cabe la vigilancia administrativa. Esta vigilancia importa la inspección, o mira que el Estado ejerce sobre el funcionario. También del escribano público (Notario), dado que el ministerio es ejercido a través del protocolo, resulta lógico que la inspección se verifique por allí. En otras palabras, el protocolo notarial es objeto de control público.”⁴³

Desde el punto de vista histórico-filosófico, lo elemental y rudimentario en orden de control tuvo su primera aplicación en el realengo, cuando los gobernantes vigilaban el cumplimiento de los tributos, y adquirió categoría de oficio honorífico primeramente en las clases reales de los borgoñeses, y más tarde en los señoríos castellanos cuando se dio en crear el cargo de veedor respecto de cuentas, gastos y libranzas, moblaje y otros menesteres. He allí, quizás, el primer vislumbre del funcionario control o, más propiamente dicho, de la función inspección. Por consiguiente, debe haber constado poco argüir sobre su necesidad jurídica; con más razón en las actividades funcionales, pues salta a la vista que su adopción es objetivamente indispensable para fiscalizar la vida administrativa de un Estado.”⁴⁴

Atento a este concepto cumple apuntar, como medida de prevención, y por lo que hace a la integridad de la función pública, que el Estado se ha visto obligado a crear la

⁴² **Ibid.** Pág. 110, volumen IV

⁴³ **Ibid.** Pág. 11

⁴⁴ **Ibid.** Pág. 110

“inspección administrativa”, porque la vigilancia, como acción de inspección, es algo como un servicio de policía jurídica realizado en provecho del interés privado y público.

Administrativamente considera, y consustancialmente en el seno del Notariado, que la inspección es una función por demás laudable, de carácter “preventivo” en cuanto se limita a cuidar la observancia de las leyes y reglamentos que regulan los servicios públicos, y de carácter “represivo” en cuanto se concreta a examinar los actos realizados para deducir, en su caso, las responsabilidades civiles y penales en que se haya incurrido. Referida al gobierno de la notaría, viene a ser como la llave que se da al inspector para que pueda abrir al protocolo, a fin de examinarlo y reconocer lo que hay dentro de él.”⁴⁵

2.7. Definición de la función fiscalizadora en el derecho notarial:

La Ley notarial guatemalteca no regula la función fiscalizadora del Notario. La legislación notarial establece la inspección y la revisión, por lo que creo conveniente determinar cada una de ellas.

Fiscalizar: Ejercer el cargo o función de fiscal. Criticar; anjuiciar, inspeccionar, Vigilar, cuidar. Estar al tanto. Seguir de cerca.”⁴⁶

Fiscalización: Acción o efecto de fiscalizar. Es uno de los innumerables sinónimos, y de los más adecuados casi siempre, para eliminar el “anglogalicismo” de control, aún

⁴⁵ **Ibid.**

⁴⁶ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas.** Pág. 323



indultado por la Academia.⁴⁷

Revisión: Nueva consideración o examen. Comprobación. Registro Verificar.⁴⁸

Inspección: Acción o efecto de inspeccionar o examinar. Sinónimo de revisar.⁴⁹

Las palabras inspección y revisión actúan dentro del derecho notarial estricto sensu, es decir en un sentido muy estricto, especialmente en la ley guatemalteca. Aunque en muchas legislaciones, como la española y la mexicana, han optado por la palabra inspección, lo han hecho en un sentido muy amplio, dándoles facultades a dichas instituciones dentro de cada ordenamiento jurídico notarial.

En Guatemala, como expuse al principio, se habla de inspección y revisión específicamente en el Título XII y Artículos del 84 al 89 del Código de Notariado, pero no se hace énfasis en las facultades del inspector sino que únicamente nos indica quiénes pueden realizar la inspección, en qué momento y las sanciones en su caso, es decir que todas estas normas nos indican el procedimiento a seguir en la inspección.

Ahora cabe plantear la interrogante siguiente: por qué hablar de fiscalización de la función notarial, y tal como se expone, la palabra fiscalizar encierra en su sentido de control más amplitud para poder realizar tan importante y vital actividad, dentro de la función que el notario realiza.

⁴⁷ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 389.

⁴⁸ **Ibid.** Pág. 769 tomo V

⁴⁹ **Diccionario pequeño Larousse**. Pág. 498



Además, cabe mencionar que en la inspección el encargado de la misma (inspector) únicamente realiza una función puramente formal, al limitarse al instrumento autorizado, mientras que en la fiscalización se puede llegar a comprobar el cumplimiento estricto de todas las obligaciones notariales, haciéndose énfasis en el cumplimiento de las normas que establece el Código de Ética Profesional en el campo del notariado, si se ha cumplido con las leyes fiscales.





CAPÍTULO III

3. Fe pública

3.1. Concepto:

Para tener un concepto claro de lo que es la fe pública trataremos de establecer una definición de lo que es fe y para ello nos apoyaremos en lo que afirman varios connotados doctrinólogos, citando a continuación algunas de sus definiciones:

"Fe significa creer en aquello que no se ha percibido directamente por los sentidos; acepto lo que el otro dice; acepto que tal acontecimiento es cierto; creo que tal acto efectivamente se realizó."⁵⁰

Según Cabanellas la fe puede ser considerada como:

"-Creencia, crédito que se da a una cosa por la autoridad del que la dice o por la fama pública. Confianza o seguridad que en una persona o cosa se deposita.

-Imperativo jurídico impuesto por el estado, vigente mientras no se pruebe su falsedad.

-Relación de verdad entre el hecho o acto y lo manifestado en el instrumento.

⁵⁰ Pérez Fernández del Castillo. **Derecho notarial**. Pág. 125.



-Seguridad otorgada por el estado para afirmar que un acto o hecho es verdadero.

-Creer en la realidad de las apariencias.

-Creencia legal impuesta y referida a la autoría o a determinados actos públicos, o sobre el hecho de haber ocurrido un acontecimiento.

-Imperativo jurídico que impone el estado a un pasivo contingente universal para considerar cierta y verdadera la celebración de un acto o el acaecer de un evento que no percibe este contingente por sus sentidos; también es el contenido del instrumento que los contiene.”⁵¹

Tomando en cuenta las citas anteriores, podemos deducir que: Fe es creer en algo que no nos consta ni hemos presenciado y lo damos por cierto porque lo afirma alguien a quien tenemos plena confianza, ejemplo: Nuestros padres nos afirman que somos sus hijos y nosotros les creemos aunque ese hecho no nos conste.

La fe pública es la garantía que el Estado da en el sentido de que los hechos que interesan al derecho son verdaderos, auténticos. Lo anterior, por cuanto en la realidad social existen una serie de hechos y actos con relevancia jurídica que si bien no todos los ciudadanos pueden presenciar, deben ser creídos y aceptados como verdad oficial.

Afirmaciones que todos los individuos de la colectividad deben tener por verdaderas

⁵¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Págs. 21, 22 y 518.



obligadamente, al existir normas de tipo legal que así lo establecen y encontrarse estas afirmaciones investidas de fe pública, mediante las formas que a tal fin han sido prescritas por la ley y a través de algún agente autorizado por el Estado.

Para que un agente pueda dar fe pública, el hecho o acto debe ser evidente para el fedatario, es decir presenciado o percibido por él. Asimismo, el hecho histórico debe constar documentalmente para su conservación en el tiempo, transformándose así en un hecho narrado.

La fe pública supone exactitud, que lo narrado por el fedatario resulte fiel al hecho por él presenciado; y también supone integridad, es decir que lo narrado bajo fe pública se ubique en un tiempo y lugar determinado y se preserve en el tiempo sin alteración en su contenido.

La eficacia de la fe pública es erga omnes, pues no existe fe pública entre partes, y por ese motivo es oponible a terceros no relacionados con el documento en que se hubiere vertido dicha fe, ya que las manifestaciones que obraren bajo ésta, cobran fuerza probatoria por sí mismas.

Habiendo establecido ya lo que es la fe, podemos tratar de definir lo que es la fe pública buscando cuál es la diferencia entre ésta y aquella. La fe, que como ya establecimos es el hecho de creer en alguien a quien tenemos confianza, es voluntaria, es decir, que no es obligatoria. Por el contrario la fe pública es la que el Estado nos impone pues es éste quien faculta y respalda a ciertos funcionarios y personas a quienes la ley reconoce



como únicos autorizados para otorgarla, con el objeto de proporcionar seguridad jurídica, la cual forma parte de la seguridad general que nuestra Constitución Política garantiza.

Concluyendo podemos decir que fe pública es un atributo del Estado, el cual delega en funcionarios y notarios quienes están autorizados para darla y así legitimar y autenticar actos, hechos y negocios jurídicos en los que participen, a petición de parte o por disposición de la ley.

3.2. Requisitos de la fe pública:

Al establecer un criterio propio en relación con las circunstancias y características que la fe pública posee, se pueden distinguir los requisitos de ésta, los cuales son:

- a. Evidencia.
- b. Objetivación.
- c. Simultaneidad.
- d. Exactitud: natural y funcional.
- e. Integridad.

a. Evidencia:

Es la relación que existe entre el autor del acto jurídico y el del instrumento notarial, es decir, es la relación entre el quién y el ante quién, el Notario narra el hecho propio (certificación) y constata el hecho ajeno.



En la certificación, el Notario concreta su actividad de fedatario, es decir, manifiesta el contenido de su fe pública originaria, que versa sobre: fe de la existencia de documentos relacionados con la escritura, de conocimiento de las partes, de lectura y explicación y de otorgamiento de la voluntad.

El propósito de esta certificación es brindar seguridad jurídica al usuario del instrumento.

b. Objetivación:

Consiste en que todo lo percibido debe plasmarse en un instrumento, es decir, todo lo que el Notario percibe de manera sensorial o por el dicho de otros, debe constar por escrito dentro de un protocolo. Lo anterior se refiere a que toda actuación notarial debe hacerse en el protocolo.

c. Coetaneidad o simultaneidad:

Es la relación tripartita entre lo narrado o lo percibido, su plasmación en el instrumento notarial y su otorgamiento.

Es necesario que estos momentos de narración, plasmación y otorgamiento sean inmediatos y concatenados, deben darse toda esta sucesión de actos entre lo captado, plasmado.



d. Exactitud:

Es la relación de igualdad que debe existir entre el hecho o acto y lo narrado en el instrumento público. Ésta puede ser de dos tipos:

d.1. Natural: Es la relación de identidad entre el hecho o acto y lo narrado acorde a sus circunstancias de espacio, tiempo y lugar, por ejemplo una certificación de hechos

d.2. Funcional: Consiste en hacer del instrumento un documento útil y práctico, narrando únicamente lo relevante del acto o hecho y evitando fórmulas inútiles o anticuadas.

e. Integridad:

Es el acto de materializar o estatizar el acto o hecho para el futuro, lo cual debe hacerse en un documento. Esta materialización se hace mediante la impresión original del instrumento en el protocolo y su reproducción con la expedición de testimonios y copias.

3.3. La fe pública como principio del Derecho Notarial y atributo del Notario:

“En definitiva: Puede preceptivamente afirmarse que la fe pública: es un “Principio” real del Derecho Notarial, pues viniendo a ser como una patente de crédito que se necesita forzosamente para que la instrumentación pública sea respetada y tenida por cierta, se



traduce por una realidad evidente.⁵²

El Código de Notariado guatemalteco, concede al Notario en su Artículo 1º. La facultad de dar fe pública de los actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, lo cual hace de la fe pública un atributo del Notario; por lo tanto se puede decir que: La fe pública es un principio del Derecho Notarial y un atributo del Estado, quien la ejerce por medio de los funcionarios públicos y notarios habilitados, con el objeto de dar vida y autenticidad a las relaciones jurídicas entre los ciudadanos.

3.4. Fundamento de la fe pública:

El fundamento lo constituye la razón de ser de una cosa y en este caso podemos decir que el objeto fundamental de la fe pública es el siguiente:

- a. Que las relaciones jurídicas entre las personas se realicen de acuerdo a las normas legales establecidas.
- b. Establecer certeza jurídica en las relaciones jurídicas que se dan entre las personas, para garantizar la estabilidad y armonía en la vida social.

3.5. Clases de fe pública:

Las relaciones jurídicas que se dan entre los habitantes de un Estado son de diversa

⁵² Argentino I., Nery. **Tratado de derecho notarial**. Vol. 1. Pág. 376.



índole, por lo que también la fe pública se da en diferentes clases o categorías, en tal virtud se hace necesario hacer una clasificación. A este respecto varios son los autores y tratadistas que han estudiado este tema, el tratadista Oscar Salas Marrero en su obra Derecho notarial de centroamérica y panamá clasifica la fe pública de la siguiente forma:

“Fe pública originaria y derivada:

Fe pública originaria: Se da cuando el hecho es captado directamente por el fedatario a través de sus sentidos e inmediatamente narrado documentalmente.

- Fe pública derivada: Aquélla donde la narración está referida a documentos preexistentes que el fedatario ha tenido a la vista, como en la certificación notarial.

Las clases de fe pública aceptadas comúnmente:

- Fe pública judicial
- Fe pública administrativa
- Fe pública notarial

Fe pública notarial 1: Artículos 30 y 31 del CN: El notario legitima y autentica los actos en los que interviene, revistiéndolos de fe pública, misma que le ha sido depositada por El Estado y que se manifiesta cuando el fedatario deja constancia de un hecho, suceso, situación, acto o contrato jurídico. En virtud de esa fe pública, se presumen ciertas las



manifestaciones del notario que consten en los instrumentos y demás documentos autorizados por él.

Fe pública notarial 2: Su fundamento radica en el deber del Estado, como resguardador de la paz social, de proteger los derechos subjetivos, evitando que surjan contiendas que requieran la intervención de los tribunales. Para llevar a cabo tal protección, el Estado necesita conocer con certeza los derechos sobre los que debe ejercerse esa tutela impidiendo que se niegue su existencia y garantizando su efectividad, necesidad que viene a llenar la fe pública notarial.”⁵³

“Clasificación según la legislación Mexicana:

Fe pública notarial: es la fe delegada a los notarios. El notario es el fedatario que más amplia gama de facultades tiene, debido a que casi la totalidad de las materias jurídicas requieren de su intervención. En la actualidad su actuación tiene una sola limitante, que es la de intervenir en algún acto que esté reservado a otro funcionario. Art. 45 LNDF.

Fe pública judicial: la tienen los secretarios del juzgado (y no el juez) para dar seguridad jurídica. Esta fe pública se tiene tanto al interior, es decir, como en el caso de expedición de copias certificadas o al dar fe de que el juez decretó en tal o cual sentido, como al exterior, al realizar diligencias diversas fuera del juzgado. (Arts. 58 y 61 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del D.F.)

⁵³ Salas, Oscar A. **Derecho notarial de centroamérica y panamá**. Pág. 252



Fe pública mercantil: ésta se encuentra depositada en los corredores públicos, los cuales tienen una función dual, debido a que pueden intervenir en la intermediación y consolidación de un acto jurídico mercantil, o bien dar fe de manera imparcial de actos o hechos mercantiles, como el cotejo de un documento perteneciente a un comerciante, la constitución de sociedades mercantiles, su fusión, formalización de sus acuerdos, entre otros, si con ello están relacionadas las transmisiones de bienes inmuebles, el otorgamiento civil de poderes que son exclusivos del notario por el carácter local de la materia notarial. En la actualidad se exige que el corredor público sea abogado para ejercer funciones de fedatario mercantil, y que su actuación sea documental, en este caso plasmado el instrumento en una póliza (Art.6 frac. V, VL y 18 de La Ley Federal De Correduría Pública).

Fe pública registral: Se deposita en los directores de los registros, tanto locales como federales, puesto que la esencia de los registros es dar publicidad a los actos y sus certificaciones tienen fe pública. El registrador no tiene fe pública ni le puede ser delegada en materia de propiedad. (Art. 6 del registro público de la propiedad del D.F.).

Fe pública consular: los Artículos 69 a 72 de la ley del servicio exterior mexicano, señalan que la fe pública registral la tienen los cónsules en los casos en que la ley les permite dar fe pública como notarios respecto a actos que pueden tener efectos en territorio nacional. Tienen facultad de actuar en protocolos abiertos. Su fundamento es la ley del servicio exterior mexicano y su ley supletoria es la Ley del Notariado para el D. F.

Fe pública administrativa: es aquella atribuida al poder ejecutivo, que ejerce a través de



las secretarías de Estado, y que por técnica legislativa se les concede habitualmente a los oficiales mayores de cada una de ellas. La fe pública administrativa está limitada a los actos internos de las secretarías y se ejerce con base en certificaciones., se da tanto a nivel federal como local.

Fe pública marítima: se deposita en el capitán del buque para casos especiales, que se den a bordo de una embarcación, y sólo puede ejercerse en alta mar, como nacimiento, matrimonio, testamentos, entre otros. Al respecto citamos el Artículo 25 fracción IV de la ley de navegación, que establece una facultad genérica para que el capitán del buque actúe como oficial del registro civil, así como los Artículos 146 y 1583 a 1592 del Código Civil Federal.

Fe pública del registro civil: se deposita en cada uno de los jueces del Registro civil, para los actos en que por ley tienen que intervenir, que son los referentes al estado civil de las personas, por ejemplo: nacimiento, matrimonio, adopción, entre otros. (Art. 35 Del Código Civil Del D.F.).

Fe pública agraria: en la nueva ley agraria se atribuyen funciones de certificación en algunos actos a ciertas autoridades agrarias, como el procurador agrario, fedatarios, el registro agrario nacional y el del crédito rural. Esta regulación se encuentra en los Artículos 28, 58, 68, 80, 84, 85, 103,104 de la mencionada ley.

Fe pública legislativa: se debe atribuir al poder legislativo de manera intrínseca en su ámbito de competencia, la cual surte efecto en los actos de publicación y promulgación



de las leyes. Es decir el texto de estas disposiciones contenidas en el diario oficial de la federación y en las gacetas o periódicos oficiales de las entidades Federativas deberá tenerse por cierto, verdadero y obligatorio.

Fe pública de los archivos notariales: en donde existe un archivo general de notarías, su titular cuenta con fe pública para regularizar instrumentos incompletos que ya esté en su poder, autorizarlos y reproducirlos como si fuera el propio Notario, además de reproducirlas como si lo hiciera éste. Art. 238 y 242 LNDF.

Fe pública eclesiástica: en el Código de Derecho Canónico también se encuentra prevista la figura del fedatario con funciones notariales, pero con la limitación de dichas atribuciones para asuntos internos de la Iglesia Romana. El derecho mexicano no reconoce este tipo de fe pública. Existen notarios de la Curia diocesana, sus funciones están previstas en los cánones 482, 843, 484 etc.

Fe pública entre particulares: en algunas ocasiones la legislación puede atribuir efectos fedatarios a particulares que no ejercen una función pública. En México existe una figura que recae sobre un particular, quien no es nombrado por el Estado y puede realizar ciertas actividades fedatarias, como se desprende de la ley de instituciones de crédito.⁵⁴

La mayoría de autores coincide en que las clases de fe pública son:

⁵⁴ Superintendencia de Notariado y registro. Aspectos generales del notariado. Notariado. 2003. Disponible: <http://www.snrportal.supernotariado.gov.co/.../url/page/snr/> 16-10-2012 16:15



- a. Judicial;
- b. Administrativa;
- c. Registral;
- d. Legislativa;
- e. Notarial.

a. Fe pública judicial:

Consiste en el sello de credibilidad que los secretarios de los tribunales o juzgados le dan a las actuaciones y decisiones judiciales, de acuerdo a lo regulado en la Ley del Organismo Judicial, decreto 2-89 del Congreso de la República, en los Artículos 172 y 173 los cuales establecen lo siguiente: Artículo 172.-“Copia certificada. Se comprende bajo la denominación de copia certificada, o certificación la que se extienda a mano, a máquina o utilizando cualquier medio de reproducción mecánica, electrónica u otro similar, y cuya autenticidad certifiquen los secretarios de los tribunales. En las copias certificadas o certificaciones se consignará el valor del papel empleado o de los timbres fiscales y de los honorarios que cause”; Artículo 173.-“Copia secretarial. Si el secretario del tribunal fuere notario, podrá dar fé plena de las actuaciones judiciales de que conozca el tribunal al cual sirve, sin precisar la intervención de ningún otro funcionario, bajo su responsabilidad dejando razón en los autos”.

b. Fe pública administrativa:

Es la que tiene por objeto dar autenticidad a los hechos realizados por el Estado por



medio de los funcionarios públicos que tiene autoridad para emitir órdenes, comunicaciones y resoluciones de la administración pública.

c. Fe pública registral:

Es la que poseen los registradores, para certificar la inscripción de un acto que consta en un registro público, el cual tiene autenticidad y fuerza probatoria desde que fue inscrito.

d. Fe pública legislativa:

Es la que el Congreso de la República da a las disposiciones que emanan del mismo, las que por tal virtud se convierten en leyes de la República. Esta fe pública tiene la singularidad de ser de tipo corporativo pues la posee el Congreso como organismo y no sus integrantes individualmente.

e. Fe pública notarial:

El Código de Notariado, decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala establece: Artículo 1º.-“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”; con tal disposición la ley reviste al Notario de fe pública notarial la cual también es llamada extrajudicial, dejando sin lugar a dudas que los instrumentos públicos autorizados por Notario están dotados de fe pública y producen plena prueba la cual es producto de la



autorización del Notario. Nuestro maestro Licenciado Nery Muñoz dice: "Podemos mencionar como características de la fe pública notarial de que es única, personal, indivisible, autónoma, imparcial y no delegable por él. Única porque solo él la tiene; personal porque no necesita de ninguna otra persona para ejercerla; indivisible porque no puede dividirla o fraccionarla; autónoma porque en el ejercicio de sus funciones el Notario es responsable conforme a la ley y no depende de superior jerárquico; imparcial porque no debe inclinarse a favor de ninguna de las partes y no delegable porque no la puede compartir con ninguna otra persona, ni mucho menos delegar en otro su función."⁵⁵

⁵⁵ Muñoz, Nery Roberto. **Ob. Cit.** Pág.81.





CAPÍTULO IV

4. El instrumento público notarial como forma de los negocios jurídicos en materia civil

4.1. Aspectos generales del instrumento público

a. Fines

El fin principal que llena el instrumento público, es perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad, y servir de prueba en juicio y fuera de él.

b. Características

Fecha cierta, que es exacta y los efectos que de esta virtud excepcional pueden producirse. Garantía para el cumplimiento de los convenios. Credibilidad, porque ha sido autorizado por una persona con fe pública. Firmeza, irrevocabilidad e inapelabilidad, sabemos que el instrumento puede ser redargüido de nulidad y de falsedad, pero mientras esto no suceda es firme e irrevocable.

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



Seguridad, como garantía o principio que fundamenta el protocolo, ya que la escritura matriz queda en el mismo, evitando el riesgo de pérdida, quedando protegidos los interesados por todo el tiempo.

c. Autoría

Al hablar de la autoría entendemos que es el autor, el que dará la autorización del instrumento público, y quien lo autoriza es el notario, quien es el profesional del derecho que ejerce una función pública consistente en recibir, interpretar, y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos públicos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de estos y expidiendo copias que da fe de su contenido.

d. Valor jurídico

Aquel instrumento que no adolece de nulidad ni falsedad, se tiene como plena prueba además tiene un valor formal, cuando se refiere a su forma externa o cumplimiento de todas sus formalidades esenciales y no esenciales.

e. Eficacia

La eficacia del instrumento público radica en que al redactarlo, sé esta plenamente convencido que el mismo llena los requisitos para los cuales fue elaborado, ya que da



seguridad a las partes, que lo estipulado debe cumplirse y de lo contrario que es título suficiente para exigir su cumplimiento.

f. Impugnaciones

Se entiende por impugnación la actividad encaminada a combatir la validez o eficacia de algo que puede tener trascendencia en el campo de lo jurídico. Las clases de impugnaciones son:

Nulidad: Desde el punto de vista notarial, la nulidad puede definirse como la incapacidad de un instrumento público para producir efectos jurídicos, por mediar algún vicio en su contenido o en su parte formal. La nulidad de un instrumento puede ser de:

- De fondo, que se produce cuando aquel es ineficaz porque el acto o contrato que contiene está afectado por un vicio que lo invalida.
- De forma o instrumental, que es la que interesa al derecho notarial, porque afecta al documento considerado en sí mismo, y no como continente de un acto o negocio jurídico, sin perjuicio desde luego, que la nulidad instrumental afecte indirectamente la validez del acto o negocio que contiene.

El Código de Notariado, establece en el Artículo 32, que la omisión de formalidades esenciales en los instrumentos públicos, da acción a la parte interesada a demandar su nulidad, siempre que se ejercite dentro del término de cuatro años, contados desde la fecha de su otorgamiento.



Falsedad: Falta de verdad o autenticidad, esta puede ser:

- Material: Cuando se hace un documento público falso o se altera uno verdadero.
- Ideológica: Cuando en el otorgamiento, autorización o formalización de un documento público se insertare o hiciere insertar declaraciones falsas.

El Código Penal, tiene tipificados estos delitos en los Artículos 321 y 322.

g. Definición

Es el documento notarial autorizado a instancia de parte, en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho. Es el escrito auténtico en que se consigna y perpetúa un título o un hecho.

Motivo de profundización y estudio para los jurisconsultos, especialmente para los procesalistas, es el instrumento público por ser el medio de prueba más contundente y eficaz en los procedimientos judiciales.

“El término instrumento proviene del latín instruere que significa instruir, enseñar, dar constancia, y se refiere a todo aquello que sirve para conocer o fijar un acontecimiento. Cuando el instrumento consiste en signos escritos se llama documento. Así el género es el instrumento y la especie, y el monumento y documento.

Esta distinción se conoce desde la antigüedad. En el derecho romano y en el canónico, era instrumento todo aquello con lo cual podía integrarse una causa. En este último, se



hablaba además de instrumento en sentido escrito, se refería a cualquier escritura, en especial a la pública, que hace fe por sí misma.”⁵⁶

En este sentido, Guillermo Cabanellas, en el diccionario de derecho usual, define al documento en los términos siguientes: “Instrumento, escritura, escrito con que se prueba, confirma o justifica alguna cosa, o, al menos, que se aduce con tal propósito. En la acepción más amplia, cuanto consta, por escrito o gráficamente, así lo es tanto un testamento, un contrato, un libro o una carta, como una fotografía o un plano, y sea cualquiera la materia sobre la cual se extienda o figure, aunque indudablemente predomine el papel sobre todas las demás. Cualquier comprobante o cosa que sirva para ilustrar.”⁵⁷

“En orden general, instrumento es el escrito con que se justifica o se prueba un hecho o un derecho.”⁵⁸

En otro orden de ideas, el instrumento público: “Es el documento notarial autorizado a instancia de parte, en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho.”⁵⁹ Por último, transcribo la definición del tratadista Enrique Giménez Arnau: “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.”⁶⁰ Se aprecia

⁵⁶ PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho notarial**. Pág. 89

⁵⁷ **Ibid.** Pág. 736.

⁵⁸ Neri. **Ob. Cit.** Pág. 404.

⁵⁹ González, Carlos Emérito. **Derecho notarial**. Pág. 209.

⁶⁰ **Ibid.** Pág. 403.



de los conceptos formulados por diferentes autores, que su terminología tiene semejanzas; es decir son similares y conllevan al mismo fin.

h. Fines del instrumento público

Giménez Arnau, citado por Luis Carral y de Teresa: "Dice que el instrumento público es: El mejor medio de expresión del pensamiento y del querer serio del individuo; el mejor medio para lograr en el futuro la autenticidad, el mejor medio de asegurar la técnica y legalidad del acto; el medio de fijación exacta y permanente para cumplir los efectos del acto, el medio legal de hacer ejecutiva la obligación; y el medio de garantía de las partes y de los terceros."⁶¹

Para el tratadista Carlos Emérito González los fines del instrumento público lo constituyen, el de la prueba preconstituida, el de dar forma legal y el dar eficacia al negocio jurídico.

Por su parte Fernández Casado describe en dos los fines del instrumento público: Perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad; y servir de prueba en juicio y fuera de él.

Los autores no cuentan con un criterio unificado, en cuanto a la finalidad del instrumento público, pero básicamente, si concluyen en cuanto a aspectos que sirven

⁶¹Muñoz. **Ob. Cit.** Pág. 111



de referencia para determinar la más importante: Servir de prueba preconstituida; dar forma legal y eficacia del negocio jurídico.

- Servir de prueba preconstituida

Fernando Casador citado, por el autor Carlos Emérito González; expuso su teoría en cuanto a la finalidad del instrumento público como la prueba preconstituida: “Prueba preconstituida ya preparada con anterioridad al pleito. Prueba escrita que está en ese instrumento y que si alguna vez la necesitamos, la presentaremos de inmediato para hacer valer nuestros derechos.”⁶²

Nuestra legislación civil hace referencia al respecto, en el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil. Claro que puede suceder que nunca se llegue hacer uso de dichos instrumentos como prueba preconstituida.

- Dar forma legal

Es decir manifestar por escrito la voluntad de los otorgantes, naciendo a la vida jurídica y prolongarse hacia el futuro surtiendo todos sus efectos de validez y que en caso necesario podría demostrar la verdad o falsedad de un hecho.

⁶² Ibid. Pág. 313



- Eficacia del negocio jurídico

Dar eficacia al negocio jurídico, el cual nace a la vida jurídica; pues en el instrumento público, fue manifestada la voluntad de las partes, garantizando a favor de ellos, terceros y aún de la sociedad en general, dicho negocio el cual se cumple aún en contra de la voluntad de los otorgantes.

i. Valor jurídico del instrumento público

De conformidad con el Artículo 186 del Decreto Ley 107 que contiene el Código Procesal Civil y Mercantil, los instrumentos públicos producen fe y hacen plena prueba.

“El instrumento público tiene valor formal y valor probatorio. Valor formal, cuando se refiere a su forma externa o el cumplimiento de formalidades esenciales y no esenciales que el código regula y valor probatorio en cuanto al negocio que contiene internamente instrumento.”⁶³

“El autor Pedro Ávila Álvarez, citado por el autor guatemalteco, Nery Roberto Muñoz, con relación al valor jurídico del instrumento público, expone que en el estudio de este valor debemos distinguir: 1) El valor o efecto sustantivos; 2) Efectos ejecutivos; y 3) Efectos probatorios.”⁶⁴

⁶³ *Ibid.* Pág. 113

⁶⁴ *Ibid.*



j. Características del instrumento público

Téngase como notas o connotaciones características del instrumento público: Lugar y fecha cierta; credibilidad; garantía; seguridad; firmeza e irrevocabilidad y ejecutoriedad.

- **Lugar y fecha cierta:** En Guatemala, de conformidad con los Artículos 29 numeral 1º; y 31 del Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Notariado, se regula que los instrumentos públicos debe de constar el lugar y fecha, razón por la que como requisito de formalidad esencial, el Notario debe consignarlo y no puede ni debe antedatar ni postdatar las fechas en los instrumentos, lo cual hace presumir de la certeza del lugar y fecha del nacimiento, modificación o extinción de derechos y obligaciones.

- **Credibilidad:** Derivado de la fe pública del notario, el instrumento público nace a la vida jurídica y si en él se han cumplido todos los requisitos formales y esenciales para su validez, el mismo es investido de credibilidad en la sociedad.

- **Garantía:** Garantiza el acto o contrato contenido en el instrumento público, a favor de los otorgantes y de terceros.

- **Seguridad:** El instrumento público confiere seguridad al acto o contrato contenido en él, en virtud de que el mismo está redactado en el protocolo notarial y éste a la vez custodiado en todo sentido por el Notario o en su caso, por el depositario del mismo.



- **Firmeza e irrevocabilidad:** En caso de no cumplirse con los requisitos establecidos en ley para la validez del instrumento público, se puede solicitar la nulidad, de lo contrario, el instrumento reviste firmeza e irrevocabilidad, lo primero porque su contenido queda firme y lo segundo porque no se puede revocar su contenido por nadie que sea superior jerárquico al Notario como autor del instrumento.

- **Ejecutoriedad:** El instrumento público, adquiere la calidad de título ejecutivo, cuando se incumple la obligación adquirida en el mismo, se puede solicitar su cumplimiento por la vía ejecutiva, 58 para el efecto, téngase presente, lo que al respecto regula el Artículo 329 numerales 1º., 3º., 4º., y 5º. del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil.

k. Elementos personales del instrumento público

Sujeto: Titular de un derecho u obligación; persona que se ve afectada en su patrimonio en virtud del otorgamiento de un instrumento público, puede ser que el acto jurídico produzca menoscabo o incremento o alteración en el patrimonio, pero siempre repercute en su esfera jurídica.⁶⁵

Parte: Persona o personas que representan un mismo derecho u obligación; que ostentan una misma prestación en una escritura.⁶⁶

⁶⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, "Derecho notarial". Pág. 183

⁶⁶ **Ibid.**



Otorgante: Persona que da su consentimiento, quien directamente y en forma personal realiza el acto; la parte que contrata en un documento público.”⁶⁷

Compareciente: En su estricto sensu: Persona que requiere la función del notario; en su lato sensu: Persona que concurre, que interviene en el instrumento público, sin necesidad que resulte obligado. Son llamados concurrentes.”⁶⁸

I. Eficacia jurídica del instrumento público

Fernández Casado, llamaba nulidad del instrumento público a su falta de eficacia o de fuerza probatoria, pero la ineficacia del documento notarial puede producirse por su falta de veracidad o inexactitud comprobada, a lo que llamamos falsedad, sea o no intencionalmente provocada.”⁶⁹ Es correcto hablar de impugnación por falsedad, pero nunca de nulidad.”⁷⁰

El valor formal de los documentos: Se refiere a la forma externa del instrumento público, o sea el cumplimiento de todas las formalidades esenciales y no esenciales que el Código de notariado regula.”⁷¹

La forma: El objeto del sistema notarial es regular la forma que corresponde a determinados actos jurídicos. El acto jurídico es un acto de voluntad. La voluntad de los

⁶⁷ Cabanellas, **Ob. Cit.** Pág. 141

⁶⁸ Pérez Fernández del Castillo, **Ob. Cit.** Pág. 183

⁶⁹ Fernández Casado. **Ob. Cit.** Pág. 32

⁷⁰ Nuñez Lagos, Rafael, “**Estudios de derecho notarial**”. Pág. 75

⁷¹ Castro Monroy, Carlos Manuel, “**Derecho notarial I**”. Pág. 1



individuos para crear actos jurídicos consiste en un fenómeno interno. La forma es la materialización física en la que se expresa ese deseo interno. Por lo tanto la forma no crea a la voluntad, si no que es la manera en la que esta queda expresada. La forma se define entonces como el signo o conjunto de signos por los cuales hace constar o se exterioriza la voluntad de quienes intervienen en la creación de un acto jurídico o de un contrato.

Existen actos jurídicos en los que solo se requieren que se reúnan los elementos esenciales para que se forme el consentimiento y queden perfeccionados quedando obligadas las partes a observar su cumplimiento. No obstante esto, a las personas les interesa establecer reglas para seguridad en las transacciones para procurar la certeza jurídica en las operaciones realizadas, especialmente para lo que respecta a las operaciones en derecho civil. En general, los contratos se celebran al menos en forma escrita, en tanto que cuando se conviene la escritura pública es para dar seguridad jurídica a los contratantes para evitar juicios y precisar con claridad cuáles fueron las obligaciones contraídas, un contrato notarial implica un estudio previo de los derechos y obligaciones que van a contraer las partes.

El empleo de la forma pública y de la fe, a partir de la existencia del derecho notarial y sus diversas instituciones, da seguridad jurídica en virtud de los siguientes elementos:

- La función notarial
- La fe de conocimiento que responsabiliza al propio notario.
- La existencia de un protocolo.



Respecto a la importancia de la forma escrita en el perfeccionamiento se reconocen varios tipos de negociaciones contractuales:

- Consensuales: Contratos que para su perfeccionamiento basta con el consentimiento libremente manifestado de las partes.
- Reales: Contratos que para perfeccionarse necesitan la entrega del objeto del contrato.
- Formales: También conocidos como solemnes, son los contratos que para su perfeccionamiento necesitan ser otorgados por escritura pública.

El valor probatorio de los documentos: El documento público tiene valor probatorio pleno y se desahoga por su propia naturaleza, sólo la declaración de nulidad o bien falsedad judicial es la que puede desvirtuar a un documento público, esta declaración se puede hacer valer siempre que existan elementos que permitan que se rompa con el principio de prueba plena. Se desarrolla dentro del ámbito no procesal, se refiere al negocio jurídico que contiene internamente el instrumento.⁷²

Los instrumentos públicos hacen plena fe:

- De la existencia material de los hechos que el funcionario público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia. Esto es hasta que sea argüido de falso.
- Del hecho de haberse ejecutado el acto.
- De las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc., contenidos en ellos.

⁷² Ibid.



- De las enunciaciones de hechos o actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal.

Teoría de la Prueba Preconstituida: Esta teoría trata a la prueba preparada con anterioridad al pleito procesal, contando con el instrumento como prueba escrita, que se presentará de inmediato para hacer valer nuestros derechos, si alguna vez la necesitamos.⁷³ Hay que hacer notar que si solo se trata de desvirtuar las manifestaciones de las partes, efectuadas al tiempo del otorgamiento del acto, relativas o vinculadas con el objeto principal de aquel, no será necesario, recurrir a la promoción de una acción de redargución de falsedad, bastará con probar jurídicamente el hecho que contradiga tales manifestaciones. En ese caso si el instrumento publico valido por su contextura y requisitos formales, contiene un negocio jurídico nulo, sigue siendo un instrumento público, pese a la nulidad del contenido negocial, sigue siendo autentico, en cuanto a los hechos narrados en su texto, aunque el documento no valga como público, vale como documento privado.

m. Impugnación por causas de nulidad

La nulidad instrumental o nulidad formal: La nulidad es la carencia de valor, falta de eficacia, incapacidad, inexistencia, ilegalidad absoluta de un acto.⁷⁴ Dentro de la técnica jurídica, nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido, como vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos. La nulidad

⁷³ Fernández Casado, **Ob. Cit.** Pág. 56

⁷⁴ Cabanelas, **Ob. Cit.** Pág. 425.



puede resultar de la falta de condiciones necesarias y relativas, sea de cualidades personales de las partes, sea de la esencia del acto; lo cual comprende sobre toda la existencia de la voluntad y las observancias de los prescritos del acto. Puede resultar también de la ley. Por nulidad se entiende la ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez sean ellas de fondo o de forma.”⁷⁵ Desde el punto de vista notarial, la nulidad es la incapacidad de un instrumento público de producir efectos jurídicos, por mediar algún vicio en su contenido o en su parte formal.”⁷⁶

Las formas de nulidad son:

Nulidad de fondo: Se produce cuando el acto es ineficaz porque está afectado por un vicio que lo invalida y se rige por los actos del derecho civil.

De tal manera se entiende por nulidad la sanción inherente a todo acto jurídico celebrado sin observarse las reglas establecidas por la ley para asegurar la defensa del interés general o para expresar la protección de un interés privado de donde deviene que cuando no se ha cumplido con la ley al celebrar el negocio jurídico, se produce la nulidad de éste, denominándola nulidad de fondo, cuyo estudio pertenece al derecho sustantivo, ya que es el que rige las normas y exigencias de los negocios jurídicos.

⁷⁵ Muñoz, **Ob. Cit.**

⁷⁶ Salas, **Ob. Cit.** Pág. 75



En nuestra legislación la independencia entre el negocio jurídico y el instrumento notarial, es tal, que la nulidad de uno no puede afectar al otro, salvo en los casos en los que se establece así en la ley.

Nulidad de forma: Esta nulidad implica la inaptitud del documento notarial para causar las consecuencias jurídicas que, en condiciones ordinarias, está destinado a procurar. La nulidad formal o instrumental incide o afecta el continente del negocio jurídico. Si partimos del presupuesto de que el notario es el autor intelectual del instrumento, las causales de nulidad, en este orden, están estrechamente vinculadas con la figura del notario. La nulidad formal implica la vulneración de las regulaciones o principios que informan la constitución del instrumento notarial o, en todo caso, que atentan contra la imparcialidad del funcionario fideifaciente. Su declaración judicial pudiera conllevar implicaciones de diversa índole en el actuar del notario por quebrantamiento de las normas deontológicas de su profesión, o incluso podría tratarse de un supuesto de responsabilidad civil o hasta penal al notario autorizante.

Sostiene la doctrina guatemalteca que la nulidad formal está sostenida por tres principios fundamentales, a saber:

- Principio de excepcionalidad: Debido a la fe pública de que están dotados los instrumentos públicos, solo son nulos en los casos expresamente contemplados por la ley,⁷⁷ en el ámbito del derecho notarial predomina el interés de los particulares.

⁷⁷ Muñoz, Ob. Cit.



- Principio de finalidad: La finalidad del instrumento público prevalece sobre la mera formalidad, La nulidad formal del instrumento no implica una total falta de eficacia jurídica, sino tan solo, un decaimiento de la misma.”⁷⁸

-Principio de subsanabilidad: En cuanto a la nulidad de un acto jurídico, es diferente a la subsanabilidad en las omisiones instrumentales. En esta se manifiesta como una consecuencia necesaria del principio de finalidad del instrumento público ya que la misma debe prevalecer sobre el simple formalismo.”⁷⁹ La subsanabilidad del documento en Guatemala se realiza por medio de las escrituras de ampliación o modificación.

n. De la nulidad formal en el Código de Notariado

La nulidad de forma o instrumental es la que más interesa al derecho notarial, porque afecta al documento considerado en sí mismo, y no como continente de un acto o negocio jurídico, sin perjuicio de que la nulidad instrumental afecte indirectamente la validez del acto o negocio que contiene, tal y como ha quedado reflejado en los supuestos de forma ad substantiam.

La nulidad instrumental viene regulada en nuestro derecho, en el Código de Notariado en su Artículo treinta y dos, de manera que los supuestos a que ese precepto se contrae se refieren a quebrantamientos de las solemnidades exigidas por la ley notarial en la redacción y autorización del instrumento.

⁷⁸ **Ibid.**

⁷⁹ **Ibid.**



La nulidad negocial o nulidad sustantiva no tiene por que necesariamente afectar el instrumento en que se contiene el acto, los documentos públicos notariales cuyos negocios contenidos en ellos han sido declarados judicialmente nulos harán prueba respecto a terceros de la fecha del otorgamiento. Por ello resulta pausable distinguir entre negocio jurídico e instrumento: El negocio jurídico es el contenido, en tanto el instrumento es el continente⁸⁰, puede existir el primero sin el segundo, como ocurre cuando el acto reviste una forma documental no notarial, privada e incluso oral, y el segundo sin el primero, como cuando el negocio instrumentado deviene nulo por defecto intrínseco, lo que no obsta la validez del instrumento.

4.2. Clasificación del instrumento público

Al referirnos al documento; este puede ser público o privado.

Es público: Cuando emana de una persona investida de fe pública. Es privado: Cuando proviene de los propios interesados. En cuanto al instrumento público, la mayoría de autores, entre ellos Carlos Emérito González, clasifica a los instrumentos públicos en principales y secundarios.

Los principales: Son los que constan en el protocolo, como condición esencial de validez. Entre ellos la escritura matriz, las protocolizaciones y las razones de

⁸⁰ Diez Gómez, Aurelio. “¿Constituye la unidad de acto, elemento indispensable en la celebración de escritura pública?”. Pág. 203.



legalización de firmas; y Los secundarios: Son aquellos que se suscriben fuera del protocolo. Entre ellos: El acta notarial de matrimonio.

En nuestro medio, todos los documentos autorizados por notario son públicos, pero no todos son instrumentos, lo son aquellos destinados a formar parte del protocolo notarial. Téngase presentes los Artículos: 8, 9, 59 y 64 del Decreto 314 de Congreso de la República de Guatemala, Código de Notariado. "En Guatemala, podríamos decir que el instrumento público por excelencia es la escritura pública, que se redacta en el protocolo, por estar así regulado en el Código de Notariado (Artículo 29); sin embargo no podemos dejar sin mencionar el acta de protocolización de firmas, que por ley debe hacerse en el protocolo notarial.

Dentro del protocolo:

1. Escrituras públicas.
2. Actas de protocolización.
3. Razones de legalización.

Fuera del protocolo

1. Actas notariales.
2. Actas de legalización de firmas.
3. Actas de legalización de copias de documentos."⁸¹

⁸¹ Muñoz. **Ob. Cit.** Págs. 111 y 112



4.3. Aspectos generales de la escritura pública

a. Definición:

Haciendo una condensación de las definiciones de varios autores como: Giménez Arnau, Fernández Casado, Novoa Seoane, Aguado, López Palop, Azpeitia, Argentino I. Nery y Nery Muñoz, podemos establecer ciertos elementos comunes y esenciales en que todos coinciden al definir la escritura pública y son los siguientes:

- Es un documento autorizado por Notario;
- Contiene relaciones jurídicas;
- Debe cumplir formalidades;
- Es un acto solemne.

Concluyendo, podemos definir que la escritura pública es un documento autorizado por Notario en el cual se establecen relaciones jurídicas entre el otorgante u otorgantes y debe faccionarse, cumpliendo con las formalidades y solemnidades que indica la ley para que surta los efectos jurídicos deseados.

b. Clasificación:

Existen varias clasificaciones pero las más importantes son las siguientes:

- **Por la naturaleza de la relación jurídica:** Escrituras íter vivos y mortis causa;



- **Por los comparecientes:** Unilaterales y bilaterales;
- **Por la índole de las prestaciones acordadas:** A título oneroso y a título gratuito;
- **Por la tipicidad o atipicidad:** Nominadas e innominadas;
- **Por la modalidad de las obligaciones:** Actos puros y actos condicionados;
- **Por las formalidades del otorgamiento:** Con unidad de acto y de otorgamiento sucesivo;
- **Por su finalidad:** Principales, de ratificación y complementarias.

El autor Oscar Salas, las clasifica en principales y complementarias.

- **Principales:** Son las que persiguen una finalidad propia y exclusiva, siendo independientes de toda otra escritura.

- **Complementarias:** También llamadas accesorias, y son las encaminadas a completar, adicionar, modificar o corregir otra anterior. Estas se subdividen en las siguientes:
 - De ampliación;
 - Prórroga;
 - Confirmación;
 - Ratificación;
 - Aceptación;
 - Aclaración;
 - De adhesión.



c. Clasificación guatemalteca:

En nuestro país se reconocen tres clases de escrituras:

- Principales: Son aquellas que se perfeccionan en un mismo acto e independientes de cualquier otra escritura para tener validez.

- Complementarias: También llamadas accesorias, su objeto es complementar una escritura anterior que por alguna circunstancia no se perfeccionó; entre ellas están: las de aclaración, ampliación, aceptación, rectificación y modificación.

- Canceladas: Son las que no nacen a la vida jurídica, sin embargo ocupan un lugar y un número en el protocolo notarial; se cancelan con una razón de cancelación.

De estas escrituras no puede extenderse testimonios ni copias, la única obligación del Notario es dar aviso al Archivo General de Protocolos (Artículo 37 Código de Notariado).

d. Estructura de la escritura pública:

En nuestro medio, tradicionalmente se ha utilizado la siguiente estructura al faccionar una escritura pública:



1. Introducción: se subdivide en:

- Encabezamiento;
- Comparecencia;
- La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento;
- Razón de haber tenido a la vista los documentos que acreditan la representación en nombre de otro, cuando proceda;
- La intervención del intérprete cuando sea el caso;
- Declaración de los comparecientes, que aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles;
- Nominación del acto o contrato que se otorga.

2. Cuerpo: se subdivide así:

- Antecedentes o exposición;
- Estipulaciones o parte dispositiva;
- Reservas y advertencias;
- Aceptación.

3. Conclusión: se subdivide en:

- Fe del Notario de todo lo expuesto y de los documentos que tiene a la vista;
- Advertencias del cierre;
- El otorgamiento (lectura, ratificación y aceptación de los otorgantes por medio de sus firmas);
- La autorización (firma del Notario).



4.4. Aspectos generales del negocio jurídico

El fin inmediato de establecer relaciones jurídicas es el carácter que permite distinguir a los actos jurídicos de los simples actos voluntarios lícitos. Estos últimos pueden tener ciertas consecuencias en el plano jurídico, pero no han sido buscadas específicamente por el autor al realizar el acto. Estos se denominan hechos jurídicos que son todos los cambios en la naturaleza, sin la intervención del hombre que producen consecuencias jurídicas.

Actos jurídicos: Todo cambio en el mundo sensorial, determinado por la voluntad del hombre que produce efectos jurídicos. Como un acto jurídico se presenta el negocio jurídico contractual.

4.4.1. Principios

a. Consensualismo: Este principio es influencia del derecho canónico, es un principio de carácter general inspirador de la contratación, se fundamenta en que el negocio jurídico para su existencia solo necesita del consentimiento de los contratantes, siempre que ese consentimiento sea libre y espontáneamente manifestado.

b. Formalismo: Se presenta como una garantía de seguridad, la no precipitación de los contratantes, la seguridad de probar el acuerdo de voluntades, y la facilidad de inscripción en los registros públicos, esto versus a la anulabilidad y a la incomodidad que se le puede presentar a los contratantes. Se fundamenta en que para que un



contrato se perfeccione no basta el consentimiento libremente manifestado, sino que hay casos en los cuales se exigen ciertas y determinadas formalidades para que el contrato exista, sin las cuales no será perfecto.

c. Autonomía de la voluntad: Conocido en la doctrina como principio de libertad contractual, preside el desarrollo de la contratación, dando un amplio margen de actuación a los contratantes, siendo un sistema de libertad en la manifestación del consentimiento, de aquí nacen las frases conocidas como: “El hombre nace libre, solo se obliga si quiere” y “Dejar hacer, dejar pasar”.

Está basado en el hecho de que en el negocio jurídico civil la voluntad de las partes debe prevalecer sobre cualquier otra circunstancia, no debe tener limitaciones, en la ley se nos presenta de la forma siguiente: “Cuando la ley no señale una forma especial para contratar, las partes pueden elegir la que juzguen conveniente, que no sea contraria a la ley”.

4.4.2. Elementos

Se distinguen elementos esenciales, naturales y accidentales. Elementos esenciales: Son aquellos de cuya existencia depende la del negocio jurídico como tal, son los elementos que no pueden faltar porque su no concurrencia hacen que el contrato sea nulo. Ellos son: consentimiento del sujeto, capacidad legal del sujeto, objeto lícito, y la causa.



- Consentimiento del sujeto: Referido al modo de exteriorización de la voluntad por el sujeto y a las exigencias contenidas en la ley respecto de las solemnidades que esa manifestación exterior debe reunir. El consentimiento es la declaración de voluntad hecha en forma libre y espontánea por los sujetos que celebran un contrato. Los elementos del consentimiento son la oferta y la aceptación. Los sujetos del consentimiento serían así el oferente, también llamado ofertante es quien hace la oferta, y el aceptante que es quien da su aceptación.

Momento del perfeccionamiento:

- Oferta a persona presente: Sin plazo se da en forma inmediata; con plazo el oferente queda ligado a su oferta durante el plazo estipulado.
- Oferta a persona ausente: Se dan varias teorías que se desarrollaran más adelante.

Vicios de la voluntad: Si bien puede argumentarse que el "Vicio" es sólo una de las "Causas" determinantes de invalidez, lo cierto es que todas ellas implican – utilizando la feliz expresión de Llambías - "Un modo de ser viciosos del acto". Ese "Modo de ser vicioso" precedentemente puede referirse a cualquiera de los elementos esenciales del acto. Puede darse tanto cuando se incurre en la conducta sancionada por la ley como cuando no se cumple la conducta normativamente exigida. Este incumplimiento puede a la vez provenir de una acción o de una omisión. Tendremos un incumplimiento activo en el caso de violación de una prohibición legal, y omisivo en el supuesto de no debida efectivización de la exigencia impuesta por la norma.

Si bien no cabe duda que la regulación de la nulidad en el Código Civil es la más importante normativa en el tema de invalidez contenida, también es indudable que no es la única. El gran régimen regulatorio de los actos jurídicos en general se integra y complementa con otros regímenes menores, pero no menos importantes, de ciertos actos jurídicos especiales y aplicables solo a éstos. Estas normativas específicas de invalidez suelen analizarse con relación al instituto que regulan, pero al final hay que integrarlas en un tratamiento global de las nulidades.

Definición: Se denominan así a ciertos defectos, coetáneos a su nacimiento, susceptibles de causar la nulidad o bien de privar de efectos al acto jurídico. Tales defectos o vicios pueden afectar la voluntad del sujeto o bien al acto jurídico directamente. En ese sentido, son todos los defectos o problemas de que adolece la declaración de voluntad que hacen que el consentimiento ya no sea libre y espontáneamente manifestado y como consecuencia de ello provocan que el contrato sea anulable.⁸²

Hay que tomar en cuenta que no es lo mismo cuando en el negocio jurídico no existe el consentimiento, ya que esa situación hace que dicho contrato no nazca a la vida jurídica, operando de pleno derecho; en cambio cuando en el negocio si existe el consentimiento pero éste adolece de vicios, el contrato es anulable, lo cual significa que necesita la declaración judicial para dejar de surtir efectos.

Los vicios del consentimiento a tratar son: El error, el dolo, la simulación y la violencia.

⁸² Roca Menéndez, Manuel Vicente, "**Derecho de obligaciones II**", pág. 29.

Error: Se da cuando uno de los contratantes presenta al otro un conocimiento equivoco del objeto contractual y que de haberlo sabido no hubiese contratado.”⁸³

Se toma en cuenta dos aspectos, la ignorancia y el error propiamente dicho, existe ignorancia cuando la persona desconoce el significado de alguna cosa, y error cuando tiene una falsa idea al respecto.

Clasificación: El error cometido por uno de los contratantes puede presentar tres grados de gravedad, según los cuales varían sus efectos, a veces impide la formación del contrato, a veces simplemente lo hace anulable, otras, carece de influencia sobre él.”⁸⁴

a. Determinantes de inexistencia: Referido a:

- La naturaleza de la convención.
- La identidad del objeto.

b. Determinantes de anulabilidad: Referido a:

- La substancia del objeto, es un error sobre las cualidades de la cosa que constituye objeto del contrato.
- A la persona, en los contratos intuito personae, que son inspirados en la benevolencia particular, el talento o las aptitudes especiales de una persona.
- Al valor de las cosas, denominado lesión en la doctrina, que solo accidentalmente es causa de nulidad, este tópico será desarrollado más adelante.

⁸³ **Ibid.**

⁸⁴ Planiol, Marcel, y George Ripert, “**Contratos, parte general**”. Pág. 839



c. Indiferentes para la validez del contrato: Referidas a:

- Las cualidades no sustanciales, cuando su ausencia no hubiere impedido que el contrato se formara.
- A la persona, cuando esta no tiene influencia alguna sobre la validez del contrato.
- Al valor de las cosas, cuando no causa lesión patrimonial alguna.
- A los motivos del contrato, acerca de la causa principal del acto o sobre la ualidad de la cosa que se ha tenido en mira.

Requisitos que debe reunir el dolo como vicio de la voluntad:

- Debe ser grave;
- Determinante del otorgamiento del acto por la contraparte;
- Debe haber causado un daño importante;
- No debe tratarse de dolo recíproco.

4.4.3. Plazo:

Acontecimiento futuro y cierto, que consiste en un período de tiempo al cual queda sujeto el cumplimiento de la obligación, marcando así el momento en que la obligación comienza y/o el momento en que la obligación termina. Supone postergar en el tiempo el ejercicio de un derecho hasta la ocurrencia de un acontecimiento futuro y cierto.

a. Efectos del Plazo:

- La obligación no es exigible.



- No corre la prescripción.

b. Caducidad del plazo:

- Para el deudor: Es la pérdida del derecho de ejercitar el plazo debido a causas determinadas.

- Para el acreedor: Es la pérdida del derecho de acción, al no exigir el cumplimiento de la obligación en el tiempo legal establecido.

c. Renuncia del plazo: Es el derecho que la ley confiere al deudor de poder pagar su obligación antes del vencimiento del plazo, siempre y cuando pague la totalidad de la deuda

El plazo atendiendo a la duración puede ser:

- Determinado o fijo: Es el plazo en el que se conoce con exactitud cuando comienza y cuando termina la obligación, desde la celebración del negocio se sabe el momento en que resultará exigible un derecho.

- Indeterminado: Es el plazo en el que se conoce cuando comienza la obligación pero no se sabe con exactitud cuándo termina.

- Plazo indeterminado relativo: Es necesario realizar un conteo para poder determinar cuándo termina la obligación.

- Plazo indeterminado absoluto: Sabe que fatalmente ha de ocurrir pero se carece de precisión acerca del momento del suceso siendo imposible determinarlo.



El plazo atendiendo a su origen:

- Voluntario o contractual: Es el plazo que las partes convienen en el contrato.
- Legal: Es el plazo que establece la ley en ausencia de plazo voluntario.
- Judicial: Es el plazo que fija la autoridad jurisdiccional, se aplica siempre a favor del deudor, y se da en caso las partes no hayan fijado plazo y la ley no lo regule.

4.4.4. Condición:

Acontecimiento futuro e incierto del cual depende el cumplimiento de una obligación. Supone la subordinación de la adquisición o extinción de un derecho a la ocurrencia de un acontecimiento que puede (condición cumplida) o no ocurrir (condición fallida).

Por sus efectos la condición puede ser:

- La condición será suspensiva cuando se subordina la adquisición de un derecho a tal evento incierto.
- La condición será resolutoria, en cambio, cuando la ocurrencia del suceso determine la pérdida o extinción de un derecho.

Por la causa que obedece:

- Condiciones casuales: Cuando el suceso es independiente de la voluntad de las partes en forma total.
- Condiciones potestativas: Cuando dependen en gran medida de la voluntad de las partes.

- Condiciones mixtas: Cuando el suceso depende en parte de la voluntad y en parte de circunstancias extrañas a ella.

4.4.5. Clasificación

Solo por referencia, brevemente se clasificaran los contratos de la siguiente manera:

Por la naturaleza del vínculo que generan:

- Unilaterales: Cuando la carga obligacional recae sobre una de las partes contratantes, y sobre la otra parte recaen derechos únicamente.
- Bilaterales: Cuando en la relación contractual se generan obligaciones y derechos para todos los contratantes.

Por su perfeccionamiento:

- Consensuales: Contratos que para su perfeccionamiento basta con el consentimiento libremente manifestado de las partes.
- Reales: Contratos que para perfeccionarse necesitan la entrega del objeto del contrato.
- Formales: También conocidos como solemnes, son los contratos que para su perfeccionamiento necesitan ser otorgados por escritura pública.

Por su finalidad económica:

- Gratuitos: Contratos que no generan contraprestación.
- Onerosos: Contratos que generan prestaciones recíprocas. Estos pueden presentarse de dos maneras:

- Onerosos Conmutativos: cuando los provechos o gravámenes se conocen inmediatamente.
- Onerosos Aleatorios: cuando se necesita que ocurra un acontecimiento posterior para conocer los provechos o gravámenes.

Por su regulación legal:

- Nominados: Contratos que la ley les da un nombre y en esa forma se celebran, también denominados Típicos.
- Innominados: Contratos no nominados por la ley y son las partes quienes les dan un nombre, también denominados Atípicos.

Por su discusión:

- De libre discusión: Contratos cuyas cláusulas contractuales son discutidas por las partes, no está demás mencionar que todos los contratos civiles deben serlo.
- De adhesión: Contrato en el cual las condiciones son pactadas por una de las partes y la otra únicamente se adhiere.

Por la independencia de sus efectos:

- Principales: Contratos que surten efectos por sí solos.
- Accesorios: Contratos cuya existencia depende del previo otorgamiento de un contrato, llamado principal.

Por la forma de cumplimiento:

- De tracto único: Contratos cuyos efectos se producen de una sola vez.

- De tracto sucesivo: Contratos cuyos efectos son producidos en forma alterna, por momentos.

Por las personas jurídicas que intervienen:

- Individuales: Contratos en los que intervienen personas en particular.
- Colectivos: Contratos en los que intervienen personas particulares y personas jurídicas colectivas.

Por su naturaleza jurídica:

- Preparatorios
- De gestión
- Traslativos de dominio
- Traslativo de uso
- De custodia
- De prestación de servicios
- De garantía
- Que resuelven controversias

4.4.6. La formación del negocio

Existen dos teorías sobre la formación del contrato. La primera llamada tradicional, que explica tres momentos o fases en la formación del contrato, que son generación, perfección y consumación,⁸⁵ y una teoría moderna expuesta, entre otros, por Diez

⁸⁵ Aguilar Guerra, Vladimir. **El negocio jurídico**. pág. 192.



Picazo,⁸⁶ que indica que en la formación del contrato únicamente existen dos fases: la de preparación del contrato y la fase de ejecución.

En la misma línea Julián Bonnacase⁸⁷ identifica solamente dos fases en la formación del contrato la oferta y la aceptación. La fase inicial para la formación del contrato es la fase de la oferta o proposición de contrato. Es aquí donde se forma el consentimiento y es este el momento decisivo de la perfección del contrato. La doctrina ha emitido varias teorías que tratan sobre el asunto:

Teoría de la emisión: Cuando la oferta se hace a una persona ausente (no presente). Considera que el contrato queda perfeccionado, desde el momento en que una de las partes (el aceptante), ha emitido su voluntad de formalizar el contrato.

Teoría de la cognición: Cuando la oferta se hace a una persona ausente (no presente). Explica que el contrato se forma, al momento en que el oferente conoce la aceptación de su oferta. Esta es la teoría que se aplica en Guatemala cuando la oferta se hace a persona ausente, fijándole plazo para su aceptación.

Teoría de la expedición: Cuando la oferta se hace a una persona ausente (no presente). También es denominada como teoría de la remisión, que partiendo de nuevo del aceptante, atiende, no a la emisión de su aceptación, sino al tiempo en que la misma es

⁸⁶ **Ibíd.**

⁸⁷ Bonnacase, Julien. **Elementos de derecho civil.** Pág 287

remitida al oferente, saliendo con ello del círculo propio de sus actividades, es calificada como teoría intermedia por Aguilar Guerra⁸⁸.

Teoría de la recepción: Cuando la oferta se hace a persona ausente (no presente) explica que el contrato se perfecciona cuando la aceptación llega al círculo de influencia del ofertante. Esta teoría es la más aceptada, incluso por la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías⁹.⁸⁹ Se aplica en Guatemala cuando la oferta se hace a persona ausente, sin fijarle plazo para su aceptación.

La formación del contrato está muy ligada con la formación del consentimiento, ya que el consentimiento es un elemento esencial en la formación del contrato. El consentimiento es el acuerdo de voluntades constitutivo del contrato¹⁰.⁹⁰ Resulta que el consentimiento es quien culmina el contrato, dependiendo si se trata de un contrato consensual ya que en estos el consentimiento basta y sobra, para que el contrato sea perfeccionado, pero en contratos reales y solemnes la situación requiere de otro paso además del consentimiento.

De esa cuenta, las fases de la formación del contrato son dos. La primera fase del contrato es obviamente la proposición del contrato. Debe existir una propuesta para concretar el contrato. La segunda fase del contrato sería la aceptación del mismo, por parte del otro contratante.

⁸⁸ Aguilar Guerra, **Ob. Cit**; pág. 221.

⁸⁹ **Ibíd.** Pág. 223

⁹⁰ Aguilar Guerra, **Ob. Cit**; pág. 214.



4.5. Requisitos y formalidades del instrumento público en Guatemala

El Artículo 29 del Código de Notariado establece que:

Los instrumentos públicos, deben contener:

1. Numero de orden, lugar, día, mes y año del otorgamiento.
2. Los nombres y apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación y oficio y domicilio de los otorgantes.
3. Fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento, y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles.
4. La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de cedula de vecindad o de pasaporte, o por ambos medios cuando así lo considere conveniente.
5. Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acredite la representación legal de los comparecientes en nombre de otro, describiéndoles e indicando lugar, fecha y funcionario o notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio, para el acto o contrato.
6. La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignore el idioma español, el cual de ser posible, deberá ser traductor jurado. Si él interprete no supiere o no pudiere firmar, lo hará por él un testigo.
7. La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato.
8. La fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que corresponda, según la naturaleza del acto o contrato.



9. La transcripción o las actuaciones ordenadas por la ley o que a juicio del notario, sean pertinente, cuando el acto o contrato haya sido precedido de autorización y orden judicial o preceda de diligencias judiciales o administrativas.

10. La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación.

11. La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos.

12. Las firma de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedida de las palabras ANTE MÍ.

Asimismo el mismo cuerpo legal regula lo correspondiente a las formalidades esenciales. Artículo 31 del Código de Notariado.

1. Lugar y fecha del otorgamiento.

2. Nombre y apellidos de los otorgantes.

3. Razón de haber tenido a la vista los documentos que acrediten la representación legal suficiente de quien comparezca en nombre de otro.

4. La intervención de intérprete, cuando el otorgante ignore el español.

5. La relación del acto o contrato con sus modalidades.

6. Las firmas de los que intervienen en el acto o contrato, o la impresión digital en su caso.

En cuanto a las formas de enmendar la omisión de formalidades, el Artículo 77 del Código de Notariado, establece en su inciso e, que las escrituras de ampliación o aclaración que tengan por objeto único, enmendar errores u omisiones de forma en que hubiere incurrido. Así mismo el Art. 1578 del Código civil, establece que la ampliación,



ratificación o modificación de un contrato debe hacerse constar en la misma forma que la ley señala para el otorgamiento del propio instrumento.

La escritura de ampliación o aclaración contendrá:

- 1 Numero de instrumento público.
- 2 Lugar, fecha y notario autorizante.
- 3 Objeto de la escritura, que será enmendar errores u omisiones de forma en que se incurrió.





CONCLUSIONES

1. La legislación actual es obsoleta y desactualizada frente al desarrollo tecnológico, en cuanto a la función notarial y el instrumento público protocolar, no adecuándose a la necesidad del notario al momento de realizar la actividad notarial del instrumento público, obstruyendo así el progreso profesional del notario.
2. La mala práctica notarial es la causa por la cual el notario utiliza las escrituras de ampliación y aclaración, para subsanar algunas de las fuentes de la nulidad formal; es por ello que función notarial deja en tela de duda la fe pública notarial que ya adolece la incredibilidad.





RECOMENDACIONES

1. Las instituciones públicas relacionadas con la función notarial, deben observar la necesidad e importancia de modernizar su estructura de funcionamiento, porque al contribuir al desarrollo del país y al elevar la calidad de servicio, se logra una más rápida y eficaz función notarial.
2. El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala debe promover que exista un control estricto por parte de las autoridades responsables, sobre el cumplimiento de las obligaciones del notario como profesional del derecho, en la elaboración del instrumento público.





ANEXO



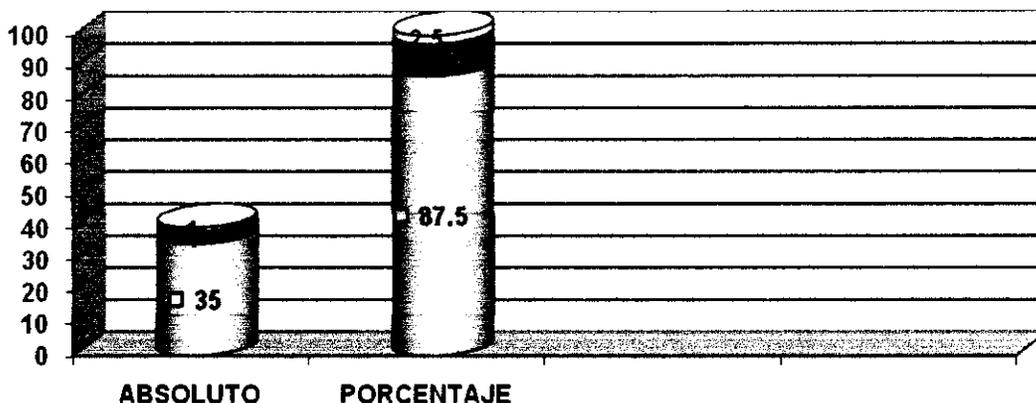


ANEXO ÚNICO

Presentación de Datos
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Encuestas a estudiantes
Número de estudiantes: 40

¿Considera usted que un instrumento público autorizado por notario tiene efectos jurídicos cuando no llene los requisitos que la ley exige?:

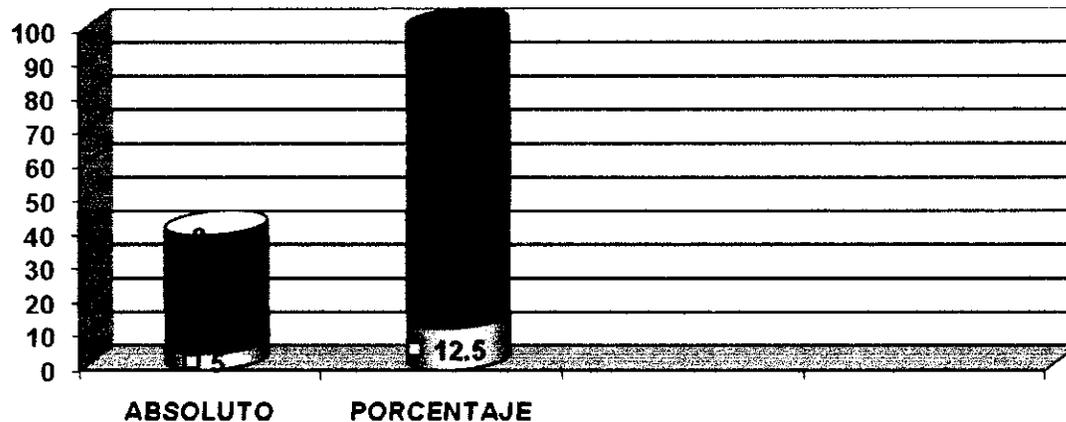
Alternativa	Absoluto	Porcentaje
SI	35	87.5%
NO	04	10%
NO CONTESTARON	01	2.5%
TOTALES	40	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 40 personas que representan el 100% de la muestra; 35 de ellas que representan el 87.5% indicaron efectivamente un instrumento público autorizado por notario tiene efectos jurídicos aun cuando no llene los requisitos que la ley exige; 04 personas más que representan el 10% de nuestra muestra señalaron que no es así y por último una persona que representa el 2.5% restante de nuestra muestra no contestó la interrogante.

2. ¿Considera usted que el instrumento público es una forma de celebración del negocio jurídico en Guatemala?

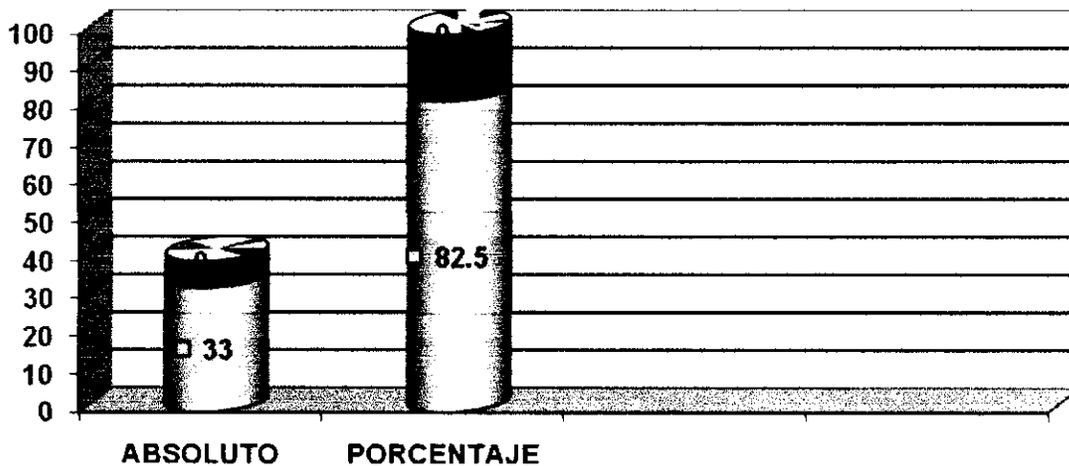
Alternativa	Absoluto	Porcentaje
SI	35	87.5%
NO	05	12.5%
NO CONTESTARON	00	00%
TOTALES	40	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 40 personas que representan el 100% de la muestra; 35 de ellas que representan el 87.5% de la población indicaron que el instrumento público es una forma de celebración del negocio jurídico en Guatemala, pero 05 personas más que representan el 12.5% del total de nuestra muestra, consideran que no es así.

3. ¿Considera usted que el instrumento público al momento de no llenar los requisitos que establece la ley puede ser objeto de impugnación?:

Alternativa	Absoluto	Relativo
SI	33	82.5
NO	07	17.5
TOTALES	40	100

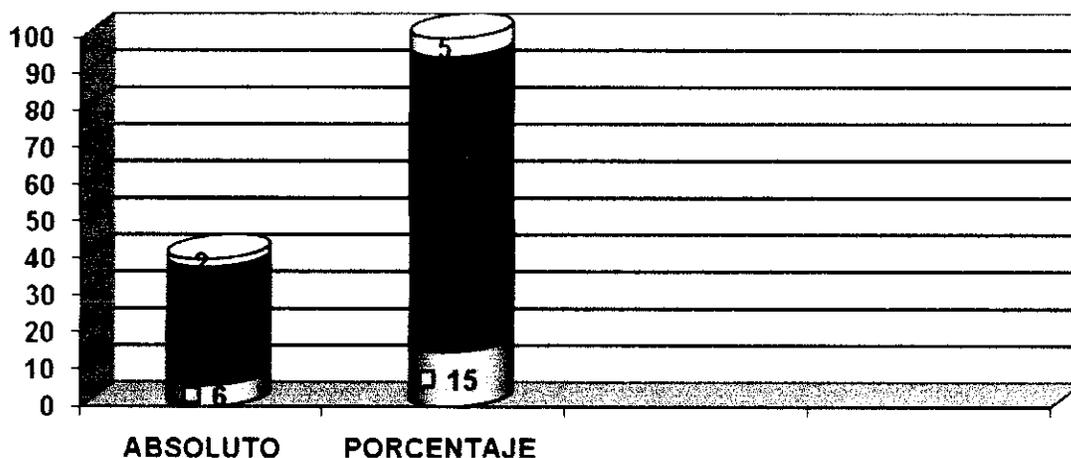


INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 40 personas que representan el 100% de la muestra; 33 de ellas que representan el 82.5% indicaron que el instrumento público al momento de no llenar los requisitos que establece la ley puede ser objeto de impugnación; 07 personas más que representan el 17.5% restante del total de la muestra señalaron que no es así.



4. ¿Considera usted imperativo establecer un criterio estricto en cuanto a la aplicación de las normas, ya que muchas veces las facultades que tiene los profesionales del derecho para realizar los instrumentos públicos, las utilizan de manera antojadiza para dicho fin?

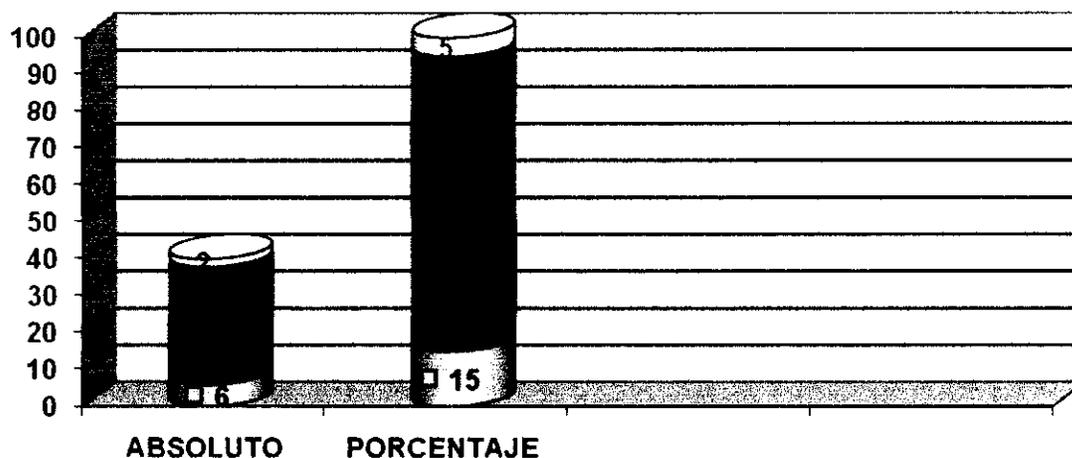
Alternativa	Absoluto	Porcentaje
SI	32	80%
NO	06	15%
NO CONTESTARON	02	05%
TOTALES	40	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 40 personas que representan el 100% de la muestra; 32 de ellas que representan el 80% indicaron que es imperativo establecer un criterio estricto en cuanto a la aplicación de las normas, ya que muchas veces las facultades que tiene los profesionales del derecho para realizar los instrumentos públicos, las utilizan de manera antojadiza para dicho fin; 06 personas más que representan el 15% indicaron que no es así y 02 personas que representan el 5% no respondieron a la pregunta.

5. ¿Considera usted que en el estudio del derecho civil y notarial en las facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales, los catedráticos deben hacer énfasis en la necesidad de utilizar los términos legalmente reconocidos en la contratación civil al darle forma en el instrumento público?:

Alternativa	Absoluto	Porcentaje
SI	36	90%
NO	02	05%
NO CONTESTARON	02	05%
TOTALES	40	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 40 personas que representan el 100% de la muestra; 36 de ellas que representan el 90% indicaron que en el estudio del derecho civil y notarial en las facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales, los catedráticos deben hacer énfasis en la necesidad de utilizar los términos legalmente reconocidos en la contratación civil al darle forma en el instrumento público; 02 personas más que representan el 05% indicaron que no es así y 02 personas que representan el 5% no respondieron a la pregunta.





BIBLIOGRAFÍA

- ARGENTINO I., Neri. **Tratado teórico práctico de derecho notarial. Instrumentos**, 2 vol.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1980.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** (s.l.i): (s.e), (s.f). Pág. 659.
- CARRAL Y TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral.** México: Ed. Porrúa, S.A., 1978.
- CASTRO MONROY, Carlos Manuel. **Derecho notarial I.** (s.l.i): (s.e), (s.f). Pág. 1.
- DIEZ GÓMEZ, Aurelio. **¿Constituye la unidad de acto, elemento indispensable en la celebración de escritura pública?** En ponencias presentadas por el Notariado español a la VI Jornada Iberoamericana de Derecho notarial. Quito, Ecuador: (s.e), 1993.
- GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique. **Derecho notarial.** España: Ed. Universidad de Navara, S.A., 1976. Pág. 882.
- GIRÓN, J.E., **El notario práctico o tratado de notaría.** (s.l.i): (s.e), (s.f). Pág. 27.
- GONZÁLEZ PALOMINO, José. **Instituciones de derecho notarial.** 1t.; Madrid, España: Ed. Instituto Reus, 1948. Pág. 526.
- LARRAUD, Rufino. **Curso de derecho notarial.** (s.l.i): (s.e), (s.f). Pág. 137.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial.** 4a. ed.; Guatemala: Ed. Infoconsult., 2003. Pág. 164.
- MUSTAPICH, José María. **Tratado teórico y práctico del derecho notarial.** (s.l.i): (s.e), (s.f). Pág. 52.
- NUÑEZ LAGOS, Rafael. **Estudios de derecho notarial.** (s.l.i): (s.e), (s.f). Pág. 75.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1987.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho notarial.** México: Ed. Porrúa, S. A., 1987.
- OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** (s.l.i): (s.e), (s.f). Pág. 237.



PLANIOL, Marcel y George Ripert. **Contratos, parte general**. Biblioteca clásicos del derecho civil. Primera serie. Vol. 8. México: Ed. Oxford, 2000.

ROCA MENÉNDEZ, Manuel Vicente. **Derecho de obligaciones II**. (s.l.i): (s.e), (s.f). Pág. 21.

SALAS, Oscar A. **Derecho notarial de centroamérica y panamá**. Costa Rica: Ed. Costa Rica, 1973.

Legislación:

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

Código Civil. Gobierno de Facto. Decreto Ley 106, Guatemala 1964.

Código Procesal Civil. Gobierno de Facto. Decreto Ley 107, Guatemala 1964.

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

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

Código de Ética Profesional. Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, 1994.