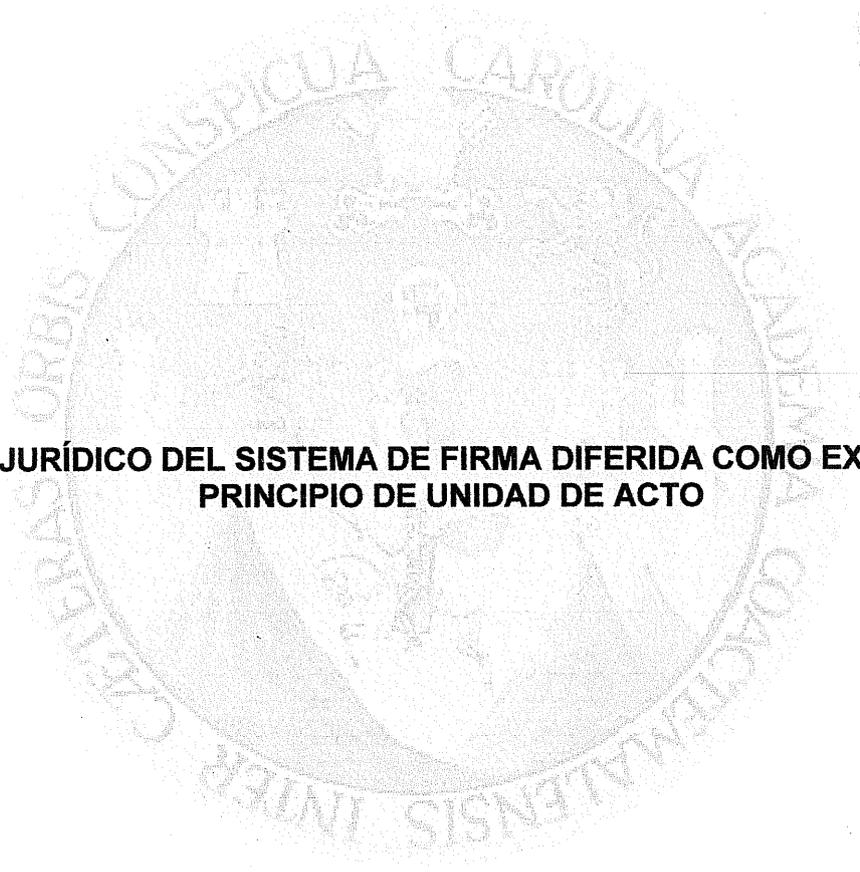


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ANÁLISIS JURÍDICO DEL SISTEMA DE FIRMA DIFERIDA COMO EXCEPCIÓN AL
PRINCIPIO DE UNIDAD DE ACTO**

ANA RAQUEL MORATAYA LARA

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2014

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL SISTEMA DE FIRMA DIFERIDA COMO EXCEPCIÓN AL
PRINCIPIO DE UNIDAD DE ACTO**

TESIS

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

ANA RAQUEL MORATAYA LARA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, septiembre de 2014

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

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V: Br. Luís Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Luís Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. René Siboney Polillo Cornejo
Vocal: Lic. Juan Ajú Batz
Secretario: Lic. Belter Rodolfo Mancilla Solares

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Luís Emilio Orozco Pilóña
Vocal: Licda. María Lesbia Leal Chávez
Secretario: Lic. Luís Fernando González Toscano

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).

Lic. Estuardo Castellanos Venegas
Colegiado: 7706
3ª. Avenida 14-43 zona 1, Ciudad de Guatemala
Teléfono: 2230-4830



Guatemala, 15 de febrero de 2010

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



Atentamente me dirijo a usted para manifestarle que en cumplimiento de la providencia en donde se me nombra como **ASESOR**, he desarrollado dicha función respecto del trabajo de tesis denominado: **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL SISTEMA DE FIRMA DIFERIDA COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE UNIDAD DE ACTO”**, propuesto por la bachiller **ANA RAQUEL MORATAYA LARA**.

En reuniones celebradas con la sustentante, sugerí efectuar algunas modificaciones de fondo como de forma con el objeto de mejorar su trabajo.

En cumplimiento del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público hago constar que en el trabajo de mérito, de la bachiller Ana Raquel Morataya Lara se ha realizado lo siguiente:

- a) El trabajo consiste en un detenido y objetivo análisis sobre el sistema de firma diferida como una excepción al principio de unidad de acto, así como de su importancia y de la necesidad de su aplicación.
- b) Los métodos y técnicas empleados en esta investigación fue el analítico, la inducción y la deducción que sirvieron para analizar todos los temas y decidir cuales incluir dentro de la misma, usando la técnica bibliográfica y documental.
- c) La redacción empleada para la elaboración de este trabajo es clara y sencilla, posee un buen enfoque y la autora al referirse sobre este tema lo hace con seriedad lo que podrá servir de base a futuras investigaciones.



Lic. Estuardo Castellanos Venegas
Colegiado: 7706
3ª. Avenida 14-43 zona 1, Ciudad de Guatemala
Teléfono: 2230-4830

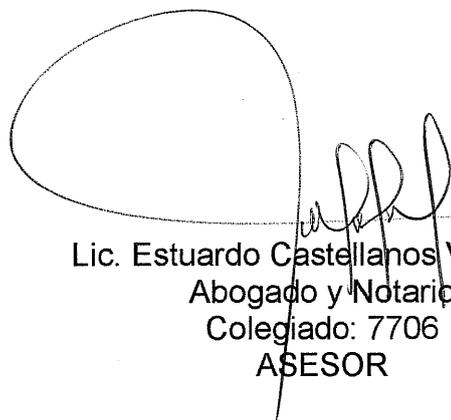
-
- d) Esta investigación que presenta la ponente, constituye un buen aporte para la comprensión y desarrollo del derecho notarial, particularmente haciendo una excepción al principio de unidad de acto, así mismo su comparación con otras legislaciones, lo que sería de gran beneficio a la sociedad guatemalteca.

 - e) Plantea interesantes conclusiones y recomendaciones que concuerdan con el tema y que son propuestas reales para la solución y mejora del tema planteado.

 - f) Fundamentándose en la bibliografía adecuada y suficiente, así como la legislación nacional atinente.

Por lo anterior, estimo que el tema propuesto reúne los requisitos exigidos y en consecuencia es procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE** al desarrollo del mismo, recomendando que este tema sea objeto de discusión en el Examen General Público de su autora.

Atentamente,



Lic. Estuardo Castellanos Venegas
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Estuardo Castellanos Venegas
Abogado y Notario
Colegiado: 7706
ASESOR

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) EDGAR ARMINDO CASTILLO
AYALA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ANA
RAQUEL MORATAYA LARA, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL SISTEMA
DE FIRMA DIFERIDA COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE UNIDAD DE
ACTO."

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


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh.

EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
Abogado y Notario
3ª. Avenida 13-62 Zona 1, Ciudad de Guatemala
Tel. 2232-7936



Guatemala, 05 de mayo de 2014

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



Respetable Dr. Mejía Orellana:

De manera atenta me dirijo a usted, deseándole éxitos en sus labores profesionales, a la vez informarle que en cumplimiento a la resolución de fecha veintiuno de julio de dos mil diez, en la cual fui nombrado como Revisor de tesis de la bachiller **ANA RAQUEL MORATAYA LARA**, intitulado **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL SISTEMA DE FIRMA DIFERIDA COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE UNIDAD DE ACTO”**, para lo cual procedí a revisarlo, asesorando a la bachiller en las modificaciones que se estimaron pertinentes tomando en cuenta lo siguiente:

- a) La tesis abarca un contenido técnico y científico analizando sobre el sistema de firma diferida como una excepción al principio de unidad de acto, así como la comparación con otras legislaciones.
- b) La metodología de investigación que se utilizó fue la de recopilación de datos que permitió la producción de conocimiento y la obtención de criterios válidos así como el método analítico, con el cual se determinó una comprensión e interpretación general de lo que abarca este tipo de sistema de firma diferida y lo que se debe de entender sobre el mismo; y así conocer su importancia en la función notarial, y la forma de su implementación. Y también poder realizar una crítica constructiva y educativa del tema.
- c) Durante el desarrollo del trabajo se utilizó la técnica bibliográfica, descriptiva y documental, debido a que con la misma se obtuvo la información acorde para la elaboración de la tesis con los datos de actualidad, así como consultas de Derecho Comparado.

EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
Abogado y Notario
3ª. Avenida 13-62 Zona 1, Ciudad de Guatemala
Tel. 2232-7936



- d) Al leer y analizar las conclusiones y recomendaciones realizadas por la sustentante, me percaté que las ha realizado de forma correcta porque ha seguido la concatenación que debe existir entre cada conclusión con su respectiva recomendación.
- e) En relación a la bibliografía utilizada, considero que es un material bien seleccionado y completo, en virtud de que se utilizó diferentes fuentes, tanto nacionales como extranjeras, lo que hace que la presente tesis muestre fundamento en cada una de sus aseveraciones.
- f) Por lo tanto, en cumplimiento del contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, estimo que el mismo debe de ser aprobado, en virtud de la cual emito **DICTAMÉN FAVORABLE** del presente trabajo de tesis.

Atentamente,

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
Colegiado: 6220
REVISOR

Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 15 de julio de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ANA RAQUEL MORATAYA LARA, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL SISTEMA DE FIRMA DIFERIDA COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE UNIDAD DE ACTO. 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/iyr.

Ronaris Mal





DEDICATORIA

- A DIOS:** Quien es mi Señor y salvador y el único de recibir toda honra y gloria, gracias por ser mi ayuda en todo momento y por haberme permitido alcanzar este sueño.
- A MI MADRE:** Gladys Zoraida Lara Ceballos, por ser padre y madre a la vez, mujer ejemplar, valiente y esforzada, gracias por todo el apoyo que me has brindado, sin ti este triunfo no sería posible, te amo.
- A MIS ABUELITOS:** Héctor Manuel Lara Nieves y Raquel González de Lara (QEPD) por su amor y constante ternura, hoy honro sus memorias.
- A MIS TÍOS:** Edgar, Irma, Arnoldo, Jolna, Ruth, Rodolfo y Patty por ser un ejemplo a seguir, con cariño.
- A MIS PRIMOS:** Con cariño, que este logro sea superado.
- A MIS SOBRINOS:** Vaisnava, Gustavo, Diego, Cristian, Mia, Paula, Ivana y Eliza, que sea un ejemplo de perseverancia y esfuerzo a sus vidas.
- A MI PASTOR:** Ángel Edmundo Madrid Morales (QEPD) como una honra a su memoria, porque sé que su deseo era compartir conmigo este triunfo.
- A MI AMIGA:** Licda. Wendy Mariela Mayorga Hernández por tu amistad, cariño y apoyo.



A: Mario Roberto León Tobar, gracias por ser muy especial conmigo por su apoyo porque para mí ha sido un ejemplo de lucha perseverancia y tenacidad, usted sabe cuánto lo amo.

A: Lic. Estuardo Castellanos Venegas, gracias por brindarme su amistad, consejos y valiosa ayuda.

Y: A la Universidad de San Carlos de Guatemala y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme mostrado que el derecho es más que una ciencia, y darme la oportunidad de formarme como profesional.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. El derecho notarial	1
1.1. Objeto del derecho notarial	3
1.2. Contenido del derecho notarial.....	3
1.3. Características del derecho notarial	3
1.4. Principios propios del derecho notarial.....	4
1.5. La función notarial y su naturaleza.....	8
1.6. Teorías de la función notarial.....	15
1.7. Teorías doctrinarias sobre la naturaleza jurídica del notario	19
1.8. Fuentes del derecho notarial.....	21

CAPÍTULO II

2. El protocolo notarial	23
2.1. Antecedentes	23
2.2. Definición doctrinaria	26
2.3. Definición legal.....	27
2.4. Finalidad del protocolo	34

CAPÍTULO III

3. El documento notarial	37
3.1. Evolución histórica del instrumento	37



	Pág.
3.2. Instrumento público y documento notarial	40
3.3. Fines del instrumento público.....	47
3.4. Clasificación de los documentos notariales.....	48
3.5. El instrumento público en la legislación de Guatemala	50

CAPÍTULO IV

4. La firma diferida como excepción al principio de unidad de acto.....	53
4.1. Principios generales del derecho	53
4.2. Principio de unidad de acto	59
4.3. De la firma diferida	63
4.4. Causas por las cuales es necesario implementar el sistema de firma diferida	
En Guatemala	65
4.4.1. La costumbre.....	65
4.4.2. Elementos de la costumbre	66
4.4.3. Clasificación de la costumbre	67
4.5. Casos en los cuales no procede la firma diferida	68

CAPÍTULO V

5. De la firma diferida en el derecho comparado Guatemala – Panamá	69
5.1. Principio de unidad de acto en Panamá.....	69
5.1.1. La unidad de acto formal puede ser esencial, natural o accidental	69
5.1.2. Cuando la unidad de acto formal es esencial.....	70
5.1.3. Cuando la unidad de acto formal es natural	72
5.1.4. Cuando la unidad de acto formal es accidental.....	74
5.2. Comparación del principio de unidad de acto Guatemala – Panamá.....	77



Pág.

CONCLUSIONES	83
RECOMENDACIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	87



INTRODUCCIÓN

La investigación, presenta el análisis jurídico del sistema de firma diferida como excepción al principio de unidad de acto, va dirigida a todo profesional y estudiantes del Derecho. Se conoce como firma diferida, la firma que los otorgantes de un instrumento público signan en diferentes o distintos momentos en el tiempo, lo cual no está recogido en la legislación en Guatemala, pero se utiliza día a día.

La presente investigación se justifica porque pretende establecer si es costumbre en Guatemala que los documentos notariales se firmen en varios actos, a tal punto que sea necesario legislar y por ende permitir su firma diferida. Es por eso de gran trascendencia el estudio e investigación de este tema y ver si se puede implementar el sistema de firma diferida en Guatemala como una excepción al Principio de Unidad de Acto.

La hipótesis planteada que en los contratos en la mayoría de los casos se da el rompimiento del principio de unidad de acto, pues algunos notarios no aplican el principio de unidad de acto que la ley establece, permitiendo así que la firma sea puesta en distintos momentos debido a que las partes no cuentan con el tiempo necesario por sus distintas ocupaciones, siendo esto contrario a la ley, dando lugar a la necesidad de regular la permisibilidad del sistema de firma diferida en los documentos notariales.

El objetivo primordial fue llegar a establecer en un futuro la procedencia de permitir el sistema de firma diferida como excepción al principio de unidad de acto en algunos documentos notariales en Guatemala.

Al realizar la presente investigación del derecho comparado entre Guatemala y Panamá se ha logrado alcanzar el objetivo de dicha investigación, ya que como en Panamá existen excepciones al principio de unidad de acto notarial, considero que es factible que en Guatemala se pueda implementar el sistema de firma diferida como una excepción al principio de unidad de acto; pues en la medida que se le brinde atención a



esta excepción se logrará la normal realización del derecho, mientras que la indiferencia a dicha excepción provoca el deterioro de la noble misión que desempeña el notario.

El contenido se presenta en cuatro capítulos, en el capítulo uno, contienen aspectos generales del derecho notarial, el capítulo dos, el documento notarial; el capítulo tres, la firma diferida como excepción al principio de unidad de acto; y por último, de la firma diferida en el derecho comparado Guatemala – Panamá, dando una visión general para poder enfocar el tema principal haciendo énfasis a la firma diferida como excepción al principio de unidad de acto en particular, que es parte fundamental en este estudio, presentándose al final las conclusiones y recomendaciones.

En Guatemala, no existe regulación sobre el sistema de firma diferida a pesar de que se lleva a cabo en la práctica por algunos notarios; es por eso de gran trascendencia el estudio e investigación de este tema, y ver si se puede implementar el sistema de firma diferida en Guatemala.



CAPÍTULO I

1. El derecho notarial

“Esta rama del saber jurídico ha sido objeto de numerosas definiciones. La doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones de diferentes países han abordado el tema. De entre estos conceptos vamos analizar solo algunos.

Para Gimenez el derecho notarial es: “El conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público”.¹

Para Salas el derecho notarial es: “El conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado y la teoría formal del instrumento público”.²

“Derecho Notarial, Según el III Congreso Internacional del Notario Latino celebrado en Paris, Francia en 1954, se concluyó que: es un Conjunto de disposiciones legislativas, reglamentarias, uso, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial.

El derecho notarial es el ordenamiento jurídico de la función notarial, así como también se puede definir como el estudio del conjunto de normas jurídicas contenidas en las

¹ Gimenez Arnau. **Derecho notarial**. Pág.30

² Salas, Óscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. Pág.15



diversas leyes que regulan obligaciones y modalidades a que deben ajustarse el ejercicio activo de la función de Escribano.

El Derecho Notarial es el conjunto de normas jurídicas de fondo y forma relacionados con la escrituración y que determinan a la vez las facultades y deberes del notario en el ejercicio de su augusto ministerio público.

El Derecho Notarial es la conducta del Notario, o sea en cuanto autor de la forma pública notarial”.³

“El Derecho Notarial es aquella rama científica del Derecho Público que, constituyendo un todo orgánico sanciona en forma fehaciente las relaciones jurídicas voluntarias y extrajudiciales mediante la intervención de un funcionamiento que obra por delegación del Poder Público”.⁴

“El Derecho Notarial es un conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regula la función del escribano y la teoría formal del instrumento público.

El Derecho Notarial es parte del ordenamiento jurídico que, por conducto de la autenticación y legalización de los hechos hace la vida normal de los derechos”.⁵

³ Castán Tobeñas. **Derecho notarial comparado**. Pág. 345

⁴ Mengual y Mengual. **Elementos del derecho notarial**. Pág. 85

⁵ Salas, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. Pág. 115



De acuerdo a las definiciones anteriores, el derecho Notarial puede ser definido como el conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público.

1.1. Objeto del derecho notarial

El objeto del derecho notarial es la creación del instrumento público.

1.2. Contenido del derecho notarial

El contenido del derecho notarial es la actividad del notario y de las partes en la creación del instrumento público.

1.3. Características del derecho notarial

- I. "No existen derechos subjetivos en conflicto; por ello se dice que actúa en la fase normal del derecho;
- II. Confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público;
- III. Se aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad a fin de concretar los derechos subjetivos;



- IV. Es un derecho cuya naturaleza jurídica no puede encasillarse en la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado”;⁶
- V. En sentido amplio, Nery Muñoz, sostiene que: “el campo de actuación del Notario es la jurisdicción voluntaria y que la certeza y la seguridad jurídica que el Notario confiere a los hechos y actos que autoriza es derivado de la fe pública que ostenta”.⁷

1.4. Principios propios del derecho notarial

- a) De fe pública
- b) De la forma
- c) De intermediación
- d) De rogación
- e) Del consentimiento
- f) De seguridad jurídica
- g) De autenticación
- h) De publicidad
- i) Unidad de acto
- j) De protocolo

⁶ Salas. Ob. Cit. Pág. 15

⁷ Muñoz, Nery Roberto. Introducción al estudio del derecho notarial. Pág. 25



Fe pública

La fe pública es un principio del derecho notarial, en su obra el autor Neri Argentino, dice: “En definitiva: puede preceptivamente afirma que la fe pública: es un principio real de derecho notarial, puesto que viene 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”.⁸

En sí la fe pública es la presunción de veracidad en los actos autorizados por un notario. Es por ello que el Código de Notariado, en su Artículo primero establece que: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte”.

De la forma

“Es la adecuación del acto a la forma jurídica que mediante el instrumento público se está documentando.

El Código de Notariado en el Artículo. 29 enumera los requisitos para redactar un instrumento público ya que son los que estos deben contener.

⁸ Argentino, Neri. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*. Vol. I Pág. 366



Inmediación

El notario a la hora de actuar siempre debe estar en contacto con las partes. La función notarial demanda un contacto entre el notario y las partes, y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público.

Rogación

La intervención del notario siempre es solicitada, no puede actuar por sí mismo o de oficio.

El Artículo uno del Código de Notariado establece: “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”.

Consentimiento

El consentimiento es un requisito esencial y debe estar libre de vicios, si no hay consentimiento no puede haber autorización notarial. La ratificación y aceptación, que queda plasmada mediante la firma de o los otorgantes, expresa el consentimiento. (Ver Artículo. 29 numerales 10 y 12 del Código de notariado).



Seguridad jurídica

Este principio se basa en la fe pública que tiene el notario, por lo tanto, los actos que legaliza son ciertos, existe certidumbre o certeza.

Autenticación

Mediante la firma y el sello se establece que un hecho o acto ha sido comprobado y declarado por un notario.

Publicidad

Los actos que autoriza el notario son públicos; por medio de la autorización notarial se hace pública la voluntad de la persona. Este principio de publicidad, tiene una excepción, y se refiere a los actos de última voluntad, testamentos y donaciones por causa de muerte.

Unidad del acto

Este principio se basa en que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto.



De protocolo

Al considerarlo como principio, se le tiene como un elemento de necesidad por las ventajas que reporta a las garantías de seguridad jurídica, eficacia y fe pública”.⁹

1.5. La función notarial y su naturaleza

Notariado: Institución que comprende todo lo relativo a la notaría y a los notarios. En opinión de Giménez Arnau, “definir al notariado importa definir al notario o sea que se le considere como grupo de quienes la desempeñan. Se ha dicho que la naturaleza del notariado se exterioriza en la práctica en el conjunto de facultades que constituyen el ejercicio de la función notarial, la que a su vez, es una prerrogativa del poder público que va encaminada a declarar el derecho mediante una manifestación con la que se da forma al acto jurídico. Es el notariado una institución que surge en forma natural de la organización social, desde las primeras manifestaciones contractuales de la sociedad, y que consiste en términos generales en el sistema organizado de personas investidas de fe pública para autorizar o dar fe de hechos y actos que ante ellos pasan y se otorgan; el notario, pues, es un magistrado, representante del poder público, obligado y capaz de recibir y dar forma a cuanta manifestación jurídica surja de la vida de relación contractual”.¹⁰

⁹ Salas. Ob. Cit. Pág. 349

¹⁰ Páez, Neri. Derecho notarial argentino. Pág. 63



“Según el notariado de tipo latino, como el de nuestro país, el notario es al mismo tiempo un funcionario dotado de fe pública y un abogado que ilustra a las partes, redacta el documento, lo autoriza, expide copias certificadas y conserva el original. La actuación del notario no tiene más límites que los que marcan las leyes”.¹¹

En otras latitudes, al hablar del notariado de tipo latino, como el nuestro, citando al autor Argentino Neri Páez señala:

“Como quiera que se opine, y se den explicaciones acerca de si la institución del notariado y su desarrollo histórico, es de estricto rigor o convencionalmente necesaria es reconocer:

- a) respecto de lo primero, que el Estado dispone todo lo concerniente al interés legal y a la seguridad general; de donde se infiere que el Estado mismo trabaría las garantías contractuales si no adoptase un organismo de tutela y regulación de la autenticidad de los negocios jurídicos; y

- b) tocante a lo segundo, que la creación de la institución es una consecuencia del reconocimiento mismo de la función fedataria, pues mal podría asegurarse la

¹¹ Muñoz. Ob. Cit. Pág. 39

efectividad, y por consiguiente la legalidad misma de las relaciones contractuales, si el Estado hubiese hecho de lado al órgano funcional, capaz por su versación jurídica y competente por su investidura. Por consiguiente, la creación del organismo público que disciplina la función fedataria ha sido un doble aserto del poder público, pues a la vez que ha logrado disipar la rayana ocasión de subvertir la garantía de los derechos -precisamente por la propia intervención del notario en la contratación jurídica- ha contribuido a consolidar el interés de las múltiples prestaciones patrimoniales. De la cohorte de definiciones de los mejores tratadistas españoles se infiere que en el campo doctrinal el notariado ofrece distintos puntos de vista”.¹²

Algunas definiciones son dignas de citarse, por su singularidad.

- a) Páez, cita a Fernández Casado, quien opina: “Notariado es el conjunto de personas adornadas de título para ejercer el arte de la notaría, cuyo concepto refuerza al afirmar, además, que la institución comprende todo lo relativo a la notaría y a los notarios, y rebalsa al sostener, por último, que el vocablo comprende a todos los funcionarios que han tenido y tienen la facultad de autenticar los actos de las autoridades, corporaciones y personas de todas clases en diferentes épocas y bajo diversas formas y denominaciones; acerca de cuya enunciación preceptiva cabe reparar que, ante lo fundamentalmente separativo del notariado del resto de otras instituciones similares que acuerdan a

¹² Páez. Ob.Cit. Pág. 70

sus funcionarios potestades notariales, no cuadra arraigar en su esfera de acción los actos que son propios de autoridades y corporaciones”;¹³

- b) Páez, cita a Sancho Tello, quien expone: “lo esencial, lo característico del notariado es hoy, según la ley y la ciencia, el cargo público de autorizar y dar fe de los actos que ante sus funcionarios pasan o se otorgan; cuyo precepto es dudoso, por cuanto ni el notariado importa un cargo público ni tampoco el notario es el único funcionario que autoriza y da fe; en tanto el notariado es cabalmente una institución sui generis, el notario no sólo se concreta a legitimar los actos que ante él pasan, sino que, como judex instrumenti, es agente activo de los otorgantes, y por lo mismo que actúa promiscuamente en la contratación recibe y redacta según las leyes los actos y contratos que se le recaban”;¹⁴
- c) El jurista italiano Lavandera sostiene que “el notariado es la magistratura de la jurisdicción voluntaria que con autoridad y función de justicia aplica la ley al acto jurídico que se celebra en esa esfera con la conformidad de las partes; declarando los derechos y obligaciones de cada uno, lo aprueba, legaliza y sanciona con validez, autenticidad y ejecución; autoriza y dirige su cumplimiento con el proceso documental; cuyo enunciado eleva al notariado al rango de magistratura voluntaria, con autoridad funcional capaz de legitimar, a través del

¹³ **Ibid.** Pág. 481

¹⁴ **Ibid.** Pág. 485



proceso documental, las relaciones jurídico-contractuales que ejecutan o convienen los otorgantes, lo cual importa:

- I) colocar a la institución en un órgano superior de cosas, toda vez que se la reviste de una jerarquía propia; y

 - II) reconocer al notario como digno de ejercer el oficio cual si fuera un magistrado, por lo mismo que actúa como funcionario de justicia legalizador de los derechos y obligaciones de las partes que a él acuden voluntariamente; concepto, por lo demás, puramente retórico que sólo embellece la expresión y deleita al profesional, pues no hay legislación, al menos dentro del notariado tipo latino, que asigne a la institución el orden o calidad de magistratura y estime al notario magistrado de paz”;¹⁵
- d) Casado, cita a Bellver Cano, quien opina: “según el cual la naturaleza del notariado se exterioriza prácticamente en el conjunto de facultades que constituyen el ejercicio de la función notarial, y la función notarial es una prerrogativa del Estado que va encaminada a declarar el derecho, y lo exterioriza en la manifestación con que da forma al acto jurídico, y, por todo ello la función notarial es una función pública que corresponde presidir y representar al Estado, se llega al convencimiento de que el notariado es un instituto fundamentalmente natural y social, y eminentemente público y de forzosa y formal necesidad jurídica,

¹⁵ Casado Fernández. *Del notario latino*. Pág. 25



que por su valer jurídico pertenece al poder legitimador del Estado y se desenvuelve como un organismo de jurisdicción propia; de cuyos conceptos, bien forjados y elevadamente filosóficos, cabe inferir:

- I) que el notario es un magistrado representante del poder público, obligado y capaz de recibir y dar forma a cuanta manifestación jurídica surja de la vida de relación contractual; y

- II) que el notariado implica una función docente; empero, en derredor de todo esto se presenta un notariado como debiera ser, un notariado sentido por virtud de nuevas ideas, y no un notariado como es, pues se puede asegurar, sin temor de equivocarse, que las legislaciones, pese a su contribución por un mejoramiento del notariado, aún no han modelado un estatuto orgánico notarial que revista la cualidad apuntada, ni tampoco han admitido que la función notarial importe una magistratura, por lo que este tipo de función y de notariado sólo tienen asidero en la doctrina";¹⁶

- e) Giménez Arnau, "al definir al notariado importa definir al notario, sea que se estime al notariado como función o sea que se le considere como el grupo de quienes la desempeñan, o lo que es igual, admitido lo que es el notario resulta obvio el concepto acerca del notariado, y viceversa; con esta afirmativa y la

¹⁶ Ibid. Pág. 25

contemporización de algunos conceptos doctrinales, sella la conclusión de determinadas consideraciones en torno a la institución, a la función en sí, y al ejercicio de la misión del notario, las cuales -a su juicio- bastan para adquirir un exacto concepto, y así, singularizar una definición;

- f) teniendo en cuenta lo expresado por Sanahuja y Soler, la institución del notariado es una realidad creada por la tradición con características tales que no permiten incluirla dentro de las concepciones corrientes que elabora la ciencia jurídica; por ejemplo, el empeño de darle asidero a los principios que rigen el derecho judicial o el administrativo fue la base de una idea equívoca que apuntó al notario como un auxiliar de la administración de justicia, o de la administración pública, ceñido, por lo demás, a un régimen de medidas y restricciones propias de una organización burocrática; de ahí, entonces, que a su entender una institución como la notarial, de tan honda raigambre, no debe entrar en choque con conceptos y principios que, aunque válidos, no se adapten a la realidad, pues de su propio seno fluyen una serie de conceptos que no sólo dictaminan acerca de su índole sino que acusan normas de su perfeccionamiento”.¹⁷

De las transcripciones hasta aquí realizadas se desprende, en principio, que los notarios son personas investidas por el Estado de fe pública para autenticar hechos y actos que ante ellos pasan y se otorgan, lo que es la función notarial.

¹⁷ *Ibid.* Pág. 25

1.6. Teorías de la función notarial

“Las teorías de la función notarial integra una visión totalizadora y abarca las diferentes funciones que ejecuta el notario para el cumplimiento del requerimiento. A momento de relatar la concreción de un acto o negocio jurídico, o la documentación de cualquier instrumento con contenido jurídico, la intervención notarial implica un accionar que da forma y modela la voluntad de las partes, otorgándole fe pública. El escribano ordena y estructura, legalmente, los hechos o negocios presentados por los requirentes, a fin de que se obtengan los efectos buscados en esencia por ellos”.¹⁸

Castán Tobeñas, sostuvo que: “las distintas funciones, se configuran en lo que él llamó las tres labores notariales:

- I. De asesoramiento: El escribano ejerce su misión, canalizándola a través del consejo jurídico y la orientación técnica con criterio de oportunidad;
- II. Legitimadora y formativa: En segundo lugar, legitima y lo forma;
- III. Autenticadora y documental: En tercer término, procede a documentar el instrumento público, dotándole de autenticidad fedante erga omnes. El concepto y el contenido de la función varía según la postura asumida sobre la naturaleza jurídica de esta”.¹⁹

¹⁸ Sierz, Susana Violeta. *Derecho notarial concordado*. Pág. 54

¹⁹ Castán Tobeñas, *Ob. Cit*, Pág. 66.



Teoría funcionarista

“La función notarial consiste en dar forma de ser y de valer a los negocios jurídicos o en establecer la presunción de verdad de ciertos hechos, mediante la afirmación pasiva de su evidencia por el Notario hecho en el mismo momento en que son para él evidentes, por su producción o por su percepción, en el instrumento público, a requerimiento de las partes y generalmente con la colaboración de éstas”.²⁰ Castán Tobeñas sostiene que : “el notario ejerce una función pública de carácter complejo, en nombre del estado, correspondiéndole una posición especial dentro de la organización administrativa y jurídica, aunque no burocrática”.²¹

Teoría profesionalista

“La función notarial es profesional, documental, autónoma, jurídica, privada, calificada, impuesta y organizada por la ley para procurar seguridad, valor y permanencia de hecho y de derecho, al interés jurídico de los individuos, patrimonial y extra patrimonial, entre vivos o por causa de muerte, en relaciones jurídicas de voluntades, concurrentes o convergentes y en hechos jurídicos, humanos o naturales, mediante su interpretación y configuración, autenticación, autorización y resguardo confiado a un notario. Mengual y Mengual. Elementos del derecho notarial”.²²

²⁰ Palomino, Gonzalo. *La función notarial*, Pág. 13

²¹ Castán, Ob. Cit. Pág.67

²² Mengual y Mengual. Ob. Cit.. Pág. 32



Postura intermedia

“La función notarial es una función pública de ejercicio privado. El escribano es un profesional de derecho a cargo de una función pública.

La caracterización de la función notarial como función pública no implica atribuir la calidad de funcionario público al notario.

La función notarial es una función pública de ejercicio privado, controlada y reglamentada por tratarse de una función social”.²³

En todo caso, la función notarial se efectúa a instancia de parte y, pese a ejercerse al servicio de intereses privados, respetará siempre el interés público.

Orígenes y desarrollo

“La función notarial es indudablemente tan antigua como la necesidad social a que responde, cual es: la de constatación de los hechos y su perpetuidad, necesidad sentida ya sin duda por los más remotos grupos sociales.

Tan importante es la función de depositario de la fe pública, de consejero, de guardador de documentos, que requirió reglamentación, y así surge la institución del notariado”.²⁴

²³ Abella, Adriana. **Derecho notarial. Derecho documental- responsabilidad notarial.** Págs. 24,25

²⁴ *Ibid.* Pág. 26.



Contenido

Para González Arnau, la función pública encomendada al notario “es potestad que sanciona derechos, impone la fe pública y autoridad documental, todo un proceso de adicción o agregación de fe oficial a una labor jurídico profesional, elementos que por integración producen el instrumento público notarial”.²⁵

Efecto del ejercicio de la función

En el ejercicio de la función notarial, el notario da seguridad, valor y permanencia a los hechos y actos jurídicos.

Seguridad: La actuación profesional otorga al documento la perfección jurídica junto con la función fedante, que contribuye a la estabilidad jurídica.
Valor es el grado de aptitud que tiene el documento notarial para producir sus efectos, que los produce no solamente entre las partes, sino también frente a terceros.

Permanencia es el atributo que se obtiene por el uso de los medios idóneos para que el documento sea indubitable, juntamente con los procedimientos de conservación previstos por la ley y la prudencia notarial.

²⁵ **Ibid.** Pág. 26



1.7. Teorías doctrinarias sobre la naturaleza jurídica del notario

El notario es funcionario público

La corriente doctrinaria tradicional sostiene que el notario es funcionario público.

El notario es un profesional liberal

La otra corriente le niega al notario la calidad de funcionario y agrega que la función notarial no es función pública.

Para Ponderé el notariado es una profesión liberal.

Sostiene esta corriente que el escribano no es un funcionario público, porque no posee su vínculo permanente ni recibe sueldo ni instrucciones del Estado, en el sentido específico de no actuar como gestor de la cosa pública.

El notario es un profesional del derecho a cargo de una función pública

“Es un profesional de derecho, documentador, conciliador, consultor, consejero, intérprete de la voluntad de las partes. Su tarea se desarrolla a requerimiento de parte: su misión es interpretar la voluntad negocial: califica, legaliza, legitima, configura,



documenta y autentica con las solemnidades de la ley el documento para su prueba y eficacia".²⁶

Esta corriente sostiene que:

El Escribano es un profesional liberal y, específicamente, un profesional del derecho. Obra en su propio nombre y bajo su responsabilidad.

Además, cumple una función pública, cual es dar fe y autenticidad, misión que le ha sido delegada por el Estado, y que por lo mismo, lo sujeta a su control disciplinario.

La tarea pública que ejerce el notario, se corresponde con la seguridad que el Estado pretende mantener en las relaciones jurídicas (y especialmente en la constitución y transmisión de derechos reales).

Teoría que adopta la legislación guatemalteca

La teoría adoptada por la legislación guatemalteca es la profesionalista, en virtud de que desarrolla una actividad independiente del Estado, además que no recibe sueldo de este.

²⁶ *Ibid.* Pág. 28



1.8. Fuentes del derecho notarial

En Guatemala, la única fuente del derecho notarial es la ley.

En Guatemala, los notarios pueden ejercer, únicamente dentro del marco que la ley les permite. Esto se debe a la función pública que se presta y no se puede alegar en contra la libertad de acción regulada en la Constitución Política de la República de Guatemala se indica que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no le prohíbe, ya que esto es para personas particulares.



CAPÍTULO II

2. El protocolo notarial

El protocolo notarial, es necesario para la función notarial que ejerce el notario guatemalteco, y es de suma importancia para la conservación del instrumento público, dándole seguridad jurídica a los derechos de los otorgantes.

El protocolo en Guatemala se le conoce al tomo empastado de los instrumentos autorizados por un notario, así también al papel sellado especial para protocolo que se vende exclusivamente a los notarios y que se utiliza para faccionar escrituras.

2.1. Antecedentes

El protocolo notarial es importante mencionar que es paralela a la evolución misma del notariado: y como este surge en las costumbres jurídicas con el carácter de organismo adjetivo, no es extraño que siendo muy precisa y elaborada la historia del notariado, también este por hacer la del protocolo.

“Aparece ya la palabra protocolo en la novela 44 de Justiniano, pero no con la significación estricta actual, sino como conjunto de requisitos que los tabeliones han de observar en su ministerio. El protocolo es un asiento (y por acumulación de ellos un libro) que constituye un extracto o minuta del documento original que suscriben las partes y que conservan estas. Esta concepción de los glosadores italianos se refleja en



el fuero real en el que se manda a que: “Los escribanos públicos tengan las notas primeras que tomaren de las cartas que hicieren, porque si la carta se perdiere o viniere sobre ella alguna duda que puede ser probada por la nota donde fue sacada”.²⁷

Respecto a esta época, el autor Núñez Lagos dice: “Que el minutarario no tenía, valor legal era un cuaderno borrador de bolsillo que llevaba consigo el notario, donde, al momento de requerir sus servicios, redactaba un breve apunte, heredero, por su significación y contenido, de la antigua noticia dorsal. Probablemente se suscribía por las partes, con su firma o con sus cruces, para evitar informalidades y arrepenimientos”.²⁸

Cualquiera que sea la acepción etimológica que se considera más adecuada; sirve para justificar como genero la idea protocolo, que adjetivada con el predicado notarial constituye una especie dentro de este género. Especie que puede definirse como colección o conjunto ordenado de documentos notariales.

En los comienzos de la vida jurídica, los hombres estipulaban verbalmente, realizando el lenguaje como elemento capital empleado a modo de texto, y el rito como forma de expresión litúrgica; eran las únicas huellas que quedaban de las declaraciones de voluntad jurídica, puramente verbales, que vinieron hacer medios de prueba poco consistentes, pues se perdían en las sobras del olvido, y para revelar sus existencia había que reproducir el acto; la supervivencia de este no se logra así nada más, ya que

²⁷ Núñez Lagos. *El Derecho notarial en el doctorado de la facultad de derecho de Madrid*. Pág. 285

²⁸ *Ibid.* Pág. 285

muchas veces faltaban sus propios actores, aun los testigos presenciales del acto, todo lo cual daba una prueba a medias del mismo.

Por esta razón, la oralidad se sustituyo por la prueba escrita que es más eficaz y ofrece menos fallas. Pero los hombres no se conformaron con traducir y presentar en un escrito la voluntad creadora de sus derechos, ya que el titulo así creado no resultaba claramente seguro porque el documento podía extraviarse, la veracidad del acto ser negada; los testigos desaparecer o incapacitarse.

Hubo entonces necesidad de materializar la prueba, de recurrir a la grabación grafica sobre un elemento físico para que hiciera posible y perpetua su consideración. De este modo los hombres idearon que al emitirse la voluntad se hiciera entre solemnidades y quedara grabada gráficamente sobre un objeto material impregnado de la voluntad creadora, guardador de una primera decisión del espíritu, conservador de una creación del hombre; a esa primera fuente de la génesis del acto jurídico; llamaron protocolo.

De manera, que el protocolo ha sido una creación derivada de la necesidad que el hombre tuvo que llevar al papel escrito la voluntad creadora de las relaciones jurídicas, Para que sin riesgo de pérdida, y en caso de duda para mejor probar, toda la intención contractual, materializada en forma grafica, manuscrita como fenómeno derivado de la ordenación de los instrumentos públicos, el protocolo penetro en el derecho positivo y fue adoptado por la mayoría de las legislaciones y superado por el proceso de transformación.



En consecuencia la existencia de protocolo, es necesaria para la función notarial guatemalteca, e importante para la conservación del instrumento público. Asegurando así los derechos de los otorgantes.

Por otra parte, tiene relevancia en nuestro medio por el hecho que los actos y negocios jurídicos que se consignan en el mismo, tiene, por lo general cierta durabilidad que se prolonga con el tiempo, por lo cual, en cualquier momento constituye prueba fehaciente sobre los derechos y relaciones jurídicas incorporadas en tales documentos.

2.2. Definición doctrinaria

“Para Gonzalo De Las Casas, le atribuía los siguientes significados:

- El instrumento público notarial
- El libro anual formado con los instrumentos públicos autorizados por un notario
- El formulario que contiene las reglas de etiqueta y diplomacia, con que se tratan recíprocamente los gobiernos; y
- El registro donde se inscriben las deliberaciones y acuerdos de los congresos
Y negocios diplomáticos”.²⁹

Para Emérito González, se refiere al registro de escrituras públicas, preceptúa: “El vocablo ” registro tiene distintas acepciones. Podemos decir que es el libro en que cada notario extiende las escrituras públicas que se otorgan ante él. En ese sentido puede

²⁹ Muñoz, Nery. **Ob. Cit.** Pág. 125

emplearse como sinónimo de protocolo. Larraud expresa que " el volumen, o serie de ellos, en que el escribano colecciona ordenadamente y conforme a la ley los documentos matrices de oficio, sometidos a su custodia".³⁰

Para Jiménez: "Protocolo es expresión de acepciones múltiples. En su sentido más vulgar, quiere decir colección de hojas, folios o documentos, adheridos unos a otros que, en su conjunto, forman un volumen o libro."

En Guatemala se conoce como protocolo, al tomo empastado de los instrumentos autorizados durante un periodo de tiempo (un año anual, según la ley); también al papel sellado especial que se vende exclusivamente a los notarios para faccionar escrituras; y al conjunto de escrituras que se llevan faccionados en el año que transcurre. Y al estudiar nuestra legislación, nos encontramos que también hace referencia al conjunto de tomos de protocolos de varios años.

2.3. Definición legal

La definición legal se encuentra en el Artículo octavo del Código de Notariado y estipula: " el protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firma y documentos que el notario registra de conformidad con esta ley "

³⁰ González, Carlos Emérito. **Derecho notarial**. Pág. 173



Entre otras características importantes se deben mencionar al definir legalmente a el protocolo notarial, que en el Código de Notariado guatemalteco se menciona, las formalidades para el desarrollo del mismo las cuales debe seguir el notario para darle cumplimiento a la ley al momento de llevar un protocolo notarial como profesional del derecho y faccionar estos documentos que dan forma legal a la voluntad de las partes en determinas actos y contratos en que el notario interviene.

Apertura

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

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

Contenido

El protocolo contendrá: La escrituras públicas o matrices, las actas de protocolación, las razones de legalización de firma, la razón de cierre, el índice y los atestados.



Formalidades

Las formalidades se encuentran en el Artículo 13 del Código de Notariado:

- a. Los instrumentos deben redactarse en español, escribirse a máquina o a mano de manera legible y sin abreviaturas.
- b. Los Instrumentos deben llevar numeración cardinal, escribiéndose uno a continuación de otro, en orden riguroso de fechas, y entre cada instrumento solo debe quedar espacio para las firmas.
- c. El protocolo debe llevar foliación cardinal, escrita en cifras.
- d. En el cuerpo del instrumento, las fechas, números o cantidades, se expresaran con letras. En caso de discrepancia entre lo escrito en letras y cifras prevalece lo escrito en letras.
- e. Los documentos que deban insertarse o las partes conducentes que se transcriban, se copia de manera textual.
- f. La numeración fiscal del papel sellado no podrá interrumpirse, salvo los casos de protocolaciones, o que se hubiere terminado la serie y se inicia una nueva.



- g. Los espacios en blanco que permitan intercalaciones se llenaran con una línea de que sea firmado el instrumento.

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

Cierre

El protocolo debe cerrarse cada 31 de diciembre de cada año, el último día del año natural, pero también puede cerrarse en cualquier momento que el notario deje de cartular.

El cierre es mediante una razón notarial, la cual debe contener: La fecha, el número total de instrumentos autorizados, indicando cuántos de ellos son escrituras públicas, el número de actas de protocolación, de razones de legalización de firmas, el numero de escrituras canceladas, si lo hubieren; así como el total de folios utilizados, observaciones si fueren necesarias y la firma del notario. (Ver artículo. 12 Código de Notariado)

Índice

Después de la razón de cierre, debe redactarse el índice, que según la ley de Guatemala debe hacerse en papel sellado del mismo valor del papel de protocolo, por



no existir papel sellado, sino únicamente el de protocolo, el índice se elabora en papel bond y debe contener en columnas separadas:

- El número de orden del instrumento
- El lugar y fecha de su otorgamiento
- Los nombres de los otorgantes
- El objeto del instrumento
- El folio en que se inicia

El índice es permitido utilizar cifras y abreviaturas, al final la fecha y la firma del notario, antes de suscribirlo podrá hacerse las observaciones si las hubiera. (Ver Artículos 15 y 16 del Código de Notariado).

Atestados

Los atestados son los documentos que el notario agrega al final de su protocolo y tienen relación con los instrumentos autorizados y debe constar principalmente el recibo de pago de apertura, comprobantes de entrega de testimonios especiales, copias de avisos, recibos y solvencias (ver Artículo 17 del Código de Notariado).



Empastado

Dentro de los treinta días posteriores al cierre del protocolo el notario debe mandar a empastar el protocolo (Artículo. 18 Código de Notariado). El empastado puede hacerse en uno o más tomos, dependiendo de su volumen.

Depósito

Principalmente estableciendo que el notario como profesional del derecho no es propietario del protocolo, ya que únicamente es depositario del mismo y responsable de su conservación. El hecho que sea el quien adquiera o compre el papel, no hace propietario del mismo.

La regulación legal en el Código de Notariado regula los cinco casos en que el notario debe dejar en depósito el protocolo a su cargo, en unos casos de manera temporal y otros en forma definitiva, siendo los siguientes:

- a. Por ausencia del país por tiempo menor a un año
- b. Por ausencia del país por más de un año
- c. Por inhabilitación
- d. Por entrega voluntaria
- e. Por fallecimiento



Es importante mencionar que estos cinco casos en que el notario deja en depósito el protocolo a su cargo los podemos encontrar en nuestro código de notariado en distintos Artículos que en estos casos en particular no se encuentran en un solo artículo regulado.

En el primer caso, el notario debe dejar depositado su protocolo en otro notario hábil, dando un aviso firmado y sellado por ambos notarios al Archivo General de Protocolos. (Artículo. 27 Código de Notariado). En estos casos el notario al cual le queda en depósito el protocolo, puede extender las copias o testimonios que fueran necesarios, ya que tiene la facultad para ello, ningún otro notario podrá hacerlo, pero desde luego no podrá autorizar escrituras en ese protocolo que le ha sido depositado. Mientras dura la ausencia del notario depositante, el depositario es responsable de la guarda y custodia de ambos protocolos, ya que la ley exige que sea también un hábil.

En el segundo caso, si la ausencia es por más de un año, el protocolo debe depositarse en Archivo General de Protocolos, directamente si es en la capital, o por medio del juez de primera Instancia en los departamentos, quien lo debe remitir al Archivo. (Ver Artículo. 27 Código de Notariado). En estos casos, es el Director del Archivo General de Protocolos, es el único facultado para extender copias y testimonios.

En casos en que el notario quedare inhabilitado por cualquier causa, debe entregar su protocolo al Archivo General de Protocolos en la capital, o al juez de primera instancia en los departamentos, para que este los remita dentro de los ocho días siguientes al Archivo General de Protocolos. (Ver Artículo 26 Código de Notariado).



En el cuarto caso, si un notario voluntariamente decide dejar de cartular, también puede hacer la entrega de los protocolos al Archivo General de Protocolos que podría ser en caso de que el notario por su edad, por alguna enfermedad, o porque simplemente no desea seguir ejerciendo tome tal decisión.

Y en el último caso, del fallecimiento del notario, los albaceas, herederos, parientes, o cualquier persona que tuviere en su poder protocolos de un notario fallecido, deben depositarlos dentro de los treinta días siguientes al fallecimiento de dicho notario al Archivo General de Protocolos, si fuere en la capital de la ciudad, o al Juez de Primera Instancia, si estuviere en una cabecera departamental; o al Alcalde, si estuviere en un Municipio; en esos casos, estos funcionarios deben remitirlo dentro de los ocho días siguientes del depósito al Archivo General de protocolos (ver Artículo 23 Código de Notariado).

2.4. Finalidad del protocolo

La intervención notarial que constituye jurídicamente los actos y negocios jurídicos y les da además fuerza probatoria puede llevarse a cabo por dos procedimientos diferentes: o bien se entrega el documento notarial a la parte o partes que pueda interesar hacerlos valer (dejando una breve consignación en el registro notarial), o bien el documento original queda en poder del encargado de su custodia.



El primer procedimiento se usa en los países que, como Estados Unidos de América del Norte, confiere a la misión notarial un mero poder autenticador, a diferencia de los notarios guatemaltecos se utiliza, no solo por los agentes oficiales de comercio, sino para aquellas actuaciones notariales que constituyen solo superposición de la fe pública a otro documento, para dar fe algún extremo del mismo y no de la totalidad de su conjunto y circunstancias en él contenidas (testimonio en general). Y aún por algunos autores se reclama que determinadas actas por su escasa complicación formal, su reducida trascendencia jurídica o la brevedad o rapidez de sus efectos (actas de depósito, de protesto de letra, de requerimiento) se desglosen del protocolo y vayan a un libro indicador.

El segundo procedimiento es imprescriptible cuando se requiere prolongar la eficacia del documento, hacerlo duradero y, en la medida de lo posible, preservar su eficacia probatoria de los riesgos de la conservación de un funcionario especializado y responsable.

Por otra parte, aunque la fuerza probatoria del instrumento, no sea absoluta, y aun cuando normalmente los documentos no producen efectos sino ínter partes, la intervención oficial que los solemniza y la posibilidad de que afecten a los que no intervinieron en ellos, aconseja que tales documentos se conserven y custodien por el representante del Estado que los autorizo.

En este caso muy particular que se sabe que el Estado le da fe pública al notario para redactar actos y contratos, para darle forma legal a la voluntad de las partes que



interviene por disposición de la ley o requerimiento de parte es el notario el encargado de enviar el protocolo a la entidad encargada para su guarda y conservación que en Guatemala es el Archivo General de Protocolos.

El protocolo es público, no es un patrimonio propio del notario, sino un depósito que el Estado le confía como consecuencia de su función, mas este carácter público, mejor dicho de propiedad pública, que tiene el protocolo, no equivale a que haya de serlo su contenido una cosa es la solemnización o intervención oficial de los actos privados y de los que infiere a quien corresponde la propiedad del protocolo y otra cosa es que los actos protocolizados hayan de guardarse con la debida reserva a quien impone de modo directo y de modo indirecto, que limita los derechos en orden de obtención de copias.



CAPÍTULO III

3. El documento notarial

Documento notarial es el expedido o autorizado por el notario público o funcionario consular en el ejercicio de funciones notariales, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley.

3.1. Evolución histórica del instrumento

El Dr. Fernández del Castillo, expresa: " El término instrumento proviene del latín *instruere*: enseñar, y se refiere a todo aquello que puede servir para dejar una constancia, para fijar un acontecimiento. Cuando se trata de instrumentos que comprenden signos expresados en imágenes se llama monumento como lo son las estatuas, las películas, las fotografías y aun las cintas magnetofónicas. Cuando en el instrumento emplea signos escritos se llama documento".³¹

Esta distinción entre los instrumentos se conoce desde la antigüedad en el derecho romano y en el canónico era instrumento todo aquello con lo cual se podía integrar una causa. Este último derecho se hablaba además de instrumento en sentido estricto que se refería a cualquier escritura y en especial a la escritura pública, que tenía fe por si misma.

³¹ Muñoz, Nery. Ob. Cit. Pág. 105



Emérito González, al escribir sobre la evolución histórica del instrumento público, sostiene que: “hace ya muchos siglos cuando los hombres se fueron organizando en sociedades, debió ser un arduo problema probar los hechos que daban origen a las relaciones jurídicas y formalizar las mismas.

Los principios religiosos constituyen sin duda una dificultad para las extralimitaciones de unos y otros, por el temor de Dios y al perjuicio o castigo que pudiera acaecerles por las violaciones a lo pactado.

Los instrumentos primitivos fueron la primera exteriorización que, saliéndose de la órbita del temor divino, comenzaron a regularse aquellas relaciones.

La utilización de la escritura es un fenómeno que se acusa desde las civilizaciones más remotas, según un minucioso estudio sobre los orígenes de la contratación escrita realizado por Ursicino Álvarez Suárez.

Ello debe contribuir a una base para apreciar la existencia de una recepción extrema del principio de la escritura, pero no es suficiente para afirmar una recepción jurídica interna, referida al valor y a la función del documento”.³²

Giménez, afirma que: “la historia del instrumento público es paralela a la evolución del notario que lo autoriza, y citando a Cámara Posiblemente hasta el siglo XII no adquieren los simples redactores de documentos el poder de dar fe. Entonces empieza a perfilarse

³² Ibid. Pág. 106



el verdadero notario, aunque todavía tiene que transcurrir un siglo mas hasta que el documento o chartae, redactado en extenso por el Notario, que en poder de este para integrar su protocolo. Pero no solo nace en esta época la autenticidad del documento, sino su eficacia a través de la fuerza ejecutiva.”³³

En conclusión para el autor Argentino, hace con respecto al instrumento: “En orden general, instrumento es el escrito con que se justifica o se prueba un hecho o un derecho. En sentido jurídico es todo lo que sirve para instruir a una causa, o lo que conduce a la averiguación de la verdad. Según la acepción académica, instrumento proviene de instrumentum, que significa escritura, papel o documento con que se justifica o se prueba una cosa. Sin embargo en opinión de Falgera (Apuntes de Notaria), la palabra “ Instrumento ” dimana de las latinas instruens y mentem, por que instruye al entendimiento; por eso se llama instrumento a cierta escritura que prueba cualquier negocio realizado.

Etimológicamente “Instrumento” y “Documento” son términos similares, pues documento, que es palabra que deriva del latín documentatum, y esta, a su vez, de docere, que equivale a enseñar, importa el escrito donde se hace constar alguna cosa”.³⁴

³³ **Ibid.** Pág. 106

³⁴ Argentino. **Ob. Cit.** Pág. 5

3.2. Instrumento público y documento notarial

“La palabra instrumento deviene del vocablo latino INSTRUERE que significa enseñar, instruir, o educar, se refiere a todo aquel elemento que sirve para fijar o enseñar, o especificar las circunstancias en que ocurrió un acontecimiento.

Existen dos tipos de instrumentos, los documentos y los monumentos. Los documentos; se refieren a todos los instrumentos que dejan una constancia, que puede ser escrita, en registros, en obras pictóricas, etc. Los monumentos; hacen referencia a los instrumentos que dejan una constancia escrita, de tal modo que los documentos y monumentos son la especie, y los instrumentos son un género.

Los documentos se dividen a su vez en privados y públicos, ambos dan certeza de la existencia de un acto pero el que tiene la fe es el documento público.

El documento público tiene valor probatorio pleno y se desahoga por su propia naturaleza, sólo la declaración de falsedad judicial es la que puede desvirtuar a un documento público, esta declaración de falsedad solo se puede hacer valer por vía de acción, siempre que existan elementos que permitan que se rompa con el principio de prueba plena.

Doctrinalmente lo que se entiende por instrumento público. Para Salvat «es el otorgado con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público a quien la ley le confiere la facultad de autorizarlo». El maestro Guillermo Borda dice: “Que se



llaman instrumentos públicos los otorgados por un oficial público con las formalidades que la ley establece.”³⁵

“El instrumento público tiene por principal nota característica que ha sido otorgado ante un órgano estatal (agente administrativo o funcionario) que posee atribución por la ley para darle autenticidad, es decir, para conferirle los efectos propios de la fe pública en lo que atañe a las circunstancias de haberse formulado la declaración de voluntad y realizado los hechos jurídicos cumplidos por el mismo, o que ante él sucedieron.

Frente a la posición adoptada por el maestro Alberto G. Spota, aparece la crítica que le hace Luis María Boffi Boggero, quien señala que esta definición no es correcta cuando dice que la principal nota característica es haber sido otorgado ante un órgano estatal (agente administrativo o funcionario) porque en los casos de dichos incisos no hay tal intervención, sin embargo Spota reconoce tales excepciones y reconoce que la ley los asimila a esos efectos a los funcionarios públicos.

Si juzgamos lo analizado por el maestro Boffi Boggero, encontramos que no sólo tiene razón sino que además habría que tener en cuenta que doctrinalmente el documento privado reconocido judicialmente tiene valor de documento público, entre lo que lo han suscrito e incluso respecto de sus sucesores, por lo que tiene autenticidad, sin embargo el hecho de que tenga valor de instrumento público no lo convierte en tal, pues no son instrumentos público. Vélez Sársfield, consideró cosas distintas el instrumento público

³⁵ Mengual y Mengual. *Ob. Cit.* Pág. 98



del instrumento auténtico. Esto no es sencillo pues si recordamos el Esbozo de Freitas, en su art. 688, establecía: Son instrumentos públicos o auténticos respecto de los actos jurídicos.

Conocemos dos clases de instrumentos: instrumentos privados e instrumentos públicos.

El instrumento privado es aquel que es autorizado o suscrito por un particular”.³⁶

Cuando se habla de instrumento público nos referimos a aquel que es otorgado o autorizado por un funcionario público en ejercicio de sus atribuciones y con las formalidades de ley. Con la suscripción del mismo, por parte del funcionario competente, se confiere al instrumento, eficacia probatoria plena, respecto de los hechos o declaraciones que contenga y la certeza de la fecha en que se producen.

El instrumento público es el nombre tradicional de una clase de documentos públicos. Señala que todos los autores están de acuerdo en que constituye una cosa corporal que enseña, que nos muestra algo.

De acuerdo a lo expresado por Giménez Arnau, “se trata del 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. Considera que la actividad notarial acaba normalmente en la válida elaboración de «Instrumentos Públicos», y estos instrumentos suelen contener:

³⁶ *Ibíd.* Pág. 99



- La generalidad de la contratación privada. En consecuencia producen el documento o soporte físico y externo de los derechos (título, en sentido formal) que es el vehículo habitual de acceso a los Registros Públicos.

- La mayor parte de la contratación administrativa, sujeta a normas de carácter especial pero fundado en el derecho privado, porque en ellas los organismos y personas de derecho público actúan con rango igual al de las personas individuales.

- Una parte considerable de la contratación mercantil, especialmente la que se refiere al derecho de sociedades.

- Los testamentos (salvo el ológrafo, y algunos excepcionales que, posteriormente van -en definitiva- al protocolo notarial) que rigen la sucesión en los bienes y derechos de los otorgantes.

- La constatación auténtica de hechos (actas notariales) que pueden tener consecuencias jurídicas en las relaciones privadas o constituir elementos probatorios de gran fuerza en el ámbito procesal”.³⁷

- En cuanto al instrumento público notarial (documento auténtico notarial), Rodríguez-Adrados determina lo siguiente:

³⁷ Muñoz, Nery. Ob. Cit. Pág. 108



- "Estructura: Su contenido directo e inmediato está constituido por pensamientos del hombre y, especialmente, por declaraciones de ciencia o de voluntad.

- Función: Es un hecho jurídico, producto de los más variados efectos jurídicos y no sólo probatorios, como medio de prueba legal en juicio y fuera de él.

- Autor: Su autor único y exclusivo es el Notario; cuando el documento contiene también declaraciones de particulares, éstos son autores de sus declaraciones, pero no del documento notarial.

- Es siempre y en su totalidad documento público, por tener como autor a un funcionario público, el Notario, en el ejercicio de su función pública y con arreglo a los cauces formales por los que se rige.

- Es también siempre y en toda su integridad documento auténtico, porque su origen público genera su eficacia de hacer fe o autenticidad.

- La autenticidad del documento surte todos sus efectos, en juicio y fuera de él, mientras que una sentencia firme, en proceso penal o civil declarativo, no le prive de su fe pública, declarando su falsedad.



La importancia del instrumento público notarial recae en el valor jurídico del instrumento notarial, en los efectos que éste produce, y en la seguridad jurídica que brinda”.³⁸

El instrumento público prueba fehacientemente o produce fe respecto de la realidad del acto que contiene. No puede ser objetado como falso y goza de la certidumbre de la data entre los otorgantes y frente a terceros. Tiene fecha cierta erga omnes.

Como se verá más adelante, existen dos clases de instrumentos públicos notariales. Los protocolares y los extraprotocolares. Ambos de suma importancia.

“En el caso de los instrumentos públicos protocolares, la matriz que conserva el Notario es de indudable utilidad para los otorgantes y para toda persona que requiera seguridad jurídica respecto al hecho o acto jurídico celebrado.

Asimismo, en los instrumentos públicos protocolares, el notario está obligado a calificar jurídicamente el acto. Esto quiere decir que el Notario somete al acto que se pretende formalizar, a un test de legalidad; esto es, examina si éste cumple con las exigencias legales del tipo jurídico que se pretende llevar a cabo, lo cual supone necesariamente la identificación del tipo legal. Esta calificación es la evaluación de los elementos e identificación del acto entre los distintos tipos legales que componen el ordenamiento jurídico. De esta manera, el Notario cumple con velar por la legalidad de los actos en los que participa dando fe”.³⁹

³⁸ Mengual y Mengual. Ob. Cit. Pág. 103

³⁹ *Ibíd.* Pág. 105.



“En los instrumentos públicos extraprotocolares, el Notario también debe de cuidar de la legalidad del acto que contiene. Puede suceder que el instrumento privado sea objetado como falso, aun cuando se encuentre refrendado con firma legalizada, puesto que la legalización de la firma no acredita la autenticidad del contenido del instrumento. Si por alguna razón, el Notario no pudiera identificar o filtrar la ilegalidad, o determinar si el acto en el que participa no es auténtico o no cumple con los recaudos legales que exige el ordenamiento, esta circunstancia no genera responsabilidad para el mismo. La razón es simple; al no ser el autor del instrumento, y no tener que protocolizarlos, el Notario participa en el continente del acto pero sin involucrarse profesionalmente en el contenido. Esto ocurre por ejemplo, en las certificaciones de firmas, legalizaciones de libros o entrega de cartas notariales”.⁴⁰

No obstante, si bien es verdad que en los actos extraprotocolares en los que participa el Notario, en rigor, no realiza una calificación, esto no quiere decir que se desentienda de su obligación de preservar la legalidad de los actos en los que participa.

Señala en este sentido que cuando se requiere el concurso del Notario público para actos notariales extraprotocolares, como la realización de una junta general de accionistas, remates, licitaciones o cualquier otro acto, el Notario sólo da fe de veracidad en el sentido que se han realizado estos actos sino que también deja constancia que se han llevado a cabo con arreglo a la ley.

⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 109

3.3. Fines del instrumento público

“La intervención notarial caracteriza al instrumento. Documento es pues, el objeto o materia en que consta, por escrito una expresión del pensamiento y también el pensamiento expresado por escrito. En la terminología de Carnelutti, es documento es una cosa que sirve para representar otra.

El documento que emana de los mismos interesados, por sí solos o con ayuda de peritos, juristas, técnicos, es el documento privado. Otras veces el documento no lo hacen los interesados, sino un funcionario público, es el documento público. Cuando el documento está autorizado por un notario y va destinado desde su creación a formar parte del archivo de documentos análogos (semejantes a otros), custodiados por aquel (protocolo), se llama instrumento público”.⁴¹

Los Fines del instrumento, se dan según sean instrumentos generales, auténticos o públicos, veamos:

- “Instrumento en general.- Es el documento que puede probar con más o menos fuerza la verdad de un hecho.

- Instrumento auténtico.- Es el documento que hace fe por sí misma y no requiere para su validez de ningún otro adminículo (lo que sirve de ayuda).

⁴¹ Cuba Ovalle, Luis Alfredo. *Tratado elemental derecho notarial*. Pág. 23

- Instrumento público.- Cuya finalidad es asegurar la propiedad y perpetuar los hechos que por su naturaleza conviene queden consignados para el porvenir.

Vásquez Campos, considera la función notarial, que se identifica con el registro jurídico como una de las dos ramas en que se divide el poder legitimador, este registro jurídico puede llenar tres fines:

- a) social: arbitrar medios de conocimiento de relaciones jurídicas
- b) jurídico-sustantivo: asegurar el respeto a tales relaciones
- c) jurídico-adjetivo: facilitar la prueba”.⁴²

3.4. Clasificación de los documentos notariales

“La clasificación más común es la adoptada por la legislación peruana, es decir la de clasificar los instrumentos públicos notariales en protocolares y extraprotocolares. De tal forma se regula que son instrumentos públicos protocolares las escrituras públicas y demás actas que el notario incorpora al protocolo notarial; que debe conservar y expedir los traslados que la ley determina; es por ello que el Artículo 23 de la Ley del Notariado Peruana establece, que: Son instrumentos públicos notariales los que el notario, por mandato de la Ley o a solicitud de parte, extienda o autorice en ejercicio de su función, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley». Esta es pues

⁴² *Ibíd.* Pág. 25

una de las más simples clasificaciones de los documentos notariales, pues más adelante veremos otras mas trabajadas desde el punto doctrinal".⁴³

Está claro que son instrumentos públicos extraprotocolares las actas y demás certificaciones notariales que se refieren a actos, hechos o circunstancias que presencie o le conste al notario por razón de su función.



⁴³ *Ibíd.* Pág. 29



3.5. El instrumento público en la legislación de Guatemala

Cuando se habla del instrumento público en la legislación guatemalteca, el Código de Notariado en el Artículo 29 señala las formalidades y en el Artículo 31 las formalidades esenciales; del Artículo 29 se desprende que las formalidades que tiene reguladas son para la escritura pública y que estas formalidades, no se aplican para actas notariales, actas de protocolización, actas de legalización y razones de legalización, estas están regulados en títulos separados y con sus propias formalidades, por lo tanto, el código reconoce plenamente a la escritura como instrumento, mientras que la doctrina es mucho más amplia pues incluye actas.

Así mismo es importante resaltar que el Artículo 12 del Código de Notariado regula la razón de cierre, utiliza como sinónimo de escritura al documento público, cuando exige entre los requisitos: “El número de documentos públicos autorizados; razones de legalización de firmas y actas de protocolización”.

En el Artículo 15 del Código de Notariado numeral 4º; al establecer lo que debe contener el índice, en las columnas separadas, exige: “El objeto del instrumento se refiere a escrituras públicas, actas de protocolización y razones de legalización que se redactan en el protocolo y se incluyen en el índice. Excluyendo las actas notariales que se redacta en papel bond”.

Por lo tanto llego a la conclusión que en Guatemala, el instrumento público por disposición de la ley es la escritura pública; y que esta se tiene como sinónimo de



documento público y que, cuando en el índice, se refiere a instrumentos incluye escrituras, protocolizaciones y razones de legalización de firmas.

Por tal circunstancia ante la falta de claridad legislativa, se puede referir a ellos como instrumentos públicos, como documentos públicos o documentos públicos notariales, como instrumentos apegándolos a la doctrina y como documentos notariales, los que según nuestro estudio no tengan calidad de tales.





CAPÍTULO IV

4. La firma diferida como excepción al principio de unidad de acto

El principio de unidad de acto es aquel que se refiere a que el instrumento se debe de perfeccionar en un solo acto, estando presentes todas las partes que intervendrán en el negocio o acto, sin embargo lo que se pretende analizar es la implementación del sistema de firma diferida como una excepción al principio de unidad de acto es decir que el consentimiento de las partes puede expresarse en forma conjunta, pero también sucesiva o en momentos diferentes, personalmente o por apoderado, dependiendo de que la naturaleza del negocio no exige como cuestión esencial, la presencia y actuación conjunta de las partes para manifestar su voluntad expresa, sino que esta pueda manifestarse en momentos sucesivos o distintos siempre que el notario pueda dar fe del consentimiento expreso.

4.1. Principios generales del derecho

Se da el nombre de principios generales del derecho a aquellos postulados del derecho natural que son los pilares fundamentales sobre los que se rige la legislación positiva o a los ideales jurídicos de la comunidad.



Qué es principio?

Son lineamientos o directrices que sirven para la aplicación creación e interpretación de las Normas Jurídicas.

En el caso del derecho notarial se deben seguir cuando el notario realiza su función notarial y que debe respetar cuando aplica el derecho notarial a un caso concreto en que los particulares solicitan los servicios profesionales del notario para autorizar un acto o un contrato en que tienen interés que se autorice.

Argentino, "al hablar de los principios estamos ante un campo inexplorado y que en materia de principios aún no se ha formulado expresamente todo, expresa que entre los principios propios que han adquirido jerarquía, están:

- a) De Fe Pública
- b) De la Forma
- c) De Inmediación
- d) De Rogación
- e) Del Consentimiento
- f) De Seguridad Jurídica
- g) De Autenticación
- h) De Publicidad
- i) Unidad de Acto

j) De Protocolo”.⁴⁴

“Ahora bien, principio dentro de la rama del derecho vamos a decir que son los enunciados normativos más generales que, sin perjuicio de no haber sido integrados al ordenamiento jurídico en virtud de procedimientos formales, se entienden forman parte de él, porque le sirven de fundamento a otros enunciados normativos particulares o recogen de manera abstracta el contenido de un grupo de ellos.

Estos principios son utilizados por los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y por los juristas en general, sea para integrar lagunas legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación resulta dudosa”.⁴⁵

Características

“Son enunciados normativos que expresan un juicio deontológico acerca de la conducta a seguir en cierta situación o sobre otras normas del ordenamiento jurídico. Cada uno de estos principios generales del Derecho, es un criterio que expresa un deber de conducta para los individuos, el principio o un estándar para el resto de las normas.

⁴⁴ Argentino, Neri. **Ob. Cit.** Pág. 366

⁴⁵ **Ibid.** Pág. 335.



Naturaleza y fundamento

Respecto a los principios generales del derecho se ha desarrollado una polémica acerca de si ellos son extraños o externos al derecho positivo, o si son una parte de él. Según la posición de la escuela del derecho natural racionalista, hoy ya superada, los principios generales, serían principios de un derecho natural entendido como orden jurídico separado del derecho positivo.

Según la doctrina positivista, también ya superada, o al menos en vías de superación en la mayoría de los países, los principios mencionados serían una parte del derecho positivo. Sin embargo, nunca podrían imponer una obligación que no fuera sancionada por el mismo ordenamiento positivo por lo que se entiende que cada ordenamiento positivo tiene sus particulares principios generales y que no existen principios jurídicos de carácter universal.

La posición racionalista que escinde el Derecho en dos órdenes jurídicos específicos y distintos: el natural y el positivo –el primero conforme a la razón, y el otro, producto de la voluntad del sistema político– no puede sostenerse. Es evidente que el Derecho, producto típicamente humano, es una obra de la inteligencia humana: ella es la que descubre, desarrolla y combina criterios que enuncian un comportamiento entendido como justo; por esto, el Derecho también es llamado jurisprudencia, es decir, de lo justo, y la prudencia se entiende como un hábito de la inteligencia. Si bien el Derecho,

conjunto de criterios, es obra de la inteligencia, su efectivo cumplimiento, el comportarse los hombres de acuerdo a los criterios jurídicos, es obra de la voluntad”.⁴⁶

Funciones de los principios

Los principios generales del derecho tienen tres funciones que tienen incidencia importante en las normas del ordenamiento, estas son: la función creativa, la función interpretativa, y la función integradora.

La función creativa: establece que antes de promulgar la norma jurídica, el legislador debe conocer los principios para inspirarse en ellos y poder positivizarlos.

I. La función interpretativa: implica que al interpretar la norma, el operador debe inspirarse en los principios, para garantizar una cabal interpretación.

II. La función integradora: significa que quien va a colmar un vacío legal, debe inspirarse en los principios para que el derecho se convierta en un sistema hermético.

Estas funciones no actúan independientemente, sino que en la aplicación del derecho operan auxiliándose una a otra, así cada interpretación de una norma, basada en los principios, es una nueva creación. Para colmar una laguna legal es necesario interpretar el derecho ya existente según los principios; por último, las lagunas legales en el derecho positivo no existen debido a la posibilidad que tienen los miembros judiciales

⁴⁶ *Ibíd.* Pág. 337



para interpretar una norma ya creada y adaptarla según los principios generales, lo que garantiza una seguridad jurídica sólida frente a la positivización del derecho.

Algunos principios generales del derecho:

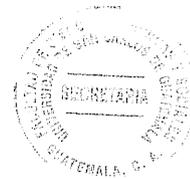
Principios generales del derecho privado

- "Prohibición del enriquecimiento sin causa
- Prohibición del abuso del derecho
- Buena fe
- Tolerancia del error común
- Prohibición del fraude a la ley
- Teoría de la imprevisión

Principios generales del derecho público

- Principio de legalidad
- Separación de funciones
- Principios limitadores del derecho penal
- Debido proceso⁴⁷

⁴⁷ Ibid. Pág. 338



4.2. Principio de unidad de acto

Evolución histórica del principio de unidad de acto: “La unidad de acto se ha reservado históricamente para las formas más solemnes. Así nace para los testamentos en el derecho romano, por consecuencia de carácter público las primitivas formas de testar, especialmente el testamento in calitis comitis. Comprende la unidad de acto una triple: de asunto, de tiempo, y de lugar.

La unidad de acto en el derecho romano es a la vez unidad de espacio y tiempo. El negocio tiene que realizarse sin interrupciones: de una sola vez. No se admiten negocios jurídicos entre ausentes, ni apéndices o añadidos al negocio mismo, ni modificaciones ulteriores, como en contraposición en nuestros días en que las escrituras públicas que facciona el notario pueden sufrir modificaciones por que las partes así lo solicitan o porque a la misma se le ha omitido agregar alguna cláusula importante para las partes interesadas, que es llamada ampliación de escritura pública. El arraigado formulismo del viejo derecho romano, sigue mencionando el autor, lo exigía así. En el mancipatio, el comprador y vendedor, en presencia de los cinco testigos y el emptor familiae procedía al ritual de pesar el metal que servía de precio.

En la estipulación se requería la pregunta del acreedor y, sin interrupción la respuesta del deudor, en el derecho Justiniano la unidad de acto se conserva para el testamento que hacia un contexto con la concurrencia simultanea de los testigos y del testador.



En España el fuero real, recoge el requisito de la unidad de acto, porque exige que se haga lectura ante todos los otorgantes y testigos, y que siga el otorgamiento y la firma. Aunque el otorgamiento de Alcalá dispuso (para los testamentos) que con el escribano público deben ser presentes a lo ver y otorgar tres testigos a lo menos.

En el Código francés se limitó a exigir la unidad de acto en el testamento cerrado o místico y en el italiano siguió sus huellas, pues tampoco para el abierto hace falta y, en cambio, se requiere en el llamado testamento secreto.

En el Código español, separándose de sus modelos (francés e italiano) volvió a puro criterio romano e impulso la unidad de acto, también para el testamento abierto”.⁴⁸

Unidad de acto

“La definición de “unidad” (que deriva del latín “*unitas*”) que nos da el Diccionario de la Real Academia Española es unidad de todo ser, en virtud de la cual no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere; mientras que “acto” (que deriva del latín “*actus*”) es “acción”, y “acción” puede entenderse en dos acepciones: como ejercicio de la posibilidad de hacer, o como resultado de hacer. Celebración pública o solemne. En tanto que “formal” (del latín “*formalis*”) nos lo define el mismo diccionario como un adjetivo perteneciente o relativo a la forma. Que tiene formalidad. Dicho de una persona

⁴⁸ Casasola Recinos, Juan Fernando. Tesis. El principio notarial de unidad de acto en el contrato de mutuo bancario. Pág. 9

sería, amiga de la verdad y enemiga de chanzas; mientras que “forma” (del latín “*forma*”) significa la configuración externa de algo, modo de proceder en algo”.⁴⁹

Este principio se basa en que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto. Por tal circunstancia lleva una fecha determinada, y según la legislación guatemalteca no debe ser firmado un día por uno de los otorgantes y otro día por el otro, debe existir unidad del acto. Así mismo podemos darnos cuenta que algunos instrumentos como el testamento y la donación por causa de muerte, llevan hora de inicio y finalización.

El otorgamiento como acto único

“Si en la realización del acto y la autorización del documento notarial fueran un hecho simple, no cabría discutir sobre unidad de acto, porque una cosa indivisible no puede dividirse en diversos momentos o en etapas diferentes: no admite soluciones de continuidad en su nacimiento. La unidad de acto, o se produce como una unidad, o no puede producirse, porque la interrupción es incompatible lógicamente con esa indivisible unidad.

Pero el proceso de elaboración de la escritura pública está integrado por varios hechos sucesivos, quizá porque es el otorgamiento momento fundamental en que manifiesta de manera expresa y solemne la voluntad de los contratantes, en todo caso no cabe

⁴⁹ <http://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/08/derecho-notarial-panamec3b1o-borisbarriosgonzalez.pdf> (Guatemala, 15 de noviembre de 2013)



duda que el otorgamiento, en sentido estricto, aunque sea una sección o parte de la escritura, es un hecho, uno de los varios hechos que integran el conjunto instrumental.

Núñez Lagos dice: “Que da lo mismo que se diga que el otorgamiento contiene un hecho o que contiene varios. Porque si un hecho único (sistema de unidad de acto) habrá que reconocer que es un hecho complejo, compuesto por varios hecho sucesivos o continuados y añade que la unidad de acto sea objetiva y concreta en unidad de texto consentido, que implica una unidad de texto documental (integridad) y de unidad de consentimiento”.

El instrumento público tiene un principio y un final: el consentimiento cubre el texto sin lagunas, palabra a palabra (lectura integra) desde ese principio hasta el final, los viejos actos formales y verbales del derecho romano lograban su autonomía por el mecanismo técnico de la unidad de acto. En los instrumentos notariales modernos la unidad del acto se ha transformado en la unidad de contexto, podrá haber escrituras sin que exija formalmente la unidad de acto como se exige en el testamento, que era y en muchas legislaciones sigue siendo, acto oral. Pero no existe ni una sola escritura en que no exija la unidad de texto y de consentimiento.

El concepto de unidad de acto es esencial para comprender el instrumento público. Se exige este requisito no en cuanto al documento notarial, sino en cuanto al documento. Hay que distinguir, entre unidad de negocio y unidad documental. El negocio puede fraccionarse en varios documentos (contratos por correspondencia) pero cada documento es uno por que no hay documento hasta que se otorga y firma. Así



entendida la unidad de acto, parece un imperativo físico y resulta un concepto del que no hay derivaciones jurídicas”.⁵⁰

4.3. De la firma diferida

“La palabra diferida proviene del latín *differre*. A continuación sus acepciones:

- a. tr. Aplazar la ejecución de un acto.
- b. intr. Dicho de una persona o de una cosa: Distinguirse de otra.
- c. intr. Disentir, no estar de acuerdo.

Firma es una palabra, o pequeño mensaje o dibujo, que tiene como fin identificar y asegurar o autenticar la identidad de un autor o remitente, o como una prueba del consentimiento y/o de verificación de la integridad y aprobación de la información contenida en un documento o similar”.⁵¹

Firma autógrafa (manuscrita)

“La firma tradicionalmente se ha realizado de forma manuscrita y es la forma más habitual de certificar el consentimiento de forma escrita. Mediante este sistema, el firmante escribe una palabra y una serie de trazas personales que le identifican como

⁵⁰ Casasola Recinos. Ob. Cit. Pág.7

⁵¹ <http://www.ecured.w/index.php/documentología> (Guatemala, 15 de noviembre de 2013)

tal. En caso de duda un Perito Calígrafo podría determinar si una firma pertenece a una determinada persona o si se trata de una falsificación, una automodificación, etc.

A través de este tipo de firma, un grafólogo además postula que puede analizar determinados rasgos de la personalidad de un individuo.

Firma digital

Firma digital es una tecnología que produce los mismos efectos jurídicos que la "firma autógrafa" de un documento físico, siendo también admisible como prueba en juicio, en función de la legislación de cada país.

Esta tecnología se basa en la criptografía. Mediante unos mecanismos criptográficos, se lleva a cabo la firma y la posterior confirmación y validación de dicha firma".⁵²

En ese orden de ideas la firma diferida es aquella que dentro del derecho notarial se desarrolla dentro del instrumento público, cuando una de las partes firma luego de la otra, es decir que se suprime el principio de Unidad del Acto ya que en muchos de los casos este principio en mención no se observa en la realidad porque es más sencillo que las partes firmen una después de las otras en su debido momento.

⁵² Bordeau, Francois. *La firma en el derecho*. Pág. 324



4.4. Causas por las cuales es necesario implementar el sistema de firma diferida en Guatemala

En la actualidad en el diario desarrollo del notariado sucede que las partes otorgantes signan cualquier cantidad de contratos inobservado el principio de unidad del acto ya mencionado por cualquier razón que el notario estime correcta. Una de las razones por las cuales esto es procedente es ya por la costumbre que además es una fuente indirecta del derecho, a si también existen fenómenos sociales que los obliga a ello: como la distancia, enfermedades, que las partes no lleguen a tiempo o por las distintas ocupaciones, así como algunos representantes legales de las personas jurídicas como presidentes de bancos o funcionarios de gobierno, por sus ocupaciones, firman los documentos notariales cuando pueden, el giro ordinario de los negocios lo demandan.

En ese orden de ideas se abordará de manera sencilla el tema de la costumbre.

4.4.1. La costumbre

Es el uso implantado en una comunidad y considerado por ella como jurídicamente obligatoria.

Es la observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica.

En las sociedades poco evolucionadas era la principal fuente del derecho.



Falta de precisión, de certeza y de unidad, son los grandes defectos de la costumbre.

En el derecho contemporáneo, el papel de la costumbre es modesto, si se lo compara con el de la ley. No obstante, en algunas ramas del derecho, y particularmente en el comercial, su campo de aplicación es bastante amplio. Es en el sistema anglosajón donde la costumbre tiene una importancia primordial. Pero aún en él, lo que los jueces aplican, más que la costumbre en sí, es la expresión de ésta a través de los fallos de los tribunales; en realidad el common law, originado en la costumbre, es hoy derecho jurisprudencial.

La costumbre, independientemente de su valor autónomo tiene mucha importancia como antecedente histórico de la ley.

4.4.2. Elementos de la costumbre

Para que exista costumbre en la acepción jurídica de la palabra, deben reunirse 2 elementos:

- a) el **material**, que consiste en una serie de actos repetidos de manera **constante y uniforme**. No es indispensable el largo uso en el tiempo como opinaban los antiguos juristas, pues, evidentemente hay costumbres de formación muy reciente y que, sin embargo, tienen fuerza obligatoria. Pero, en cambio, es necesario que **el uso sea general, es decir observado por la generalidad de las personas**.



- b) el **psicológico**, que consiste en la convicción común de que se trata de una práctica **obligatoria**; los simples usos sociales, que en la opinión general no tienen relieve jurídico, no pueden considerarse costumbres en el sentido de fuente del derecho.

4.4.3. Clasificación de la costumbre

- 1) “Convalidada por la ley o **secundum legem**. Existe cuando el legislador remite la solución a la costumbre. Así la costumbre deja de ser una fuente subsidiaria para transformarse en fuente principal.

- 2) Costumbre en contra de la ley o **contra legem**. Es la costumbre contra la ley o derogatoria. La eficacia de la costumbre contra legem depende de la solución que se dé a la jerarquía de la fuente. En el derecho moderno donde la costumbre básicamente es una fuente subsidiaria, pues la fuente principal es la ley, es difícil admitir la vigencia de la costumbre contra legem. Un ejemplo en que la costumbre derogó la ley es el caso de la subasta, en el que antes era necesario decir el precio para dar la oferta (art.16 Código de Comercio) y ahora por costumbre para ofertar un producto se levanta la mano. Estas soluciones excepcionales no pueden hacer pensar que la costumbre contra legem pueda tener realmente eficacia en un ordenamiento como el nuestro, donde el juez debe decidir según la ley, que constituye la principal materia prima del derecho.



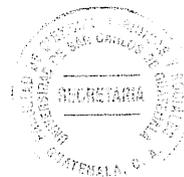
- 3) Costumbre en ausencia de ley o **praeter legem**. Es la costumbre que se aplica cuando no hay ley exactamente aplicable al caso; o sea que es la norma jurídica en virtud de la cual se soluciona el conflicto no reglado legalmente”.⁵³

4.5. Casos en los cuales no procede la firma diferida

En los casos en los que no es procedente la firma diferida es en aquellos en los cuales es necesaria la comparecencia de todas las partes, porque dichos instrumentos deben de cumplir con ciertas formalidades especiales como por ejemplo debe de lleva impreso hora de inicio y finalización, así también como la comparecencia de testigos, para que dicho instrumento sea válido.

Es decir en aquellos como el testamento y la donación por causa de muerte ya que es de vital importancia la presencia en in situ de todas las personas que por imperio de la Ley deben estar presentes, encontrándose regulado en los Artículos 42 numeral 1 y numeral 8 y Artículo 43 del Código de Notariado de Guatemala Decreto 314, así también no será procedente el sistema de firma diferida en las actas notariales porque lleva impreso hora de la diligencia, así como lo establece el Artículo 61 del Código de Notariado de Guatemala Decreto 314.

⁵³ *Ibíd.* Pág. 234



CAPÍTULO V

5. De la firma diferida en el derecho comparado Guatemala – Panamá

En el desarrollo del presente capítulo, se pretende hacer un análisis jurídico del principio de unidad de acto en Guatemala y Panamá, y así poder llegar a una conclusión de que si es factible la implementación del sistema de firma diferida como una excepción al principio de unidad de acto en Guatemala, tomando como referencia, cómo panamá aplica dicho principio.

5.1. Principio de unidad de acto en Panamá

“Atendiendo al principio de formalidad, la unidad del acto implica la efectiva oportunidad de que se produzca un intercambio real y cierto del consentimiento de las partes; siendo parte de su contenido la lectura del texto, la explicación de su contenido y el conocimiento de las consecuencias que implica el negocio”.⁵⁴

5.1.1. La unidad del acto formal puede ser esencial, natural o accidental

“La legislación y la doctrina nos hablan de la cuestión esencial, natural y accidental en que puede manifestarse la unidad del acto formal, atendiendo a que la ley, declaración, acto, negocio o contrato exija su concurrencia; o que sea un atributo que naturalmente aportan las partes a la solemnización; o que se produzca como un accidente pactado.

⁵⁴ Barrios González, Boris. *Derecho notarial panameño*. Pág. 59



No obstante, cualquiera sea el caso, es un acontecimiento previsto en el ordenamiento jurídico para la validez del instrumento o del negocio.

5.1.2. Cuando la unidad del acto formal es esencial

La unidad del acto formal es esencial cuando toda la solemnidad del instrumento notarial debe cumplirse de manera concentrada en presencia de todos los intervinientes; esto es que el acto o negocio se consagra en presencia de los comparecientes, del notario y los testigos.

Hay actuaciones notariales o negocios que, ya porque el ordenamiento jurídico así lo establece o porque la naturaleza del acto así lo requiere, esencial que se cumpla en unidad de acto en presencia de las partes. Es así como se entiende el contenido de los Artículos 726, 727 y 731 del Código Civil, y como si fuera poco, el Artículo 719 establece la nulidad del testamento dictado incumpliendo las formalidades expresamente establecidas en el Código Civil, para la materia testamentaria.

En efecto, el testamento abierto exige de concentración y unidad de acto, cuando en los Artículos 726 y 731 del Código Civil se establece que el testamento abierto deberá ser otorgado ante el notario y tres testigos, en unidad de acto, cuyos textos a la letra expresan:

Artículo 726. “El testamento abierto deberá ser otorgado ante notario y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales, uno, a lo menos, sepa y



pueda escribir. Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en este mismo capítulo”.

Artículo 731. “Todas las formalidades expresadas en este capítulo se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero. El notario dará fe, al final del testamento, de haberse cumplido todas las dichas formalidades y de conocer al testador o a los testigos de conocimiento en su caso”.

En concordancia, el Artículo 719 del mismo Código Civil establece que “será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este Título”.

En el otorgamiento de un testamento abierto podemos hablar de preámbulos, que viene a ser la preparación del documento e, incluso, la aportación de los elementos que sustentan el protocolo, pero lo que constituye, propiamente el acto de otorgamiento, es el momento cuando el testador comparece ante el notario y los testigos para expresar su voluntad; es por ello que las normas precitadas establecen que el testamento será otorgado, leído en voz alta, en presencia del testador, del notario y los testigos.

En lo que corresponde al testamento cerrado, el Artículo 739 del Código Civil establece, en su numeral 2, que: “el testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto, ante el notario que haya de auto-rizarlo, y tres testigos idóneos, de los cuales dos, al menos, han de poder firmar”; se trata de consumir el



hecho de que el testador, de manera personal, presenta al notario y los testigos un escrito cerrado, declarando en voz alta, y de manera que el notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan, que el escrito que presenta contiene su testamento.

5.1.3. Cuando la unidad del acto formal es natural

La unidad del acto formal es natural cuando la comparecencia personal ante el notario no está condicionada a la concurrencia conjunta de las partes, como un elemento esencial del negocio; sino que se impone el consentimiento, el cual puede expresarse en forma conjunta, pero también sucesiva o en momentos diferentes, personalmente o por apoderado.

Con razón dice Cubides Romero, “que es un elemento natural o de la naturaleza del negocio cuando la presencia simultánea de las partes y su actuación conjunta ante el notario no se exigen esencialmente, como en el caso del testamento abierto, sino que puede ser sucesiva o en momentos diferentes, siempre que exista unidad del notario y consentimiento expreso y coincidente sobre un texto único y suficientemente conocido por los contratantes y expresivo de la voluntad previamente emitida ante el notario, antes de la redacción o extensión por escrito”.

En efecto, el Artículo 1109 del Código Civil patrio establece que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento...”, a excepción de los que además el ordenamiento exige su constancia por escrito, con las condiciones y la determinación del objeto.



En tanto que el Artículo 1113 del Código Civil establece que “el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”.

La unidad del acto formal, entonces, es natural cuando la naturaleza del negocio no exige, como cuestión esencial, la presencia y actuación conjunta de las partes para manifestar su voluntad expresa, sino que esta puede manifestarse en momentos sucesivos o distintos, siempre que el notario pueda dar fe del consentimiento expreso y coincidente sobre las condiciones y la determinación del objeto del negocio.

De lo que se trata, entonces, es que en el derecho notarial impera el principio de la unidad del acto formal, que es la comparecencia y actuación conjunta de las partes ante el notario para la manifestación de la voluntad, lo cual se constituye en esencia del asunto cuando la ley o la naturaleza del negocio así lo exige, pero cuando la ley o la naturaleza del negocio no la exige, se entiende que es natural, y entonces la unidad del acto formal puede cumplirse en momentos sucesivos o distintos, siempre que el notario pueda dar fe del consentimiento expreso y coincidente sobre las condiciones y la determinación del objeto del negocio.



5.1.4. Cuando la unidad del acto formal es accidental

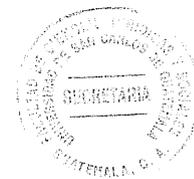
Atendiendo a la naturaleza del negocio, las partes pueden acordar la desconcentración del acto o negocio, de manera que se produzca la unidad formal del acto, pero que tal evento se consuma de manera accidental; esto es que tanto la oferta como la aceptación, como contenido del consentimiento sobre la cosa y la causa del negocio, se produzcan en momentos distintos, pero previamente pactados y establecidos.

La doctrina del derecho notarial prefiere hablar de unidad del acto formal accidental; no obstante, tal vez "accidental" no sea la expresión más feliz, y pudiéramos hablar mejor de "condición", esto sería unidad del acto formal sujeto a condición; porque en realidad de lo que se trata es que las partes acuerdan que la comparecencia y actuación conjunta para manifestar la aceptación se produzcan en momentos distintos sujetos al cumplimiento de determinadas condiciones.

Es por ello que el Artículo 1112 del Código Civil establece que no hay contrato, sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes
2. Objeto cierto que sea materia del contrato
3. Causa de la obligación que se establezca.

Es decir, que deben concurrir estos elementos, de manera indefectible, para que estemos en presencia de un negocio jurídico válido y reconocido por el ordenamiento



jurídico. En tal sentido, establecida la causa y el objeto, pero de conocimiento por todos los que en el negocio participan, el consentimiento se puede establecer por adhesión”.⁵⁵

Comenta Cubides Romero que: “se trata de un elemento accidental cuando se pacta la falta de unidad formal del acto según el tipo de contrato, como ocurre con los reglamentos de la propiedad horizontal, de la constitución de sociedades con posibilidad de ingreso de nuevos socios luego de la constitución y, en general, en todos los casos de adhesión en que la voluntad y la forma están previstas para que sean aceptadas por el adherente posteriormente a la emisión y, por ende, no habrá unidad en la formación y otorgamiento, aun-que se mantiene la confluencia de las voluntades sobre un mismo contenido y una misma forma”.⁵⁶

“Establecer pactos para la manifestación del consentimiento sin que éste se concrete en concentración y unidad del acto formal no es causal de nulidad de los contratos, siempre y cuando la naturaleza del negocio así lo permita. A ello se debe el texto del Artículo 1129 del Código Civil, sobre la eficacia de los contratos, cuando dice que: “los contratos serán obligatorios siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez”; es decir, que se pueden pactar términos y condiciones en la celebración del negocio”.⁵⁷

⁵⁵<http://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/08/derecho-notarial-panamec3b1o-boris-barriosgonzalez.pdf> (Guatemala, 15 de noviembre de 2013)

⁵⁶ Barrios. **Ob. Cit.** Pág. 63

⁵⁷ <http://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/08/derecho-notarial-panamec3b1o-borisbarriosgonzalez.pdf> (Guatemala, 15 de noviembre de 2013)



COMENTARIO a continuación he elaborado un cuadro comparativo del principio de unidad de acto según la legislación guatemalteca con la legislación panameña, en donde se llevará a cabo, la comparación del nombre que se le da al principio notarial, las clases de principio de unidad de acto que existen, también si es necesario que las partes estén presentes para que se cumpla el principio de unidad de acto, así como si las partes pueden acordar que la aceptación del negocio se produzcan en distintos momentos, el nombre de la ley en donde se encuentra regulado dicho principio y por último la regulación legal.

5.2. Comparación del principio de unidad de acto Guatemala – Panamá

país	Nombre del Principio notarial	Clases de principio de unidad de acto	Es necesario que las partes estén presentes para que se cumpla el principio de unidad de acto?	Pueden las partes acordar que la aceptación del negocio se produzcan en distintos momentos?	Nombre de la ley en donde se encuentra regulado el principio de unidad de acto	Regulación legal del principio de unidad de acto
Guatemala	Unidad de Acto	No existen clases de este principio solo se le denomina principio de unidad de acto	Si, es fundamental si no se puede declarar nulo el negocio jurídico	No, debe de hacerse en un solo acto	Código de Notariado	Art. 29 numeral 12, 31 numeral 1, 42 numeral 1 y 8, 43 del Código de Notariado
Panamá	Unidad de acto formal	Principio de unidad de acto formal puede ser: esencial, natural o accidental	Según el principio de unidad de acto formal esencial, si es necesario que las partes estén presentes. En el principio de unidad de acto formal natural o accidental, no es necesario	En el principio de unidad de acto formal esencial, no. Según el principio de unidad de acto formal natural o accidental, si	Código Civil	Art. 719, 726, 727, 731, 739 numeral 2, 1109, 1112, 1113, 1129 del Código Civil





Del cuadro comparativo anterior llego a la conclusión, que el principio de unidad de acto analizado entre Guatemala y Panamá en la Legislación de Guatemala en donde se encuentra regulado el principio de unidad de acto se le denomina Código de Notariado, siendo los Artículos que establecen el fundamento legal del Principio de unidad de acto Artículo 29 numeral 12, 31 numeral 1, 42 numeral 1 y 8, y Artículo 43 del Código de Notariado.

Artículo 29 numeral 12 del Código de Notariado de Guatemala Decreto 314. “Los instrumentos públicos contendrán:12. Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedida de las palabras “Ante mí”. Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto, otro que especificará el notario firmando por él un testigo, y si fuere varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio notario fuere el otorgante pondrá antes de firmar la expresión: “Por mí y ante mí”.

Artículo 31 numeral 1 del Código de Notariado de Guatemala Decreto 314. “Son formalidades esenciales de los instrumentos públicos:

1. El lugar y fecha del otorgamiento”.

Artículo 42 numeral 1 y numeral 8 del Código de Notariado de Guatemala Decreto 314. “La escritura pública de testamento a demás de las formalidades generales, contendrá las especiales siguientes:

1. La hora y sitio en que se otorga el testamento.



8. Que el testador, los testigos, los intérpretes, en su caso y el notario, firmen el testamento en el mismo acto”.

Artículo 43 del Código de Notariado de Guatemala Decreto 314. “Las escrituras de donación por causa de muerte contendrán las mismas formalidades que el testamento”.

Y en Panamá está regulado en el Código Civil, en los Artículos 719, 726, 727, 731, 739 numeral 2, 1109, 1112, 1113, 1129 del Código civil, lo que hace la legislación panameña distinta a la de Guatemala y al resto de las actuales legislaciones latinoamericanas y europeas seguidoras del sistema del notariado latino, que tienen la función pública notarial regulada por lo general en leyes específicas.

Así mismo dicho principio se le denomina en Guatemala como principio de unidad de acto, en Panamá se le denomina principio de unidad de acto formal, sin embargo en el ordenamiento jurídico panameño el principio de unidad de acto formal puede ser esencial, natural o accidental, mientras que en Guatemala en contraposición con panamá solo existe el principio de unidad de acto.

En relación al principio de unidad de acto en Guatemala coincide con el principio de unidad de acto formal esencial de Panamá ya que toda la solemnidad del instrumento debe de cumplirse en un solo acto en presencia de todos los que intervengan en él.



Sin embargo como anteriormente se menciona que el principio de unidad de acto formal en Panamá puede ser también natural o accidental.

Es natural cuando la naturaleza del negocio no exige la presencia y la actuación de las partes de forma conjunta para la manifestación de la voluntad, sino que dicha manifestación de la voluntad puede ser manifestada en momentos sucesivos o distintos, siempre que el notario esté presente y pueda dar fe del consentimiento expreso de las condiciones del negocio.

Y es accidental cuando las partes pactan la falta de unidad formal del acto según el tipo de contrato, las partes pueden acordar que la oferta como la aceptación se puedan producir en momentos distintos pero previamente pactados y establecidos, de lo que se pretende es que las partes acuerden que la comparecencia y la actuación conjunta para la manifestación y la aceptación se produzcan en distintos momentos, siempre y cuando estén sujetos a determinadas condiciones.

En contraposición con Guatemala no se aplica de esa manera el principio de unidad de acto, ya que todo debe de llevarse a cabo en un solo acto, pero como tema principal de esta investigación que se refiere al principio notarial de unidad de acto, en Guatemala algunos notarios en la práctica permiten en contravención de la ley, el principio de unidad de acto formal esencial, denominado así en la legislación panameña que en la presente investigación lo llamo **el sistema de firma diferida**, porque la misma realidad los obliga a ello (las partes no llegan al mismo tiempo, los representantes legales de las



personas jurídicas como presidentes de Bancos o funcionarios de gobierno, por sus ocupaciones, firman los documentos notariales cuando pueden, el giro ordinario de los negocios lo demandan), generando la necesidad de regular la permisibilidad de la firma diferida como excepción al principio de unidad de acto, para que dicho principio ya no sea violentado.

Considero que es muy importante que en Guatemala se pueda lograr la permisibilidad de **la firma diferida** como una excepción al principio de unidad de acto en forma expresa, siendo las voluntades afines, que pueda desarrollarse en dos actos simultáneos y en diversidad de circunstancias, es decir que en forma separada pueden firmar, por ejemplo, un contrato de compraventa, primero los vendedores y luego los compradores o viceversa, pero ambos siempre en presencia del notario, aunque se lleve en actos separados. Fijando un tiempo prudencial para que dichos actos se perfeccionen.

El principio de la unidad de acto, en el actual desarrollo de la función notarial ya ha sido superado, ante la imposibilidad de su aplicación práctica, porque en la práctica se aplica el principio de unidad de acto de forma sucesivo, **es decir la firma diferida** como una excepción al principio de unidad de acto por lo que su cumplimiento no debiera ser interpretado de una manera estricta y rigurosa.

De lo que se trata, entonces, es que en el derecho notarial guatemalteco prevalezca el principio de la unidad del acto, que es la comparecencia y actuación conjunta de las



partes ante el notario para la manifestación de la voluntad, cuando la ley o la naturaleza del negocio así lo exijan.

Pero cuando la ley o la naturaleza del negocio no lo exija, se entiende que se aplicaría **el sistema de la firma diferida** como una excepción al principio de unidad de acto, y entonces con esta excepción la unidad del acto puede cumplirse en momentos sucesivos o distintos, siempre que el notario esté presente y pueda dar fe del consentimiento expreso y sobre las condiciones y la determinación del objeto del negocio.



CONCLUSIONES

1. La no implementación del sistema de firma diferida como excepción al principio de unidad de acto, en algunos actos o contratos notariales, representa una desventaja para el notario así como para las partes.
2. La falta de una normativa legal que haga referencia a la forma en la que los contratos se desarrollan en la realidad, conlleva que de igual forma se lleven a cabo sin observar el principio de unidad del acto; ya que el derecho notarial en la actualidad va aplicando otras formas de desarrollo a través de los cuales se deja de cumplir con los preceptos que de una u otra forma dejan de ser adecuados a la realidad.
3. EL derecho notarial al igual que varias ramas del derecho, han venido desarrollándose en cuanto a la forma en la que han adoptado sus principios, es por ello que existen prácticas notariales que no están reguladas en dicha rama ya que en Guatemala no existe regulación legal sobre el sistema de firma diferida como excepción al principio de unidad de acto, a pesar de que se lleva a cabo en la práctica.

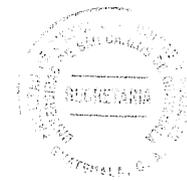




RECOMENDACIONES

1. Los diputados al Congreso de la República de Guatemala propongan la iniciativa de ley para la creación de un reglamento en donde estén contenidos los principios generales del derecho notarial incluyendo la excepción al principio de unidad de acto y su aplicación a los diferentes actos y contratos dependiendo de la naturaleza del contrato donde el notario facciona documentos notariales en la práctica profesional.
2. La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales a través de los catedráticos y el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, fomenten tanto a profesionales como a estudiantes el nuevo desarrollo de los actos y contratos notariales para que no se dejen de cumplir con dichos preceptos, al momento que el reglamento en donde están contenidos los principios generales del derecho notarial incluyendo la excepción al principio de unidad de acto entre en vigencia.
3. Que el Congreso de la República de Guatemala, implemente en ley la firma diferida como excepción al principio de unidad de acto, por el constante desarrollo del derecho, con el fin de que no se contravengan disposiciones legales pero que se siga con la práctica innominada.





BIBLIOGRAFÍA

ABELLA, Adriana. **Derecho notarial, derecho documental-responsabilidad notarial.** Buenos Aires Argentina: Ed. Zavilla, 2005.

ARGENTINO, Neri. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial.** (s.l.i): Ed. De Palma, 1975.

BARRIOS GONZÁLEZ, Boris. **Derecho notarial panameño.** Panamá: (s.e.), 2011.

BORDEAU, Francois. **La firma en el derecho.** Argentina: Ed. Ius Argentina, 2002.

CASADO FERNÁNDEZ. **Del notario latino.** México: Ed. Mexicana, 2004.

CASASOLA RECINOS, Juan Fernando. **Tesis el principio notarial de unidad de acto en el contrato de mutuo bancario.** Guatemala: (s.e.), 2006.

CASTÁN TOBEÑAS. **Derecho notarial comparado.** Argentina: Ed. Ius. Argentina, 2002.

CUBA OVALLE, Luis Alfredo. **Tratado elemental derecho notarial.** Perú: Ed. Adrus Arequipa, 2004.

GIMÉNEZ ARNAU. **Derecho notarial.** Madrid: Ed. De derecho reunidas sa, 1990.

GONZÁLEZ, Carlos Emérito. **Derecho notarial.** (s.l.i.): Ed. La ley, 1971.

<http://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/08/derechonotarialpanamec3b1o-boris-barrios-gonzalez.pdf> (Guatemala, 15 de noviembre de 2013)

<http://www.ecured.w/index.php/documentología> (Guatemala, 15 de noviembre de 2013)



MENGUAL Y MENGUAL. Elementos del derecho notarial. España: Ed. Elvest, 1998.

MUÑOZ, Nery Roberto. Introducción al estudio del derecho notarial. Guatemala: Ed. Infoconsult, 2004.

MUÑOZ, Nery Roberto. El instrumento público y el documento notarial. Guatemala: Ed. Infoconsult, 2006.

NUÑEZ LAGOS. El derecho notarial en el doctorado de la facultad de derecho de Madrid. Madrid: (s.e.), 1961.

PÁEZ, Neri. Derecho notarial argentino. Argentina: Ed. Arges, 2001.

PALOMINO, Gonzalo. La función notarial. México: Ed. Sepan Cuantos, 2001.

SÁENZ J, Luís Felipe. Procedimiento notarial. Guatemala: Ed.: Fexux, 2004.

SALAS, Oscar. Derecho notarial de Centroamérica y panamá. Costa Rica: Ed. Costa Rica, 1973.

SIERZ, Susana Violeta. Derecho notarial concordado. Chile: Ed. Ius Suramericano, 2002.

TAMBINI ÁVILA, Mónica. Manual de derecho notarial. Lima Perú: Ed. Nomos & Thesis, 2006.

Legislación:

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

Código de Notariado. Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, 1947.