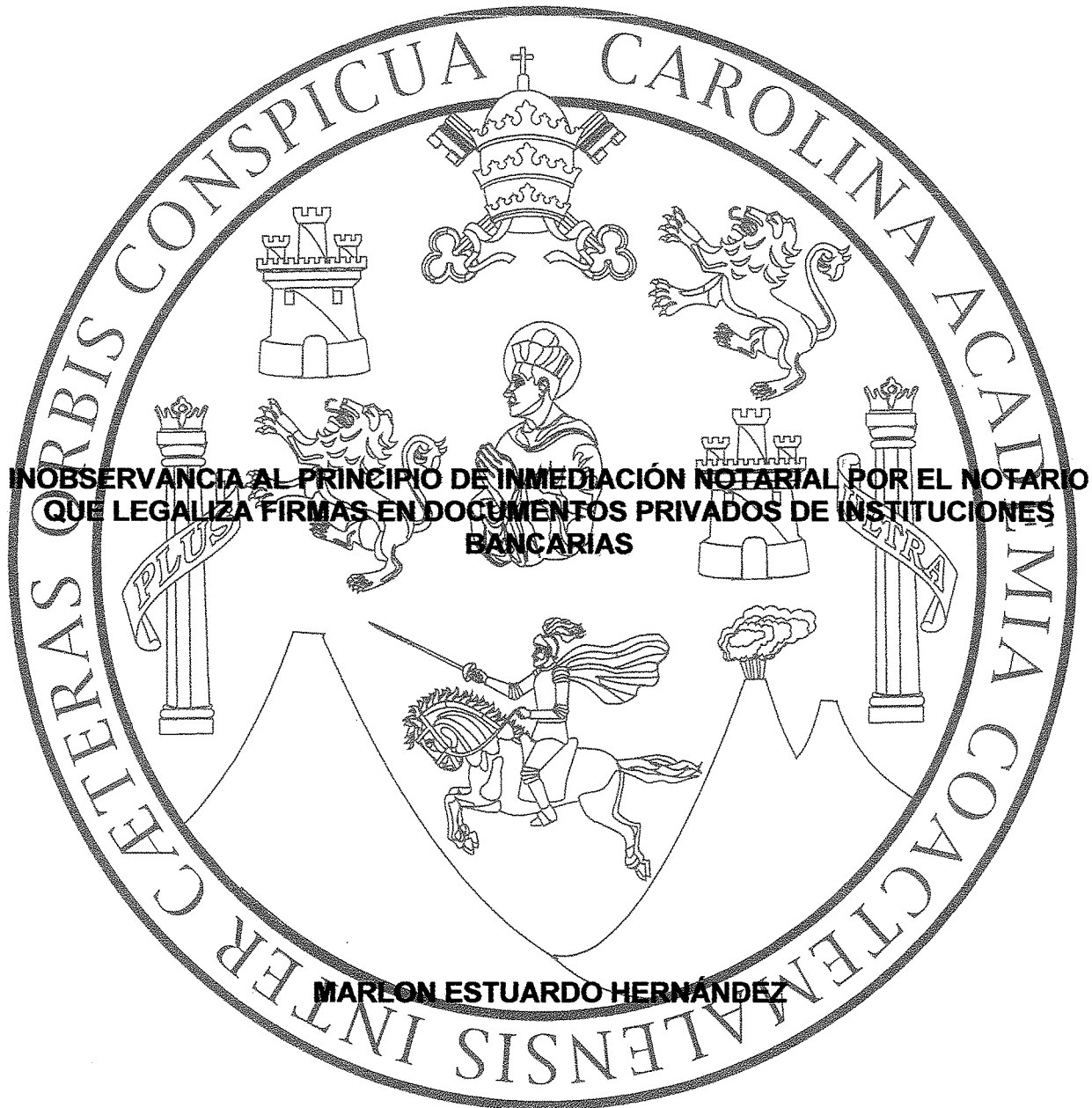


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



GUATEMALA, FEBRERO DE 2021

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

**INOBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN NOTARIAL POR EL NOTARIO
QUE LEGALIZA FIRMAS EN DOCUMENTOS PRIVADOS DE INSTITUCIONES**



Guatemala, febrero de 2021

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

DECANO:	Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez Vocal I en sustitución del Decano
VOCAL II:	Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V:	Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIA:	Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. José Luis Martínez Zúñiga
Vocal:	Licda. Norma Santos
Secretario:	Lic. Carlos Ernesto Garrido Colon

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Mauricio García Rivera
Vocal:	Licda. María Yesenia Rodríguez Rivera
Secretario:	Lic. Edwin Orlando Xitumul Hernández

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 del Examen General Público).



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 07 de marzo de 2019.

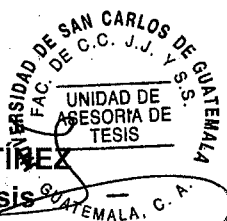
Atentamente pase al (a) Profesional, MARBIN FRANCISCO ENRIQUEZ GARCIA
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
MARLON ESTUARDO HERNÁNDEZ, con carné 201112680,
 titulado INOBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN NOTARIAL POR EL NOTARIO QUE LEGALIZA FIRMAS EN DOCUMENTOS PRIVADOS DE INSTITUCIONES BANCARIAS.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

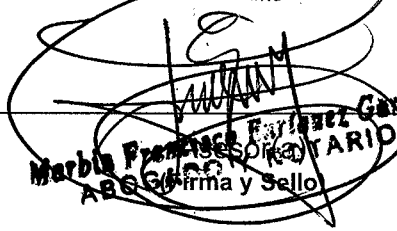
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 02 / 04 / 2019. f)


Marbin Francisco Enriquez Garcia
 ABOGADO NOTARIO
 Firma y Sello





LIC. MARBIN FRANCISCO ENRÍQUEZ GARCÍA
ABOGADO Y NOTARIO
5ª. AVENIDA 0-17 ZONA 1 BARRIO LAS CANCHAS, JALPATAGUA, JUTIAPA
TELÉFONO: 5205-2799

Guatemala 4 de junio de 2019

Licenciado
Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Distinguido Licenciado Fredy Orellana:

En cumplimiento a la resolución emitida por esta unidad de asesoría de tesis de fecha 07 de marzo de 2019. Se me nombró asesor de tesis del bachiller **MARLON ESTUARDO HERNÁNDEZ**, quien desarrolló el tema intitulado **"INOBSEVANCIA AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN NOTARIAL POR EL NOTARIO QUE LEGALIZA FIRMAS EN DOCUMENTOS PRIVADOS DE INSTITUCIONES BANCARIAS"**. Me es grato hacer de su conocimiento.

- a) La tesis abarca un amplio contenido técnico y científico relacionado con la inobservancia al principio de intermediación notarial por el notario que legaliza firmas en documentos privados de instituciones bancarias, con un gran aporte en favor de la seguridad jurídica.
- b) Los métodos utilizados fueron los siguientes: analítico, con el cual se estableció la inobservancia de intermediación notarial por el notario que legaliza firmas en documentos privados de instituciones bancarias, dando a conocer las responsabilidades en las que el notario puede incurrir; y el deductivo, que señaló lo esencial del estudio y análisis de su regulación legal.
- c) Para desarrollar la tesis fueron utilizadas las técnicas de fichas bibliográficas y la documental, con las cuales se logró obtener la información doctrinaria y legal actualizada.
- d) La redacción utilizada es la adecuada y el tema es abordado de una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina.



LIC. MARBIN FRANCISCO ENRÍQUEZ GARCÍA
ABOGADO Y NOTARIO
5ª. AVENIDA 0-17 ZONA 1 BARRIO LAS CANCHAS, JALPATAGUA, JUTIAPA
TELÉFONO: 5205-2799

- e) La tesis contribuye científicamente a la sociedad guatemalteca y señala que la inobservancia de la intermediación notarial atenta contra la seguridad jurídica y la unidad del acto, siendo un aporte de gran utilidad para robustecer la fe pública y la seguridad jurídica.
- f) La conclusión discursiva se relaciona entre sí y con los capítulos de la tesis. Al trabajo de tesis se le hicieron algunas enmiendas las cuales fueron atendidas por el sustentante. El bachiller aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios.
- g) Los objetivos establecieron lo esencial y definieron la inobservancia del principio de intermediación notarial, la importancia de la función autenticadora y legitimadora; así como las responsabilidades en las que el notario puede incurrir.
- h) En lo referente a la bibliografía consultada, se observó que se consultaron los libros y documentos adecuados para el desarrollo de la tesis, por lo que puede continuar con el trámite correspondiente.

Como **ASESOR** declaro que no soy pariente del estudiante dentro de los grados de ley y emito **DICTAMEN FAVORABLE** pues considero que, de conformidad con lo establecido en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público, cumple con todos los requisitos establecidos, para sustentar el examen público de tesis, por lo que con el debido respeto a su alta investidura, me suscribo de usted.

Atentamente.

Lic. Marbin Francisco Enríquez García
Abogado y Notario
Colegiado 4144

Marbin Francisco Enríquez García
ABOGADO Y NOTARIO



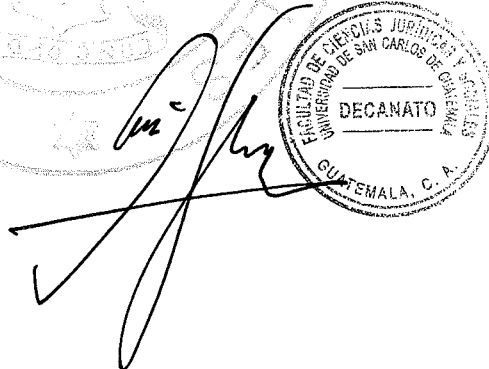
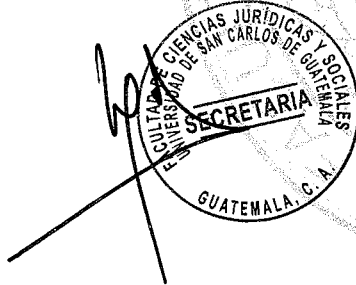
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de octubre de 2020.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MARLON ESTUARDO HERNÁNDEZ, titulado INOBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN NOTARIAL POR EL NOTARIO QUE LEGALIZA FIRMAS EN DOCUMENTOS PRIVADOS DE INSTITUCIONES BANCARIAS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

AJLR/JP.





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

Decanato de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, veintiséis de octubre de dos mil veinte.

Se tiene a la vista la resolución de fecha seis de marzo de dos mil veinte, emitida dentro del trabajo de tesis "INOBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN NOTARIAL POR EL NOTARIO QUE LEGALIZA FIRMAS EN DOCUMENTOS PRIVADOS DE INSTITUCIONES BANCARIAS.", del estudiante Marlon Estuardo Hernández, carné número 201112680.

Dado que la resolución relacionada carece de la totalidad de las firmas correspondientes y por lo tanto no puede surtir efectos, emítase la resolución que procede según la reglamentación universitaria aplicable.

Artículos 82 y 83 de la Constitución Política de la República, artículos 22 y 24 literales a), d), g) y j) del Estatuto de la Universidad de San Carlos de Guatemala (nacional y autónoma), artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



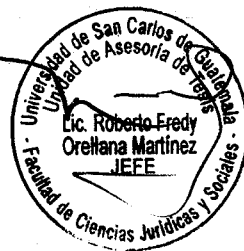
Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
Vocal I en sustitución del Decano

cc. Archivo





USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

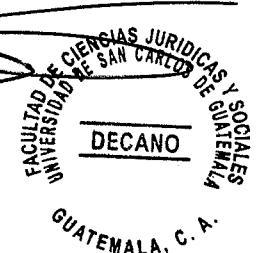


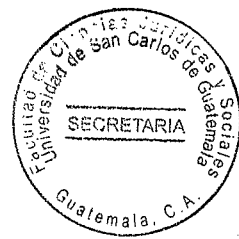
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 06 de marzo de 2020.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MARLON ESTUARDO HERNÁNDEZ, titulado INOBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN NOTARIAL POR EL NOTARIO QUE LEGALIZA FIRMAS EN DOCUMENTOS PRIVADOS DE INSTITUCIONES BANCARIAS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/JP.

[Handwritten signatures]





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por la oportunidad de estar reunidos en este solemne recinto, pero sobre todo por brindar un soplo más de vida cada día al amanecer.
- A MI ABUELA:** María Elsa Hernández Barrientos, que en paz descanse (19 de noviembre 2018), esta dedicatoria no la puedo explicar con todas las palabras, pero sin duda es la más importante, derivado que a mi abuela la considero como mi verdadera madre; quien contribuyó directa e indirectamente a concluir mi formación académica. María Elsa Hernández Barrientos, tal como lo indica la lápida de su tumba; todo lo bueno que hizo en vida le haga eco en la eternidad. (Rossell Crowe, Película Gladiador, Año 2000).
- A MI MADRE:** Elly Mabel Hernández, por regalarme la vida, por todas sus enseñanzas, por moldear mi carácter y prepararme para la vida de forma objetiva; pero sobre todo por el enorme esfuerzo y sacrificio para que mi persona tuviese acceso a la educación.
- A MI FAMILIA:** Por todo su apoyo en todos los momentos, de manera especial a mi única tía Nora Hernández a quien considero quiero como mi tercera madre.
- A MIS AMIGOS:** En general mil gracias por su amistad y confianza brindada.
- A:** La Tricentenaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, formadora de grandes profesionales y por el orgullo de pertenecer al grupo de profesionales egresados de esta casa de estudio.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, mi inolvidable recinto de conocimiento donde conocí a

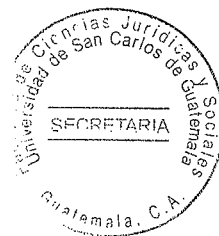


grandes docentes, amigos y compañeros; a la cual representaré con orgullo, honor y dignidad.

AL:

Pueblo de Guatemala, quien con el pago de sus impuestos hace posible el acceso a la educación superior.

PRESENTACIÓN



Para llevar a cabo la investigación de tipo cualitativa se analizó la función notarial, el otorgamiento de documento privado en las instituciones bancarias e incumplimiento de las formalidades notariales, a través de la recopilación de información doctrinaria y legal del área del derecho notarial; siendo los sujetos de estudio las instituciones bancarias en el municipio de Guatemala del departamento de Guatemala durante el periodo del año 2017 al 2018.

El objeto consistió en cumplir con el principio de intermediación notarial en el acta de legalización de firma de documentos privados de instituciones bancarias; siendo un aporte académico para estudiantes y profesionales como un material de apoyo, donde todo notario en cualquier actuación en la que intervenga está obligado a cumplir con el principio de intermediación notarial.

En la actualidad el sistema bancario de forma indirecta obliga al notario a incumplir con la intermediación notarial, incurriendo este, en responsabilidades penales, civiles, administrativas, gremiales y los delitos de falsedad material e ideológica. Es necesario por parte del notario observar los principios rectores del derecho notarial; observando cuidadosamente el cumplimiento a la intermediación notarial ya que no puede ser delegada por el notario.

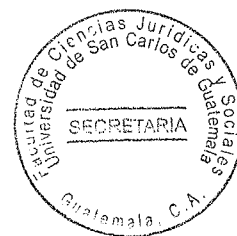
HIPÓTESIS



La hipótesis surgió en relación al procedimiento en que una institución bancaria realiza sus operaciones activas, entre ellas el otorgamiento de préstamos en documento privado con firma legalizada, la cantidad de sucursales que posee en forma descentralizada, la ubicación física y geográfica que se le otorga al notario dentro de la institución bancaria.

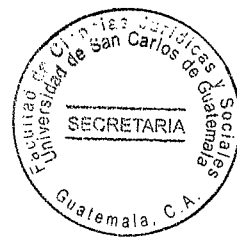
Como hipótesis específica se trató de determinar los motivos por los cuales el notario no cumple con el principio de intermediación notarial, incurriendo en responsabilidades penales como: falsedad, atentando contra la seguridad jurídica, así mismo transgrede las características de la fe pública notarial, ya que esta es: única, personal, indivisible, imparcial e indelegable. Por lo que es necesario que la institución bancaria en su sede central donde se encuentra físicamente el notario reciba el consentimiento por parte del deudor en su presencia.

COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS



La hipótesis se comprobó utilizando el método analítico con el objeto de analizar los motivos por los que el notario no observa el principio de intermediación notarial en la legalización de firma en documentos privados de instituciones bancarias, siendo una obligación de exigencia de ley.

La hipótesis fue validada derivado que se logró determinar que el notario cuando legaliza firmas en documentos privados de instituciones bancarias estas deben ser puestas o reconocidas en su presencia, cumpliendo así con el principio de intermediación notarial, garantizando la seguridad jurídica, la unidad del acto y sobre todo el principio de legalidad.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Derecho notarial.....	1
1.1. Antecedentes del derecho notarial.....	3
1.2. Ubicación del derecho notarial en el ordenamiento jurídico guatemalteco.....	5
1.3. Principios.....	6
1.4. Relación del derecho notarial con otras áreas del derecho.....	11
1.5. Notario.....	12
1.6. Fe pública.....	19

CAPÍTULO II

2. El documento.....	23
2.1. El instrumento público.....	24
2.2. Responsabilidad del notario.....	31
2.3. El protocolo.....	40

CAPÍTULO III

3. Principio de intermediación notarial.....	45
3.1. Definición de intermediación notarial.....	49
3.2. Fines de la intermediación notarial.....	50

3.3. Elementos que intervienen en la intermediación notarial.....	52
3.4. Importancia de la intermediación notarial.....	56

CAPÍTULO IV

4. Inobservancia al principio de intermediación notarial por el notario que legaliza firmas en documentos privados de instituciones bancarias.....	59
4.1. Inobservancia.....	59
4.2. Antecedentes de institución bancaria.....	61
4.3. Institución bancaria.....	62
4.4. Contrato.....	66
4.5. Mutuo bancario.....	67
4.6. El pagaré.....	67
4.7. Documento privado en una institución bancaria.....	68
4.8. Acta de legalización de firma.....	70
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	73
ANEXO.....	75
BIBLIOGRAFÍA.....	83



INTRODUCCIÓN

La investigación sustenta su justificación en relación a que las instituciones bancarias cuando otorgan préstamos con garantía fiduciaria o sin garantía, perfeccionan el mutuo bancario en documento privado con firma legalizada, el deudor acepta las condiciones, no en presencia del notario, sino a través del gerente de agencia, asesor de crédito u otra persona designada para tal efecto, posteriormente este documento es remitido a la oficina central de la institución bancaria, donde el notario hace uso de su fe pública autenticando con su firma y sello el acta de legalización de firma.

La especificación del problema radica en la inmediatez; un principio rector del derecho notarial, por el cual el notario debe tener relación directa con el signatario; recibiendo, asesorando, previniendo, legitimando, modelando y autenticando personalmente no a través de tercera persona, para no violentar el principio de inmediatez notarial, ya que el notario es el único que puede dar fe de autenticidad de la firma.

Se estableció como objetivo general la inobservancia al principio de inmediatez notarial por el notario que legaliza firmas en documentos privados de instituciones bancarias; ya que se determinó el motivo por el cual el notario no cumple con la inmediatez notarial en el acta de legalización de firma en mutuo bancario otorgado en documento privado por instituciones bancaria; se comprobó la importancia de la función autenticadora y legitimadora por parte del notario para el estricto cumplimiento con el principio de inmediatez notarial distinguiendo la problemática que afecta el que hacer notarial en la legalización de firmas que realiza el notario en el mutuo bancario otorgado por instituciones bancarias el cual se redacta en documento privado.

Fue necesaria la utilización de los métodos analítico, sintético, deductivo e inductivo y técnicas bibliográficas y documentales. La investigación está sustentada en cuatro capítulos con aportes legales, doctrinarios y analíticos. En el primero, se expone sobre el derecho notarial con sus antecedentes, su ubicación en el ordenamiento jurídico guatemalteco, principios, relación con otras aéreas del derecho, notario y fe pública; en

el segundo, se realiza un aporte jurídico doctrinario sobre el documento, el instrumento público, responsabilidad del notario y el protocolo; el tercero, comprende el principio de intermediación notarial, definición de intermediación notarial, fines de la intermediación notarial, elementos que intervienen en la intermediación notarial e importancia de la intermediación notarial; en el cuarto se aborda la inobservancia al principio de intermediación notarial por el notario que legaliza firmas en documentos privados de instituciones bancarias, inobservancia, antecedentes de una institución bancaria, institución bancaria, contrato, mutuo bancario, el pagaré, documento privado en una institución bancaria y acta de legalización de firma.

De todos los principios rectores del derecho notarial el de intermediación notarial si se observa es el que le otorga la seguridad y valor jurídico al documento autorizado por notario relacionándose con el principio de unidad del acto y el de fe pública; la intermediación notarial como principio es parte de las actividades que desarrolla el notario dentro de toda su función notarial. Es importante tener en cuenta que un acta de legalización de firma no se debe tomar como una simple acta, si bien es cierto al redactarla el notario no da fe del contenido del documento que contiene la firma, sin embargo, si está dando de fe la firma; y la persona que no firma en su presencia puede ejercitar la acción penal por cometer los delitos de falsedad material e ideológica.



CAPÍTULO I



1. Derecho notarial

“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

Analizando la anterior definición puedo definir al derecho notarial como el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan a los notarios, el protocolo, los instrumentos públicos, las formalidades especiales para testamentos y otros escrituras, testigos, legalizaciones, actas notariales, protocolaciones, testimonios, prohibiciones, archivo general de protocolos, inspección de protocolos, sanciones y rehabilitaciones y arancel para los notarios. Definición conformada por los títulos que contiene el Código de Notariado, encajando con la organización del notariado, la función notarial y teoría formal de instrumento público.

Entre los elementos del derecho notarial podemos encontrar:

- a) Organización legal del notario: Este elemento comprende los requisitos legales para ejercer el notariado, impedimentos e incompatibilidades tanto normas sustantivas como carácter administrativo.

¹ Salas, Oscar A. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá.** Pág. 15



- b) Función notarial: Comprende todas la actividad que realiza el notario para lo **cuales** competente, cumpliendo con los principios notariales y a voluntad de las partes.
- c) Teoría formal del instrumento público: Lo conforma la técnica que el notario utiliza para elaborar todo instrumento público, cumpliendo el con los requisitos formales y de fondo.

El objeto del derecho notarial es la creación del instrumento público, en términos generales la función del notario la cual realiza cuando actúa a requerimiento de parte o por disposición de ley. El derecho notarial contiene toda la actividad que realiza el notario y las partes en la creación del instrumento público vinculado con el principio de inmediación notarial ya que las partes requieren su intervención.

Entre las características más relevantes del derecho notarial podemos mencionar:

- a) Actúa en la fase normal del derecho, es decir se ejercen los derechos subjetivos, donde las partes están de acuerdo, no existiendo *litis*.
- b) Confiere certeza y seguridad jurídica a los negocios jurídicos, todo instrumento público se tiene por cierto investida por la fe pública delegada al notario.
- c) El derecho objetivo se aplica condicionado a la declaración de voluntad, debe existir consentimiento de las partes que no adolezca de vicios.
- d) El derecho notarial no puede encasillarse entre el derecho público y el derecho privado, el notario es un profesional del derecho encargado de una función pública, pero ejerce su función en ámbito de los derechos subjetivos particulares.



Como toda área del derecho debe tener una fuente, el derecho notarial se sustenta en el Artículo 1 de la Ley del Organismo Judicial el cual establece: “La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia la complementará. La costumbre regirá solo en defecto de ley aplicable o por delegación de ley, siempre que no sea contraria a la moral o al ordenamiento público y que resulte probada.”

1.1. Antecedentes del derecho notarial

Ciertamente no existe un consenso acerca de cuál es el origen exacto del derecho. Algo a destacar y que se daba en la edad antigua en las sociedades más primitivas, por este orden; hordas, clanes y tribus, era el carácter oral de las normas, algo lógico si tenemos en cuenta que eran colectivos ágrafos. El Código de *Hammurabi* elaborado por el sexto rey babilónico *Hammurabi* (1728-1686 a. C.), como el primer gran texto jurídico de la historia. Las Tablas de la Ley (Ley Mosaica), las cuales fueron reveladas por Yahvéh a Moisés (siglo XIII a. C.), en el monte Sinaí, consistentes en un conjunto de principios éticos y de adoración, que juegan un papel importante en el Judaísmo y el Cristianismo, incluyendo instrucciones precisas de como adorar a Dios.

La Ley de las XII Tablas Esta fue la primera ley escrita en Roma. Fue exigida por los plebeyos para contrarrestar los abusos y el monopolio de los patricios en la interpretación y aplicación del derecho no escrito o consuetudinario. Del derecho romano viene la denominación derecho civil (*ius civile*). Generalmente se acepta la acepción fundamental de *ius civile* con Justiniano que lo caracterizó como el derecho de



la ciudad, de los ciudadanos romanos, contraponiéndolo al *ius gentium* (el derecho común a todos los pueblos, en relación a Roma).

En la edad media, la expresión *ius civile* ya no significa el derecho de una ciudad, de un pueblo; significa, nada más y estrictamente, derecho romano; el derecho romano, cuya influencia es notoria en toda esa época, al extremo de ser el derecho común de cada pueblo, hasta que las singularidades nacionales se imponen y propician la creación, aunque sea lentamente, de los derechos propios.

En la Edad Moderna, ya avanzada ésta, el derecho civil deja de comprender lo público y lo privado (las normas de derecho público y las de derecho privado) en sentido unitario, separándose paulatinamente. Todas las áreas del derecho son evolutivas, el derecho notarial no es la excepción, “Posiblemente los primeros vestigios de historia escrita, los encontramos en el Popol Vuh, también conocido con los nombres de Manuscrito de Chichicastenango, Biblia Quiche y el Libro Sagrado, demostración de que tenemos un patrimonio cultural valiosísimo.”²

En principio, el origen del término notario, siendo éste, el término *notarii*. Se dice que los *notarii* eran las personas que utilizaban las notas tironianas. Las notas tironianas eran caracteres abreviados, los cuales constituían una especie de escritura taquigráfica que se usaba en la antigua Roma y durante la Edad Media. Marco Tulio Tirón (secretario de Marco Tulio Cicerón), recopiló todos estos signos y de allí proviene su nombre. Más adelante, quienes usaban estas notas, fueron llamados notarios. Dichas

² Dr. Muñoz, Nery Roberto. Introducción al estudio del derecho notarial. Pág. 17

notas fueron evolucionando con el paso del tiempo y pueden ser considerados como los precursores de la taquigrafía moderna.

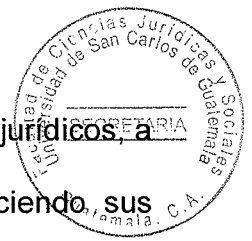


En la época colonial el primer vestigio lo podemos encontrar en la fundación de la ciudad de Santiago de Guatemala y la reunión del primer cabildo, actuando en esta acta el escribano Alonso de Reguera nombrado por el Teniente Gobernador y Capitán General de don Fernando Cortes, don Pedro de Alvarado. Después de la reforma Liberal durante el gobierno del presidente Justo Rufino Barrios se creó la Ley del Notariado, Código Civil, Procedimientos Civiles y Ley General de Instrucción Pública, los notarios registraban su firma y sello en la Secretaría de Gobernación. Después de la Revolución del 1944, se constituye el Colegio de Abogados de Guatemala integrándolo también los notarios, surgiendo la colegiación obligatoria con la Ley de Colegiación Oficial. Se emite el Código de Notariado Decreto 314 entrando en vigencia el 1 de enero de 1947.

Actualmente el ejercicio notarial se rige por el Código de Notariado Decreto 314, sufriendo ciertas reformas como: ejercicio del notariado, sanciones, inspección de protocolos, testimonios especiales, depósito del protocolo, legalización de copia de documentos, pago de apertura del protocolo, arancel de los notarios.

1.2. Ubicación del derecho notarial en el ordenamiento jurídico guatemalteco

Se relaciona mucho con una de las características del derecho notarial ya que no se puede encasillar entre el derecho público y el derecho privado, siendo el notario



investido por el Estado de fe pública para hacer constar y autorizar negocios jurídicos, a requerimiento de los particulares o por disposición de ley, siempre ejerciendo sus derechos privados. Puedo llegar a la conclusión que la naturaliza jurídica del derecho notarial es eclética, que sin derechos privados el notario no puede ejercer su función notarial y darle certeza a través de su fe pública. En Guatemala, sostiene el autor guatemalteco, Nery Roberto Muñoz, el derecho notarial: “Se considera que es más derecho público, respetando desde luego las opiniones que indican lo contrario.”³

1.3. Principios

Principio es todo inicio o punto de partida que debe cumplir y aplicar el notario en su función dentro de su actividad donde se desempeña. Principio en términos generales significa “Primer instante de la existencia de una cosa.”⁴ Citando a otro autor principio puede ser “Comienzo de un ser, de la vida, fundamento de algo. Máxima, aforismo.”⁵ Un principio puede ser entendido como un idea fundamental e informadora, es decir, dan sentido a las normas jurídicas interpretándolas e integrándolas jurídicamente.

a) Principio de fe pública: El Artículo 1 del Código de Notario al respecto regula: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de ley o a requerimiento de parte.” La fe pública es una investidura que posee el notario la cual le ha sido delegada y se presume que todo

³ *Ibíd.* Pág. 25

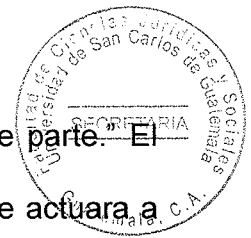
⁴ García Ramón, Pelayo y Gross. *Diccionario de la lengua española pequeño Larousse ilustrado.* Pág. 838

⁵ Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.* Pág. 609



instrumento público autorizado por notario se tiene por cierto, ya que la ley lo faculta para otorgar esa certeza jurídica.

- b) Principio de forma: El notario debe cumplir con ciertos requisitos para la elaboración del instrumento público, de lo contrario puede incurrir en errores de forma y fondo.
- c) Principio de autenticación: El Artículo 29 literal 12 del Código de Notariado regula: “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 firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio notario fuere el otorgante, pondrá antes de firmar la expresión. “Por mí y ante mí.” El principio de autenticación radica en que todo instrumento público autorizado por notario se presume autentico mediante las firmas de los comparecientes y la firma y sello del notario.
- d) Principio de inmediación: Entre el notario y las partes deben existir contacto, al momento de cumplir con el principio de autenticación, es decir el notario debe estar presente al momento que los otorgantes firman el instrumento público ya que el da fe de los hechos y actos que le consten y presencia.
- e) Principio de rogación: El Artículo 1 Código de Notariado en referencia al principio de rogación establece: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y



contratos en que intervenga por disposición de ley o a requerimiento de parte. El notario por ninguna circunstancia o razón puede actuar de oficio, siempre actuara a requerimiento de parte o por disposición de ley, no puede actuar en actos o hechos para los cuales no fue requerido.

- f) Principio de consentimiento: El Código Civil en su Artículo 1257 establece: “Es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, dolo, de simulación o de violencia. La nulidad no puede demandarla la parte que hubiere causado el vicio.” Como todo principio es importante ya que cada uno tiene su razón de ser, en especial el principio de consentimiento ya que este debe estar libre de vicios y se manifiesta con la firma de los otorgantes en el instrumento público, a través de ella manifestando su consentimiento.

- g) Principio de unidad del acto: “Desde luego la unidad del acto es documental, ya que no podría exigirse en los contratos que es posible la aceptación expresa posterior, ya que la misma ley lo permite.”⁶ Todo instrumento público debe perfeccionarse sin interrupciones y en un solo acto, por tal motivo entre sus requisitos esenciales llevan una fecha determinada.

- h) Principio de protocolo: El Artículo 8 del Código de Notariado en referencia al protocolo establece: “Protocolo es la colección ordenada de escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con la ley.” Todo notario posee un registro notarial o

⁶ Dr. Muñoz, Nery Roberto. **Op. Cit.** Pág. 25



protocolo en cual se registra los instrumentos eminentemente protocolares con el objeto de perdurabilidad y seguridad para obtener copias de ellos.

- i) Principio de seguridad jurídica: Al respecto el Artículo 185 del Código Procesal Civil y Mercantil regula: “Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en el ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes a redargüirlos de nulidad o falsedad. Los demás documentos a que se refieren los Artículos 177 y 178, así como los documentos privados que estén debidamente firmados por las partes, se tienen por auténticos salvo prueba en contrario.”

Principio relacionado y parecido a la fe pública, ya que todo instrumento público autorizado por notario se tiene por cierto. La seguridad Jurídica radica en que todo instrumento autorizado por notario puede ser oponible ante terceros, es decir la fe pública le confiere seguridad apegada a derecho.

- j) Principio de publicidad: En relación al principio de publicidad el Código de Notariado en su Artículo 22 establece: “Las escrituras matrices podrán consultarse por cualquier persona que tenga interés, en presencia del notario, exceptuándose los testamentos y donaciones por causa de muerte, mientras vivan los otorgantes, pues solo a ellos corresponde ese derecho.” Así mismo realizando una integración de ley el Código de Notariado en el Artículo 75 regula: “Mientras viva el otorgante de un testamento o donación por causa de muerte, sólo a él podrá extenderse testimonio o copia del instrumento.” El notario puede extender testimonios o copias de los



instrumentos públicos que autoriza a cualquier persona, a excepción del testamento y donación por causa de muerte, salvo que fuese el otorgante.

- k) Principio de unidad de contexto: El Código de Notariado en su Artículo 110 en referencia a la unidad del contexto regula: “Toda disposición que se emita para crear, suprimir o modificar los derechos y las obligaciones de los notarios que contiene esta ley, deberá hacerse como reforma expresa a la misma a efecto de que se conserve la unidad del contexto. En este concepto queda prohibido la creación, supresión o modificación de aquellos derechos y obligaciones por medio de circulares administrativas o acuerdos gubernativos.”

El presente principio también conocido como de especialidad, lo que pretende es que cualquier reforma a los elementos del derecho notarial debe ser expresa en el Código de Notariado; no existiendo leyes dispersas en relación a los derechos y obligaciones de los notarios.

- l) Principio de función integral: El notario es autor del instrumento público cumpliendo con los requisitos esenciales y especiales, pero también debe cumplir con sus obligaciones posteriores de carácter administrativo relacionadas con el instrumento autorizado.
- m) Principio de imparcialidad: “Pretende asegurar la adecuada prestación del ejercicio profesional en forma limpia, inmaculada. Un notario comprometido con amarras y

compromisos, sesgará la redacción de documentos según su conveniencia o interés.”⁷



“La imparcialidad significa no dejar que el rango, la facilidad de palabra, las riquezas, el soborno o incluso la simpatía por la causa del pobre o los desfavorecidos influyan en nuestro juicio o acciones. La imparcialidad procura que todos sean tratados en armonía con lo que es equitativo y justo, de acuerdo con lo que cada uno merece y necesita”.⁸ En relación a las definiciones anteriores se puede concluir que con el principio de imparcialidad el notario no puede estar a favor de las partes únicamente le da forma jurídica a la voluntad de cada una de ellas.

1.4. Relación del derecho notarial con otras áreas del derecho

- a) Derecho civil: Área del derecho con la que más relaciona ya que el Código Civil en su mayor contenido posee negocios jurídicos divididos en actos y contratos, siendo la ley común aplicable y de complemento para otras leyes; sin el derecho civil, el derecho notarial no tendría razón de existir.

- b) Derecho mercantil: En el derecho mercantil hay libertad de forma en su mayoría de contratos, aunque existen contratos de carácter solemne como; la sociedad mercantil y el fideicomiso; así mismo posee actos como el protesto el cual necesita intervención de notario.

⁷ Mora Vargas, Hernán. **Manual de derecho notarial**. Pág. 52

⁸ <https://wol.jw.org/es/wol/d/r4/lp-s/1200002160>. (Consultado: 17 de marzo de 2018)



c) Derecho procesal civil: Por naturaleza derecho procesal civil es eminentemente litigioso a diferencia del derecho notarial, pero contiene disposiciones de jurisdicción voluntaria en la cual el notario posee competencia para actuar.

d) Derecho administrativo: El Estado como administrador público debe velar porque se cumpla con todas las obligaciones; el notario juega un papel muy importante ya que la mayoría de negocios jurídicos que autoriza deben pagar impuestos, por lo tanto, indirectamente apoya a la Superintendencia de Administración Tributaria. El notario es un recaudador de impuestos al momento de emitir el testimonio para parte interesada, en actas notariales y comprar sus hojas de papel de protocolo.

Es importante mencionar que el impuesto del timbre notarial no es parte del derecho administrativo, ya que es recaudado por el colegio de abogados para su sostenimiento como persona jurídica.

e) Derecho registral: Tanto el derecho notarial como el derecho registral persiguen la seguridad jurídica, muchos instrumentos que el notario autoriza son susceptibles de inscripción en los registros públicos, para ser operados otorgar el derecho y convertirse en derechos oponibles ante terceros.

1.5. Notario

“El notario es el profesional del derecho, encargado de una función pública, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando



los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fe de su contenido. En su función está contenida la autenticación de hechos.”⁹ La legislación nacional en su Artículo 1 Código de Notariado establece que: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de ley o a requerimiento de parte.” Se puede definir notario como aquella persona profesional en la ciencia del derecho encargada de una función pública delegada por el Estado haciendo constar actos, contratos y declaraciones de voluntad por mandamiento de ley, juez competente o solicitud de persona particular.

La función notarial es la actividad particular que realiza una persona o una cosa dentro de un sistema de elementos, personas, relaciones, etc., con un fin determinado. Analizando la anterior definición con términos muy generales, se puede concluir que la función notarial; es toda actividad que realiza el notario dentro de su competencia, autorizando y haciendo constar negocios jurídicos y dando fe de hechos o circunstancias que presencie.

Entre las teorías que explican la función notarial se pueden mencionar:

- a) Teoría funcionarista: Esta teoría sostiene que el notario es un funcionario público nombrado por el Estado quien da autenticidad a los negocios jurídicos en que interviene. “El notario actúa en nombre del Estado, que algunas leyes lo definen

⁹ Dr. Muñoz, Nery Roberto. *Op. Cit.* Pág. 92



como funcionario público investido de fe para a autentificar y legitimar los actos que requieren su intervención.”¹⁰

- b) Teoría profesionalista: El notario es un profesional que recibe, interpreta y da forma legal a la voluntad de las partes, puede ser tratado como un funcionario público siempre y cuando tenga la calidad de notario activo, es decir esta teoría sostiene que la función del notario es única de un profesional de derecho.
- c) Teoría eclética: De acuerdo a esta teoría, el notario ejerce una función pública *sui generis*, porque es independiente, no está enrolado en la administración pública, no devenga sueldo del estado; pero por la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza, tiene un respaldo del estado, por la fe pública que ostenta. En síntesis, el notario es un profesional del derecho encargado de una función pública.
- d) Teoría autonomista: El notario es un especialista en derecho para poder actuar dentro de su ámbito debe estar calificado, y esa calificación únicamente la obtiene a través de estudios de grado superior, por la tanto ejerce la profesión liberal e independiente, siendo autónomo en su actuar respondiendo personalmente.

La función notarial se puede encuadrar:

¹⁰ Salas, Oscar A. **Op. Cit.** Pág. 96



- a) En la actividad del estado: Es cuando encontramos al notario como: **asesor,** consultor, cónsul, escribano de gobierno desempeñando un cargo o empleo **público** nombrado por el Organismo Ejecutivo. Esta función notarial está fundamentada en el Artículo 5 del Código de Notariado el cual establece: "Pueden ejercer el notariado: Los cónsules o los agentes diplomáticos de la república, acreditados y residentes en el exterior, que sean notarios hábiles conforme a la ley; y los empleados que están instituidos precisamente para el ejercicio de funciones notariales, las que no podrán ejercer con carácter particular." Las funciones que puede desempeñar el notario dentro del ámbito estatal son limitadas, debido a la figura del Escribano de Gobierno adscrito al Ministerio de Gobernación del Organismo Ejecutivo, quien por mandato legal debe autorizar los contratos en los cuales tenga intervención el Estado como parte.
- b) En el ejercicio de la profesión liberal: Es el verdadero campo en el que el notario ejercita su función ya que desarrolla su actividad sirviendo a los particulares, siendo un profesional libre y autónomo, únicamente necesita ser colegiado activo.
- c) Mixto: El notario desempeña un empleo para el Estado de tiempo parcial y la otra parte del tiempo ejerce la profesión liberal. El notario puede realizar una función mixta ya que el Artículo 5 del Código de Notariado establece: "Pueden ejercer el notariado: Los miembros del personal directivo y docente de las Universidad de San Carlos y de los establecimientos de enseñanza del Estado; los abogados consultores, consejeros o asesores, los miembros o secretarios de las comisiones técnicas, consultivas o asesores de los organismos del Estado, así como los



directores o redactores de las publicaciones oficiales, cuando el cargo que sirvan no sea de tiempo completo.” El notario tiene la facultad en desempeñar un cargo público sin embargo ejerce la profesión liberal, esta situación surge como consecuencia cuando el profesional se desempeña prestando servicios de asesoría o de consultoría en alguna dependencia pública, pero solamente durante algunas horas del día.

Entre las actividades que desarrolla el notario en la función notarial se pueden mencionar:

- a) Función receptiva: La desarrolla el notario cuando al ser requerido por las partes, recibe en términos sencillos la información, está relacionada con el principio de rogación ya que el notario no puede actuar de oficio; únicamente a requerimiento de parte o por disposición de ley.
- b) Función directiva o asesora: La desarrolla el notario asesorando a sus clientes, en relación al negocio jurídico que pretenden celebrar, tomar en cuenta que debe no violar el principio de imparcialidad.
- c) Función legitimadora: El Código de Notariado en su Artículo 29 en relación a los requisitos especiales de los instrumentos públicos regula: “Los instrumentos públicos contendrán: La fe de conocimiento de las personas que intervengan en el instrumento, y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles; la identificación de los otorgantes cuando no los conociere el



notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el Notario o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente, razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro, describiéndolos e indicando lugar, fecha y funcionario o notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio, para el acto o contrato.”

El notario antes de actuar debe estar seguro y percatarse que las personas que le están requiriendo sus servicios son efectivamente los titulares del derecho, si poseen la capacidad y si la calidad con la que están actuando es conforme a la ley.

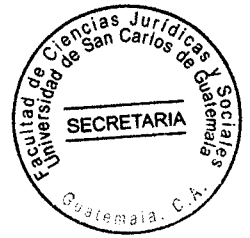
- d) Función modeladora: El notario le da forma legal a la voluntad de las partes plasmándolo ya sea en papel especial para protocolo o en documento privado, en esta función el notario cumple tanto con los requisitos formales de cada instrumento como los requisitos de fondo.
- e) Función preventiva: El notario tiene la obligación de dar lectura al instrumento, asimismo advertir a los otorgantes sobre los efectos legales del negocio jurídico, el cual debe ser presentado a los registros públicos a través de testimonio.
- f) Función autenticadora: El notario desarrolla esta función en relación al Artículo 29 del Código de Notariado el cual establece: “Las firmas de los otorgantes, y de las demás personas que intervengan y la del Notario, precedida de las palabras: “Ante

mí". Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y su defecto, otro que especificará el Notario, firmando por él un testigo más, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio Notario fuere el otorgante, pondrá antes de firmar la expresión: "Por mí y ante mí." Esta función se relación mucho con el principio del consentimiento, es realmente la verdadera expresión de voluntad de las partes, pero también el notario estampando su firma y sello precedido de las palabra ante mi o en su caso por mí y ante mí, ya que si los otorgantes no firman el instrumento público el notario tiene prohibido autorizar el instrumento.



Entre las finalidades de la función notarial se pueden mencionar:

- a) Seguridad: Todo documento autorizado por notario posee seguridad jurídica esa certeza que le da el Estado.
- b) Valor: Los instrumentos públicos son prueba preconstituida en juicio y fuera de él, lo que significa que poseen un valor jurídico que puede ser oponible ante terceros o ante la otra parte.
- c) Permanencia: La permanencia se relaciona con el principio de protocolo ya que todo negocio jurídico protocolar es eminentemente permanente, garantizando el notario su posterior reproducción.



1.6. Fe pública

“A la fe se le define como la creencia que se le da a las cosas por la autoridad de quien las dice, o por su fama. Etimológicamente, la palabra fe se deriva del término *fides*, jurídicamente del griego *petheio*, que significa yo persuado. Con relación a la palabra público, se entiende algo que es notorio, manifiesto, o aquello que lo conocen o saben todos. Etimológicamente, significa del pueblo.

Por tal motivo, puede entenderse por fe pública, como la creencia notoria o manifiesta. Jurídicamente, la fe pública supone la existencia de una verdad oficial cuya creencia se impone, en sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo, sino en virtud del imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir sobre su objetiva verdad. El concepto de fe pública no es la convicción o creencia del espíritu en lo que se percibe, sino la necesidad de carácter jurídico que nos obliga a estimar como auténticos o indiscutibles los hechos y actos sometidos a su amparo, creamos o no en ellos. Mientras que creencia es el crédito que se da a una cosa por la autoridad del que la dice o por la fama pública. Confianza o seguridad que en una persona o cosa se deposita.”¹¹

La fe pública se puede definir como aquella manifestación del estado público delegada en ciertos funcionarios, los que una vez en posesión de sus cargos, tienen la facultad de dotar de autenticidad y fuerza legal a los instrumentos que autorizan. La sociedad

¹¹ <http://dnotarial.blogspot.com/2008/05/fe-publica.html>. (Consultado: 17 de marzo de 2018)



tiene la necesidad de dotar con certeza los hechos y actos con relevancia jurídica que si bien no todos los ciudadanos pueden presenciar, deben ser creídos y aceptados como verdad oficial.

Entre las clases de fe pública se pueden mencionar:

- a) Fe pública registral: Esta clase de fe pública la poseen los registradores de los diferentes registros públicos, dando fe de las inscripciones, anotaciones, cancelaciones y modificaciones que realizan en los registros donde ejercen jurisdicción.
- b) Fe pública administrativa: La ostentan los funcionarios encargados de la administración pública del Estado dando autenticidad a través de los documentos que expiden.
- c) Fe pública judicial: En referencia a la fe pública judicial su fundamento se encuentra en Artículo 172 de la Ley del Organismo Judicial el cual establece: "Se comprende bajo la denominación de copia certificada o certificación la que se extienda a mano, a máquina o utilizando cualquier medio de reproducción mecánica, electrónica u otro similar, cuya autenticidad certifiquen los secretarios de los tribunales. En las copias certificadas o certificaciones se consignará el valor del papel empleado o de los timbres fiscales y de los honorarios que causen." Este tipo de fe pública es ostentada por los funcionarios de justicia, especialmente los secretarios de

juzgados, quienes dan fe de las resoluciones; autos y sentencias de los jueces o tribunales en los que actúan.

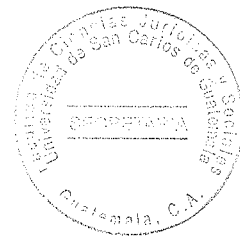


- d) Fe pública legislativa: Este tipo de fe la posee el Organismo Legislativo de forma conjunta, al momento de crear leyes y publicarlas para que entren en vigencia y formen parte de la normativa jurídica del Estado.

- e) Fe pública notarial: La fe pública se encuentra regulada en el Artículo 1 Código de Notariado: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de ley o a requerimiento de parte.” Es la que más interesa, por el tema a tratar; el notario es el único que la puede poseer ya que esta es: indivisible e indelegable; sin embargo, es: única, personal e imparcial.



CAPÍTULO II



2. El documento

“Del latín *documentum*, un documento es una carta, diploma o escrito que ilustra acerca de un hecho, situación o circunstancia. También se trata del escrito que presenta datos susceptibles de ser utilizados para comprobar algo. Por ejemplo: “Tengo un documento que prueba la malversación de fondos realizada por el gobernador”, “Esta carta no constituye un documento que avale su inocencia.”¹² En términos generales se puede definir documento como todo escrito con que se prueba, confirma o justifica alguna cosa.

Tipos de documentos que se pueden mencionar:

a) Documentos privados: “Instrumento, escritura, escrito con que se prueba, confirma o justifica alguna cosa o, al menos, que se aduce con tal propósito. En la acepción más amplia, cuanto consta por escrito gráficamente; así lo es tanto un testamento, un contrato firmado, un libro una carta, una fotografía o un plano; y sea cualquier la materia sobre la cual se extienda o figure, aunque indudablemente predomine el papel sobre todas las demás. Cualquier comprobante o cosa que sirva para ilustrar.”¹³ Son los elaborados y firmados por las partes a quienes puede obligar o no, sin intervención de notario. Un documento privado, es pues un documento en el

¹² <https://definicion.de/documento/>. (Consultado: 12 de abril de 2019)

¹³ Salas, Oscar A. *Op. Cit.* Pág. 736

que sólo han participado personas particulares, en las que en ninguna parte de proceso de elaboración ha intervenido un funcionario público.



Documentos privados sin firma legalizada este tipo de documentos son elaborados por las partes, o por una de las partes por lo regular se da más en documentos mercantiles los cuales no requieren legalización de firma.

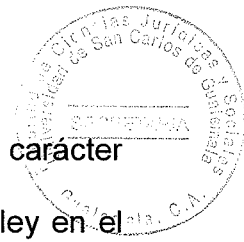
Documentos privados con firma legalizada no necesariamente pueden ser elaborados por las partes o por notario, la particularidad radica en que el notario intervine únicamente en la legalización de la firma, la cual puede ser puesta o reconocida de lo cual da fe.

b) Documentos públicos: Son elaborados y firmados por funcionario en el ejercicio de su cargo, o por un notario.

2.1. El instrumento público

“Instrumento público, es todo documento autorizado por notario a requerimiento de parte interesada, en la cual se hacen constar declaraciones que tienen validez entre los participantes y ante terceros, el cual por la intervención del notario se tienen como ciertos y sirven de prueba en juicio y fuera de él.”¹⁴

¹⁴ Dr. Muñoz, Nery Roberto. **Op. Cit.** Pág. 158



El instrumento público puede ser considerado como aquel documento de carácter público, autorizado por notario a requerimiento de parte o por disposición de ley en el que se hacen constar negocios jurídicos, protocolaciones y razones de legalización de firmas. Existen instrumentos públicos dentro del protocolo tales como:

- a) Escrituras públicas,
- b) Actas de protocolización, y;
- c) Razones de legalización de firma.

Así mismo fuera del protocolo el notario autoriza los siguientes instrumentos públicos:

- a) Actas notariales,
- b) Actas de legalización de copias de documentos, y;
- c) Actas de legalización de firmas.

El instrumento público posee dos fines específicos siendo uno de ellos, perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad, es decir que perduren en un protocolo o registro notarial del cual el notario es depositario. Porque el protocolo siempre es propiedad del Estado. Por otra parte, el instrumento público sirve de prueba en juicio y fuera de él, derivado que es un documento que posee fe pública notarial admitiendo prueba en contrario, se presume que es auténtico y cierto.

Al instrumento público la ley le otorga la categoría de: "Prueba preconstituida, ya preparada con anterioridad al pleito futuro. Prueba escrita que está en ese instrumento y que si alguna vez la necesitamos, la presentamos para hacer valer nuestros



derechos.”¹⁵ El Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil al respecto establece:

“Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad.” Así mismo el Artículo 327 de la normativa mencionada regula: “Procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos:

- a) Los testimonios de las escrituras públicas;
- b) Los testimonios de las actas de protocolación de protestos de documentos mercantiles y bancarios, o los propios documentos si no fuere legalmente necesario el protesto...”

Eficacia jurídica del instrumento público, en términos generales, eficacia es lo que se espera tras la realización del instrumento público. La eficacia del instrumento público se da cuando este no adolece de nulidad ni falsedad, por lo tanto, se puede dar el valor probatorio indicado por la ley.

Valor formal del instrumento público, se debe entender que el valor formal del instrumento público, se da cuando este no adolece de los requisitos formales que el notario debe seguir para su elaboración. En referencia al valor formal del instrumento público el Artículo 1257 del Código Civil establece: “Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.”

¹⁵ González, Carlos. **Derecho notarial**. Pág. 313



Valor probatorio del instrumento público, cuando hablamos de instrumento público por regla general se habla de negocios jurídicos, estos deben tener un valor probatorio en cuanto al negocio que contiene, prácticamente se debe cumplir con la ley sustantiva ya que ella regula los negocios jurídicos. Impugnación del instrumento público, impugnar el instrumento público consiste en atacarlo, explicando a las razones por las cuales no se cumplieron con los requisitos formales y de fondo para declarar su nulidad o falsedad en su caso.

Se entiende por nulidad la “Ineficacia en un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma; o como dicen otros autores, vicio de que adolece un acto jurídico si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido...”¹⁶ La nulidad dentro del instrumento público es toda aquella falta de certeza jurídica invalida perdiendo este su eficacia jurídica y valor probatorio, existen dos tipos de nulidad:

- a) Nulidad de fondo: Se produce cuando el documento es ineficaz por que el acto o contrato que contiene está afectado por un vicio que lo invalida y se rige por los actos del derecho civil o el Código de Comercio según el caso. Para poder subsanar un error de fondo en una escritura pública deben de comparecer ante el notario los mismos otorgantes del documento que contenga el error.

¹⁶Ossorio, Manuel. **Op. Cit.** Pág. 491



b) Nulidad de forma o instrumental: “La nulidad de forma o instrumental es la que más interesa al derecho notarial, porque afecta al documento considerado en sí mismo y no como continente de un acto o negocio jurídico, sin perjuicio desde luego que la nulidad instrumental afecte indirectamente la validez del acto o negocio que contiene.”¹⁷ Para poder explicar lo que el Dr. Nery Roberto Muñoz expone en términos generales quiere decir que la nulidad de forma afecta en si al documento como tal, ya que el notario no observo alguna formalidad o incurrió en error al cumplir con los requisitos de los Artículos 29 y 31 del Código de Notariado.

La nulidad de forma posee tres principios los cuales se deben observar:

- a) Principio de excepcionalidad: Todo instrumento público está dotado de fe pública, solamente se puede invocar la nulidad en casos expresamente indicados por la ley. El Artículo 1301 Código Civil establece: “Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto ni son revalidados por confirmación.” Así mismo el Artículo 1303 Código Civil al respecto regula: “El negocio jurídico es anulable: por la incapacidad relativa de las partes o de una de ellas y por vicios del consentimiento”.
- b) Principio de finalidad: La finalidad del instrumento público prevalece sobre la mera formalidad, es decir, si el instrumento público cumple con su finalidad no puede ser

¹⁷ Dr. Muñoz, Nery. **Op. Cit.** Pág. 175



invocada la nulidad de forma. El autor Nery Muñoz expone: “Un instrumento público defectuoso por incompetencia del notario o por falta de alguna formalidad exigida por el ordenamiento surte los mismos efectos de un documento privado, siempre que esté firmado por las partes.”¹⁸

- c) Principio de subsanabilidad: El Artículo 32 Código de Notariado regula: “La omisión de las formalidades esenciales en los instrumentos públicos, da acción a la parte interesada para demandar la nulidad, siempre que se ejercite dentro del término de cuatro años, contados desde la fecha de su otorgamiento.”

“Cualquier mutación, ocultación o desfiguración de la verdad y de la realidad, produce la nulidad de los actos jurídicos según las leyes civiles o sancionada como delito en los códigos penales.”¹⁹ En el ámbito del derecho, la falsedad está considerada como un delito que se caracteriza por la modificación o cambio de la verdad con consecuencias importantes.

Nace por consecuencia de la finalidad del instrumento público ya que debe prevalecer sobre el formalismo, se puede llevar a cabo por medio una escritura de ampliación, es decir se omitió un requisito esencial.

La falsedad es lo opuesto a la verdad, existen dos clases de falsedad:

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 176

¹⁹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Pág. 168

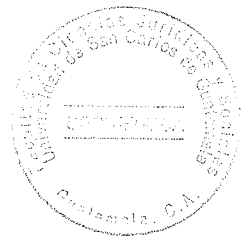


- a) Falsedad material: “Quien, hiciere en todo o en parte, un documento público falso, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio.” Artículo 321 Código Penal de Guatemala. De la anterior definición citada se puede concluir que la falsedad material se da cuando el documento carece de autenticidad.

La falsedad es material consiste en la alteración del contenido real del documento. Se comete falsedad material cuando se hace un documento público falso o se altere uno verdadero. La falsedad material recae en la escritura misma, y puede consistir en hacerla íntegramente, o en agregar o en reemplazar parte de ella. La falsedad material se refiere esencialmente a la autenticidad del documento, a la condición de emanado de su autor, o si se quiere, de quien aparece como tal.

- b) Falsedad ideológica: “Es ideológica cuando se hace constar en un documento un hecho no declarado por las partes. El documento expresa un acto o negocio que realmente se produjo, pero se ha consignado de manera inexacta alguna de sus circunstancias. La falsificación de tipo ideológico es privativa de los instrumentos públicos, dado que los documentos privados no requieren de la intervención de ningún funcionario público que los autorice.”²⁰ El Artículo 322 Código Penal de Guatemala establece: “Quien con motivo de otorgamiento, autorización o formalización de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.” En la falsedad ideológica el documento si es auténtico, pero contiene hechos falsos.

²⁰ Salas. Oscar A. **Op. Cit.** Pág. 244



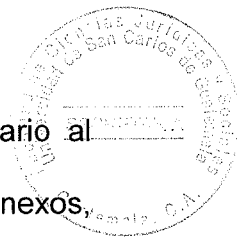
2.2. Responsabilidad del notario

La responsabilidad notarial surge cuando el notario falta a los deberes de su actividad en el ejercicio de sus funciones, incumpliendo alguna obligación ya sea por acción u omisión culposa o dolosa; causando un daño o perjuicio. Es aquella en la que incurre el notario por incumplimiento de las obligaciones que le impone el ejercicio de la función.

a) Responsabilidad civil del notario: El Artículo 35 Código de Notariado establece:

“Para que proceda la responsabilidad civil de daños y perjuicios contra el notario por nulidad del instrumento público, es necesario que hay sido citado y oído en el juicio respectivo, en lo concerniente a la causa de nulidad.” El Artículo 1645 del Código Civil establece: “Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.” Así mismo el Artículo 1668 Código del Civil regula: “El profesional es responsable por los daños o perjuicios que cause por ignorancia o negligencia inexcusables, o por divulgación de los secretos que conoce con motivo de su profesión.”

La responsabilidad civil tiene por finalidad reparar las consecuencias injustas de una conducta contraria; o bien reparar un daño causado sin culpa. El notario incurre en responsabilidad civil cuando causa un daño o perjuicio, en el otorgamiento de un instrumento público, en el cual puede proceder la nulidad; el notario debe resarcir ese daño.



b) Responsabilidad penal de notario: “Es la responsabilidad que tiene el notario al facturar los instrumentos públicos, por incurrir en falsead y otros delitos conexos, haciendo constar situaciones de derecho y de hecho que en la realidad no existen o aprovechándose de su función en beneficio propio o ajeno, es la responsabilidad que nace de la comisión de un delito, encontrándose la misma en el ámbito del Derecho Público.”²¹ Esta se da cuando el notario en el ejercicio de sus funciones, comete un delito. La responsabilidad penal de notario se puede dar cuando este defrauda al Estado o los particulares, por la comisión de un delito, contra la función que le ha sido delegada.

Entre los delitos en los que puede incurrir el Notario en el ejercicio de su profesión se encuentran:

a) Revelación de secreto profesional: “Quien, si justa causa, revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, sin que con ello ocasionare o pudiese ocasionar perjuicio.” Artículo 223 Código Penal de Guatemala. El notario puede incurrir en este delito cuando revele cualquier información que por ejercicio de su función ha sido de su conocimiento.

b) Celebración ilegal: “Quien, sin estar legalmente autorizado, celebrare un matrimonio, civil o religioso...” Artículo 230 Código Penal de Guatemala. El notario para celebrar y autorizar un matrimonio debe ser colegiado activo.

²¹Salas, Oscar A. **Op. Cit.** Pág. 15



- c) Falsedad material: Al respecto el Artículo 321 Código Penal de Guatemala establece: “Quien, hiciere en todo o en parte, un documento público falso, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio...” El notario en el ejercicio de su cargo no puede realizar instrumentos públicos falsos.
- d) Falsedad ideológica: De conformidad con el Artículo 322 Código Penal de Guatemala: “Quien, con motivo del otorgamiento, autorización o formalización de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento debe probar, de modo que pueda resultar perjuicio...” Al realizar el instrumento público el notario no debe introducir declaraciones de voluntad no expresas por la partes.
- e) Falsificación de documentos privados: De conformidad con el Artículo 323 Código Penal de Guatemala: “Quien, en documento privado, cometiere alguna de las falsificaciones a que se refieren los dos artículos anteriores será sancionado...” Asimismo el Artículo 58 Código Penal de Guatemala preceptúa que: “Conjuntamente con la pena principal, se impondrá la de inhabilitación especial, cuando el hecho delictuoso se cometiere con abuso del ejercicio o con infracción de los deberes inherentes a una profesión o actividad. En los delitos contra la administración pública y administración de justicia, conjuntamente con la pena principal, se impondrá la de la inhabilitación absoluta o especial.” La falsedad material e ideológica también es aplicable a los documentos privados autorizados por notario, es decir todo aquel soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier tipo de relevancia jurídica.



c) Responsabilidad administrativa del notario: “La actuación del notario no solo se limitará a dar fe de la declaración de los comparecientes, a modelar la voluntad de los otorgantes, a contraer responsabilidades civiles o penales por el ejercicio errado de su ministerio, a asesorar a los comparecientes en cuanto a las cargas fiscales, al celebrar determinado negocio o declaración de voluntad. El notario contrae obligaciones posteriores al otorgamiento de acto, a esto es lo que se refiere la Responsabilidad Administrativa del notario.”²² “Incorre en ella por el incumplimiento de deberes ajenos a la función notarial propia, que otras leyes administrativas le impone.”²³ El notario incurre en este tipo de responsabilidad porque indirectamente es un auxiliar del fisco, obligadamente los otorgantes deben cubrir los impuestos correspondientes por negocios jurídicos celebrados. Por otra parte, el notario también debe de cumplir con el pago de sus propias contribuciones por el ejercicio de su profesión, como con ciertos avisos que debe realizar tanto a los registros públicos como al órgano jurisdiccional que lo contrata.

Entre las causas por las cuales el notario puede incurrir en responsabilidad administrativa podemos mencionar:

a) Avisos de matrimonio: El Artículo 100 Código Civil establece: “Una vez efectuado el matrimonio, el funcionario que lo autorice entregará inmediatamente constancia del acto a los contrayentes, razonará las cédulas de vecindad y demás documentos de identificación que se le presenten, y enviará aviso a la Oficina de Registro de Cédula

²² Marinelli Golom, Jose Dante Orlando. **Las responsabilidades del notario y su régimen en el derecho guatemalteco.** Pág. 31

²³ Carral y de Teresa, Luis. **Derecho notarial y derecho registral.** Pág. 129



de Vecindad respectiva, dentro de los 15 días siguientes a la celebración de dicho acto, para que se hagan las anotaciones correspondientes.” El notario cumpliendo con el principio de la función integral está obligado a remitir todos avisos a los registros públicos por mandamiento de ley.

- b) Apertura de protocolo: De conformidad con el Artículo 11 Código de Notariado los notarios pagaran en la Tesorería del Organismo Judicial “cincuenta quetzales (Q.50.00), cada año, por derecho de apertura de protocolo. Los fondos que se recauden por este concepto, se destinarán a la encuadernación de los testimonios especiales enviados por los notarios al Archivo General y a la conservación de los protocolos.” Por tanto el Artículo 12 Código de Notariado establece: “El protocolo se abre con el primer instrumento que el Notario autorice, el que principiará en la primera línea del pliego inicial...” Cada año el notario debe realizar el pago correspondiente para aperturar su protocolo iniciando con la escritura número uno y así sucesivamente hasta llegar a la fecha de cierre.

- c) Cierre del protocolo: De conformidad con el Artículo 12 Código de Notariado “...Se cerrará cada año el 31 de diciembre, o antes si el notario dejare de cartular. La razón de cierre contendrá: la fecha; el número de documentos públicos autorizados; razones de legalización de firmas y actas de protocolación; número de folios de que se compone; observaciones, si las hubiere; y la firma del Notario.” El notario está obligado a cerrar su protocolo el 31 de diciembre de cada año, sin embargo puede cerrarlo en cualquier momento por voluntad propia o por mandato legal si va ejercer un cargo público incompatible con el actuar notarial.



d) Índice del protocolo: El índice del protocolo se extenderá en papel sellado del mismo valor del empleado o papel simple y conformidad con el Artículo 15 Código de Notariado contendrá en columnas separadas:

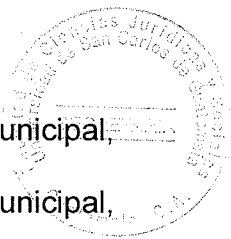
- 1º. “El número de orden del instrumento;
- 2º. El lugar y fecha de su otorgamiento;
- 3º. Los nombres de los otorgantes;
- 4º. El objeto del instrumento; y
- 5º. El folio en que principia.

En el índice podrán usarse cifras y abreviaturas.”

El Artículo 16 Código de Notariado establece los requisitos formales de cumplir el índice del protocolo estableciendo que: “El índice irá fechado y firmado por el notario y antes de suscribirlo, podrá hacer las observaciones pertinentes.” El índice del protocolo consiste en listado de todos los instrumentos públicos que el notario autorizó o en su caso canceló dentro de un año calendario.

e) Deposito del protocolo: El Notario no es propietario del protocolo, ya que únicamente es depositario del mismo y responsable de su conservación de garantizar su durabilidad y seguridad en el principio de que los originales o matrices deben de permanecer en su poder, al respecto el Artículo 23 Código de Notariado regula: “Los albaceas, herederos y o parientes, y o cualquiera otra persona que tuviere en su poder el protocolo de un notario fallecido, lo depositará dentro de los treinta días siguientes al fallecimiento, en el Archivo General de Protocolos, si se encontrare en la capital, o dentro del mismo plazo en el juez de primera instancia o alcalde

municipal, si estuviere en una cabecera departamental o municipal, respectivamente. En estos casos el juez de primera instancia o el alcalde municipal, lo remitirá dentro de los ocho días siguientes a su depósito al referido archivo.”



Así mismo el Artículo 27 Código de Notariado regula: “El notario que tenga que ausentarse de la República por un término mayor de un año, deberá entregar su protocolo al Archivo General de Protocolos en la capital y en los departamentos al juez de primera instancia, quien lo remitirá al referido archivo. Si la ausencia fuere por un término menor, lo depositará en otro notario hábil, debiéndose dar aviso firmado y sellado por ambos notarios a la Corte Suprema de Justicia. El notario depositario podrá extender testimonios y suministrar a quien lo solicite, los informes que le sean requeridos, en relación al protocolo depositado.” El notario de forma expresa no es propietario del protocolo ya que el Estado se lo otorga en calidad de depósito derivado que debe ser remitido al Archivo General de Protocolos para su guarda y conservación en los siguientes casos:

- Por ausencia del país mayor a un año;
- Por inhabilitación;
- Por entrega voluntaria; y,
- Por fallecimiento.

f) Testimonios especiales, aviso de escritura cancelada y avisos trimestrales: Al respecto el Artículo 37 Código de Notariado establece que: “El notario y los jueces



de 1ª. Instancia, cuando estén facultados para cartular, deben cumplir las siguientes obligaciones:

- a) Remitir al Director del Archivo General de Protocolos, dentro de los veinticinco días hábiles siguientes al otorgamiento de cada escritura pública, testimonio especial en papel sellado del menor valor, con los timbres notariales adheridos de conformidad con la ley. En los departamentos de la República, excluyendo al de Guatemala, el notario podrá entregar dichos testimonios al juez de 1ª Instancia, quien extenderá el comprobante respectivo y los remitirá inmediatamente al Archivo General de Protocolos. Cuando se trate de testamentos o donaciones por causa de muerte, así como sus modificaciones o revocaciones, el testimonio se entregará en plica firmada y sellada por el notario, expresando en la misma, el número de orden, lugar, fecha, hora y objeto del instrumento, nombre del otorgante, así como el número y registro de las hojas de papel de protocolo en el que fue extendido;
- b) Dar aviso dentro del término indicado en la literal anterior, y ante la misma dependencia de la Corte Suprema de Justicia o ante los funcionarios judiciales indicados, según el caso, de los instrumentos públicos cancelados, de los cuales no podrá extender copia o testimonio. El aviso se enviará en papel sellado del menor valor y contendrá el número y la fecha del instrumento cancelado;
- c) Remitir un aviso al Archivo General de Protocolos, o a los Jueces de Primera Instancia, en su caso, dentro de los 25 días hábiles siguientes al vencimiento de cada trimestre del año calendario, en papel sellado del menor valor, indicando el número y fecha del último instrumento público autorizado o cancelado, o en su caso que no autorizó ninguno durante el trimestre que corresponda.



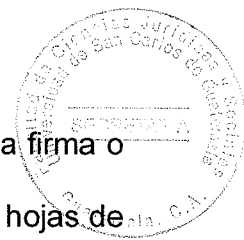
Al finalizar el término a que se refiere la literal c) de este artículo, el Director del Archivo General de Protocolos publicará dentro de los diez días hábiles siguientes a dicho vencimiento, en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación en el país, la lista de los notarios que no hayan enviado la totalidad de los testimonios especiales, y los avisos a que se refieren las literales b) y c) del presente artículo. Con posterioridad publicará trimestralmente las listas de los notarios que permanezcan o incurran en esa situación...” Significa que el notario debe cumplir con el principio de la función integral remitiendo avisos no solo a los registros públicos, sino también obligatoriamente a los solicitados por órgano legalmente encargado de la conservación y solicitud de todos aquellos testimonios especiales, avisos trimestrales y los de protocolización por documento proveniente del extranjero.

El Archivo General de Protocolos es una institución adscrita a la Corte Suprema de Justicia tiene a cargo la guarda y custodia de los avisos que el notario está obligado por mandato legal a remitirle con el objeto de poseer un control de cada escritura autorizada por notario o en su defecto de escritura cancelada así como el aviso trimestral.

g) Tomar razón de las actas de legalización de firmas: Al respecto el Artículo 59 Código de Notariado establece: “De cada acta de legalización el notario tomará razón en su propio protocolo; dentro de un término que no excederá de ocho días, haciendo constar:

1º. Lugar y fecha;

2º. Nombre y apellidos de los signatarios;



3º. Descripción breve y substancial del contenido del documento que autoriza la firma o firmas que se legalizan, con indicación del valor, números y quinquenios de las hojas de papel sellado en que estén escritos, tanto el documento como el acta de auténtica o mención de la clase de papel en que estén escritos. Estas razones se asentarán siguiendo el orden y numeración del protocolo y serán firmadas únicamente por el notario.” El notario debe tomar razón dentro de su protocolo por cada acta de legalización de firma que autorice, posteriormente debe remitir el respectivo aviso especial al Archivo General de Protocolos, también está obligado si la parte interesa lo solicita extender primer testimonio.

d) Responsabilidad disciplinaria del notario: El notario incurre en responsabilidad disciplinaria, cuando falta a la Ética profesional o atenta contra el prestigio y decoro de la profesión. Siendo el Tribunal de Honor del Colegio Profesional, el que se encarga de recibir las denuncias y seguir el trámite correspondiente. Toda conducta que no infrinja una norma jurídica concreta, pero si el prestigio de la profesión es considerada como una responsabilidad disciplinaria.

2.3. El protocolo

Carlos Emérito González, en referencia 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 emplearse como sinónimo de protocolo. Larrud 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.”²⁴

“El protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra, de conformidad con esta ley.” Artículo 8 Código de Notariado.

En Guatemala el término protocolo equivale al tomo empastado de los instrumentos autorizados durante un año o menos también, al papel sellado especial que se vende exclusivamente a los notarios para faccionar escrituras, al conjunto de escrituras autorizadas por el notario; y la legislación nacional hace referencia al conjunto de tomos de protocolos de varios años.

Protocolo también puede ser definido como aquella compilación de escrituras originales, actuaciones o documentos insertados por el notario durante un año calendario, pudiéndolo encuadernar en uno o más tomos para su guarda y conservación.

De conformidad con el Artículo 13 Código de Notariado el notario en su protocolo debe cumplir con las formalidades siguientes:

1º. “Los instrumentos públicos se redactaran en español y se escribirán a máquina o a mano, de manera legible y sin abreviaturas;

²⁴ González, Carlos Emérito. **Op. Cit.** Pág. 173

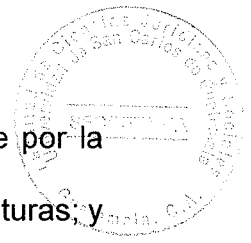


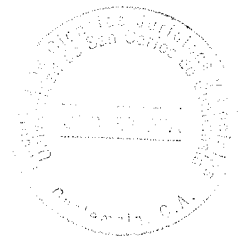
- 2°. Los instrumentos llevarán numeración cardinal y se escribirán uno a continuación de otro, por riguroso orden de fechas y dejando, de instrumento a instrumento, solo el espacio necesario para las firmas;
- 3°. El protocolo llevara foliación cardinal escrita en cifras;
- 4°. El cuerpo del instrumento, las fechas, números o cantidades, se expresarán con letras. En caso de discrepancia entre lo escrito en letras y cifras se estará a lo expresado en letras;
- 5°. Los documentos que deban insertarse o a las partes conducentes que se transcriban, se copiaran textualmente;
- 6°. La numeración fiscal del papel sellado no podrá interrumpirse más que para la intercalación de documentos que se protocolen; o en el caso de que el Notario hubiere terminado la serie; y
- 7°. Los espacios en blanco que permitan intercalaciones se llenaran con una línea antes de que sea firmado el instrumento.”

Así mismo el Artículo 13 Código de Notariado establece: “Serán nulas la adiciones, entrerrenglonaduras y testados, si no se salvan al final del documento y antes de las firmas. Las enmendaduras de palabras son prohibidas.” Por lo tanto, el notario al faccionar cualesquiera instrumento público debe cumplir con todas la formalidades exigidas por ley, de lo contrario el acto o contrato carece de valor probatorio.

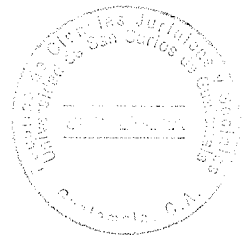
De conformidad con la legislación guatemalteca se puede concluir indicando que se conoce como protocolo al tomo empastado de los escrituras matrices autorizadas o canceladas durante el periodo comprendido del 1°. de enero al 31 de diciembre;

también al papel sellado especial para protocolo que se vende exclusivamente por la Superintendencia de Administración Tributaria a los notarios para autorizar escrituras; y al conjunto de escritura faccionadas durante un año calendario o proporcional.





CAPÍTULO III



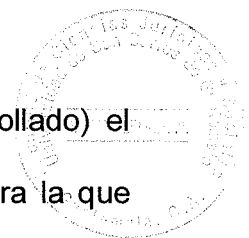
3. Principio de intermediación notarial

La necesidad de robustecer con seguridad jurídica todos los actos realizados por los notarios es indispensable para darle una mejor garantía y credibilidad a todos estos actos realizados por el notario en el ejercicio de su función. Al respecto el Artículo 2 Constitución Política de la República de Guatemala establece: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”

El estado garantiza esa seguridad jurídica la cual esta delegada al notario por medio de la fe pública que ostenta. El notario debe cumplir con varios principios para no romper esa seguridad jurídica, entre ellos el principio de intermediación notarial. El principio de intermediación notarial es de suma importancia en la función notarial, siendo el notario garante y protector de la seguridad jurídica teniendo esa relación con las partes que intervienen en los instrumentos públicos o actas que el notario autoriza dándoles forma legal en base a la voluntad de las partes manifestando su consentimiento.

Este principio es necesario desarrollarlo con mayor amplitud, derivado del objeto principal de esta investigación, ya que el objeto del derecho notarial es la creación del instrumento público, pero también los otros documentos que el notario autoriza en los cuales se debe observar la intermediación notarial para garantizar la seguridad jurídica. El principio de intermediación notarial tiene íntima relación con las funciones que realiza el

notario, ya que en todas esas funciones (de lo cual el tema ya fue desarrollado) el notario debe estar en contacto con las partes, siendo la función autenticadora la que nos interesa para este tema de análisis y solución, como se mencionó anteriormente esta función de autenticación no tendría razón de ser si las partes no hubiesen expresado su consentimiento.



En conclusión, no puede concebirse la creación de un instrumento público, sin la presencia e intermediación del notario, de suceder, que éste refrende el acto o negocio con su firma y sello, se estaría autorizando algo que al fedatario no le consta, violándose los principios propios del derecho notarial, específicamente, los de intermediación y de unidad del acto, e incurriría en responsabilidades. El notario siempre debe estar en contacto con las partes, con los hechos y actos que se producen dando fe de ello, este principio no implica que sea el notario, el que escriba el documento o sea el autor notarial, ya que para ello puede tener un escribiente o auxiliarse de cualquier medio moderno para hacerlo: Implica propiamente recibir la voluntad y el consentimiento de las partes.

La expresión "Ante mí", es parte del contenido de un instrumento público, así mismo en un acta notarial indicando a los comparecientes, requirentes o signatarios. Es la máxima expresión del principio de intermediación, por el que las personas que en cualquier concepto participan en el otorgamiento de cualquier documento autorizado por notario necesariamente tiene que estar en presencia del notario que la autoriza, y llevar a cabo en esa presencia notarial sus respectivas actuaciones en ella, en especial las declaraciones de voluntad que dan vida a los actos y contratos a que la escritura se

contrae; es igualmente preciso que estén en presencia del Notario las personas, sus hechos o las cosas que son objeto de algunas actas notariales.



En otro caso sería falso el “Ante mí”, la expresión “Ante mí” existe precisamente como expresión de la inmediación. En todo instrumento público o actas notariales, el principio de inmediación sólo rige el acto del otorgamiento o de documentación; no impide la colaboración del personal de la notaría en trabajos preparatorios, pero sólo en la medida compatible con el ejercicio personal por parte del notario de su profesión, y con su presencia en los momentos en que le sea preciso.

“La doctrina suele atribuir a la inmediación un papel instrumental respecto del principio de veracidad; y ciertamente la seguridad más completa de la verdad del documento está en la presencia del notario autorizante entre las personas, y ante los actos o las cosas que el documento narra; pero la inmediación sustenta también el principio de legalidad; sin presencia, como puso de relieve Martínez Gil, el notario no podría asegurar la fecha en que tuvo lugar el otorgamiento ni formar sus juicios de identidad y de capacidad; no podría garantizar, por ejemplo, que el otorgante no sufría violencia o intimidación, ni estaba embriagado o drogado en el momento del otorgamiento; ni siquiera podría asegurar que realmente se prestó el consentimiento, que los otorgantes no firmaron en blanco. A través de la veracidad y de la legalidad, la inmediación penetra en lo más profundo del sistema; en sus efectos. La seguridad más completa de la verdad del documento está en la presencia del Notario autorizante, pero la inmediación sustenta también el principio de legalidad. Fácilmente se comprende que la inmediación

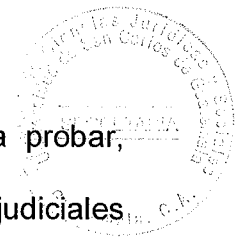


tuviera un origen muy antiguo, conexas a la primitiva concepción del tabellión, testigo del documento que él mismo había redactado.

La formuló Justiniano en su Novela 44, de *tabellionibus*, al disponer que éstos, por sí mismos, *'ipsis per se'*, reciban la rogación, y estén entre las partes, *'intersint'*, mientras el documento se absuelve. En el derecho intermedio la doctrina notarialista parte de ese texto; el notario no puede confeccionar instrumentos *'de praeteritis'*, de cosas pasadas, pues ante todo tiene que “oír y estar presente” (Baldo); solamente puede hacer instrumentos de aquello que “en su presencia” se hace por las partes (Dumoulin; Gregorio López).

La inmediatez del derecho notarial no tiene nada que ver, por tanto, con el principio de inmediatez de los procesalistas, consistente según Fairén en el “contacto personal entre jueces, partes, testigos y peritos”. En materia de hechos, el núcleo de la función notarial contempla hechos presentes, mientras que la prueba judicial se refiere a hechos pasados, anteriores al proceso, cuya realidad hay que averiguar para hacer su relato histórico en la sentencia; la actuación del Juez puede, pues, compararse a la del historiador, como hizo Calamandrei, aunque existan entre una y otra notorias diferencias; pero a nadie se le ocurriría plantear tales similitudes con la actuación del Notario, porque no existe el historiador de los hechos presentes.”²⁵

²⁵ http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista__10/27050__principios-notariales-elprincipio deinmediacion-0-020750132408691693. (Consultado: 18 de marzo de 2018)



La intermediación procesal no es presencia, sino ausencia de los hechos a probar, perdidos en el pasado, hasta el punto de que sólo en aquellas actuaciones judiciales con alguna sustancia notarial (transacción, acuerdo en la audiencia previa, deposición de testigos, etc.), existe en el proceso una propia intermediación. Esos hechos presentes, que se proyectan hacia el futuro, constituyen el núcleo de la función notarial; pero encuentran generalmente su antecedente, incluso su fundamento, en hechos pasados, a los que suele dedicarse la parte expositiva de la escritura y muchos géneros de actas notariales; hay pues que acreditar su realidad o, en ocasiones, su notoriedad; nuestra intermediación se asemeja entonces a la procesal pero no es la propia intermediación notarial; ni podría serlo.

3.1. Definición de intermediación notarial

“Un principio propio del derecho notarial, que consiste en la relación de proximidad y de contacto, entre el Notario, los otorgantes, demás intervinientes y los hechos, en la creación y autorización del instrumento público notarial.”²⁶ Como principio persigue: conferirle certeza y valor jurídico a los actos y contratos autorizados por notario. En conclusión, puede decirse que la finalidad que persigue la intermediación notarial, es: conferir certeza y valor jurídico a los actos y contratos autorizados por notario, derivado de la fe pública que éste está investido.

Es obligación del notario cumplir este principio, porque es de fundamental importancia que él mismo reciba las declaraciones de voluntades de las partes y en otros aspectos

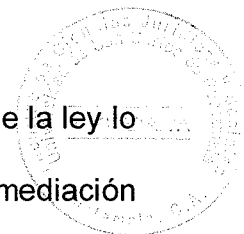
²⁶ Ossorio, Manuel. *Op. Cit.* Pág. 383

que ocurran en el procedimiento; con el fin de dar un buen cumplimiento de la función profesional y siendo más importante imprimir con seguridad y fidelidad esas manifestaciones. Es un principio clásico de la notaría, y consecuentemente aplicado en la esfera del derecho notarial en el sentido de relación de proximidad entre las diferentes partes que intervienen en la función notarial. La intermediación se desarrolla, de una parte, entre el notario y el documento público, y de la otra, entre el notario y el documento que autoriza.

La intermediación tiene íntimo nexo con la unidad del acto. En efecto la estructuración del instrumento público y especialmente en cuanto atañe al negocio jurídico de las partes. Puede entenderse a la intermediación notarial como la cercanía, contigüidad, proximidad entre el notario y las partes, asimismo con el instrumento notarial. Está vinculado con el principio de unidad de acto. 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. Este principio se expresa en la necesaria relación de proximidad entre los partícipes que intervienen en el acto notarial. Se desarrolla entre el Notario, las partes intervinientes y el documento que autoriza, destacándose los aspectos de rogación o requerimiento ya que el Notario no actúa de oficio; dicha intermediación se objetiva en la fórmula "Ante mí".

3.2. Fines de la intermediación notarial

Fin en términos, consiste en el remate o consumación de una cosa u objetivo o motivo con que se hace algo. El fin es lo que se persigue, en el caso de la intermediación es el

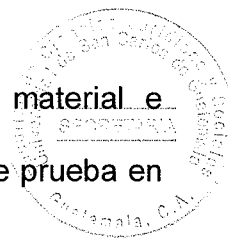


motivo por el cual se debe cumplir con este principio, dejando a un lado porque la ley lo regule, sino explorando su propia razón de ser. De todo lo expuesto la intermediación notarial como principio, pero más que un principio debería ser una formalidad del instrumento público.

La intermediación notarial lo que persigue es darle certeza y valor jurídico a los actos y contratos autorizados por notario, ya que da fe, y expresa ante mí, dejando en claro que lo indicado le consta por estar presente él y las partes. El tema no se enfoca en si en el instrumento público, pero si en otro documento autorizado por notario; como lo es el acta de legalización de firma, la cual siempre va ser en un documento privado. El notario da fe que la firma que antecede es auténtica por sido puesta o reconocida en su presencia, es decir tanto el signatario como el notario estuvieron presentes; se está cumpliendo con el principio de intermediación notarial por el siempre hecho que el notario tiene fe pública y por lo tanto lo autorizado por su persona en su calidad de notario, se presume que es cierto.

Pero qué sucede si el notario viola el principio de intermediación notarial, específicamente en el acta legalización de firma; puede incurrir en falsedad material e ideológica, ya que está dando fe de hechos o circunstancias que no le constan, por no haber realizado en su presencia, porque en realidad el no estuvo presente. Se pierde esa seguridad y ese valor jurídico, aunque el notario no está dando fe del contenido del documento privado que contiene la firma, sin embargo, da fe que la persona lo está firmando, y esa persona puede adquirir obligaciones que no le corresponden por el simple hecho de ser su firma; aunque no lo fuese, ya que la fe del notario admite prueba en contrario, la ley

no lo indica expresamente. Pero si analizamos el delito de falsedad material e ideológica, la lógica nos indica que de forma tácita la fe del notario si admite prueba en contrario.

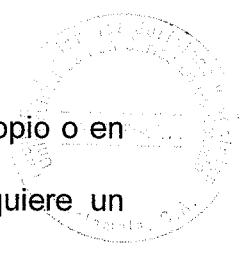


En el caso analizado, la seguridad jurídica se está dejando, por un lado, perdiendo el documento autorizado por notario la calidad de prueba preconstituida en juicio o fuera de él, así mismo incluso la calidad de título ejecutivo como tal, si bien es cierto el documento es auténtico, pero la firma no es por lo tanto el notario debe responder por esa falsedad ideológica, ya que es el autor del acta de legalización de firma. En conclusión, el notario debe cumplir obligatoriamente con el principio de inmediación notarial, tanto para resguardar la seguridad jurídica, ya que la misma ley de la investidura de tutelar de ella, por el simple hecho que si no hay parte afectada; la seguridad jurídica cumplió su fin, el cual es valor jurídico; y por otra parte no incurrir en responsabilidad penal, la cual es causa de inhabilitación de su profesión.

3.3. Elementos que intervienen en la inmediación notarial

Los sujetos dentro de la inmediación notarial son todas aquellas personas que tienen una intervención dentro del instrumento público en faccionamiento, autorización, declaración de voluntad así como el auxilio que el notario requiere en determinadas circunstancias.

Entre los elementos que intervienen en la inmediación notarial se pueden mencionar:



a) Otorgante: Es la persona que da su consentimiento, ya sea en nombre propio o en representación de una persona individual o jurídica, es decir quién adquiere un derecho o contrae una obligación. Al respecto el Artículo 29 Código de Notariado establece: “La firma 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 u otro en su defecto, otro que especificará el Notario firmando por él un testigo y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho...”

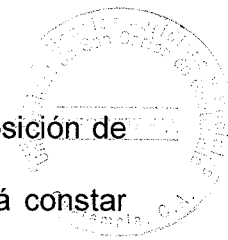
b) Comparecientes o concurrentes: Es cualquier persona que concurre a la celebran de un instrumento público, como por ejemplo: comprador, vendedor, testigos, intérpretes o traductores.

c) Sujeto: Es la persona titular del derecho, a quien se le menoscaba o incrementa su patrimonio.

d) Parte: Es la persona o grupo de personas que representan un mismo derecho. El Artículo 29 Código de Notariado regula: “...y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho...”

e) Requirente: Es quien solicita la intervención del notario para que este documente un hecho o circunstancia que le consten al notario. De conformidad con el Artículo 60

Código de Notariado: “El notario, en los actos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, levantara actas notarias en las que hará constar los hechos que presencie, y circunstancias que le consten.”



Entre los elementos auxiliares en la intermediación notarial se encuentran:

- a) Auxiliares: Son todas las personas que auxilian al notario en los hechos o actos que autoriza, por algún motivo o circunstancia cuando el principal, desconoce el idioma español, no sabe o no puede firmar o bien por disposición de ley.

- b) Intérpretes: Es la persona nombrada por la parte que ignora el idioma español. El Código de Notariado en referencia a este sujeto que interviene en la intermediación notarial en su Artículo 29 establece: “La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignore el idioma español, el cual, de ser posible, deberá ser traductor jurado. Si el intérprete no supiere o no pudiese firmar, lo hará por él un testigo...” De forma complementaria el Artículo 31 de la normativa mencionada regula: “La intervención de intérprete, cuando el otorgante ignore el español...” Código de Notariado. Se puede concluir que intérprete es la persona versada en dos o más idiomas actuando como intermediario entre otras que, por hablar y conocer idiomas distintos no pueden entenderse.

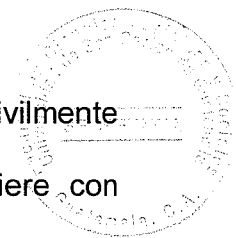
- c) Testigos: Son las personas que auxilian al notario en el otorgamiento y autorización del instrumento público.



- Testigos de conocimiento o abono: Son los testigos que identifican al otorgante, cuando este no puede identificarse, obligatoriamente deben ser conocidos por el notario. De conformidad con el Artículo 29 Código de Notariado: “La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente.

- Testigos instrumentales: Son los testigos de los que el notario se puede asociar en cualquier acto o contrato, pero obligatoriamente en los testamentos y donaciones por causa de muerte. El Artículo 42 Código de Notariado preceptúa: “La presencia de dos testigos que reúnan las calidades que exige esta ley...” Así mismo el Artículo 51 de la normativa mencionada regula: “El notario podrá asociarse de testigos instrumentales en los actos o contratos que autorice. Pero si se tratare de testamentos o donaciones por causa de muerte, está obligado a asociarse de los testigos que exige esta ley.”

- Testigos rogados o de asistencia: Esta clase de testigos son los que nos interesan para el presente análisis, ya que firman en lugar de otorgante cuando este no puede o no sabe firmar. Al respecto el Artículo 31 Código de Notariado regula: “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, o si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho...”



El Artículo 52 Código de Notariado establece: “Los testigos deben ser civilmente capaces, idóneos y conocidos por el notario. Si el notario no los conociere con anterioridad, deberá cerciorarse de su identidad por medios legales.” Cualquier testigo que auxilie al notario dentro de su actuar debe ser mayor de edad, cuando la ley hace referencia a idóneos significa que los testigos deben ser personas que no deben revelar el contenido del instrumento público, en casos determinado los testigos deben ser conocidos por el notario.

De conformidad con el Artículo 53 Código de Notariado “No podrán ser testigos:

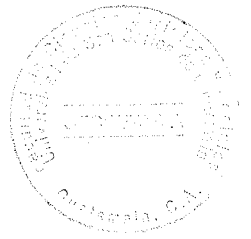
- 1º. Las personas que no sepan leer y escribir o que no hablen o no entiendan el español;
- 2º. Las personas que tengan interés manifiesto en el acto o contrato;
- 3º. Los sordos, mudos o ciegos;
- 4º. Los parientes del Notario; y
- 5º. Los parientes de los otorgantes, salvo en caso de que firmen a ruego, cuando no sepan hacerlo y no se trate de testamentos o donaciones por causa de muerte.”

3.4. Importancia de la intermediación notarial

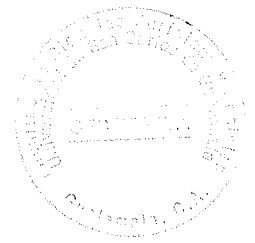
Ya que se está haciendo hincapié en referencia a la intermediación notarial en el acta de legalización de firma, esto no quiere decir que no se debe cumplir en los instrumentos públicos u otros documentos que el notario autoriza. Si el notario omite las formalidades incurre en responsabilidad alguna, ya que la autenticación no prejuzga de la validez del documento, ni de la capacidad ni personería de los signatarios o firmantes. Pero el

notario si incurre en responsabilidad sobre la firma ya que primero, da fe, que la firma que está legalizando está siendo puesta o reconocida en su presencia; segundo con el ante mi le otorga validez jurídica a esa firma.

Si viola el principio de intermediación notarial esa firma no es auténtica, ya que no que el signatario no está en su presencia por lo tanto no puede dar fe de circunstancias que no le consten o presencia. Como ya se ha indicado otra persona puede firmar en lugar del verdadero signatario si el notario no está presente, además le estamos agregando que lo está identificando por medio de las formas legales que existen, en si el notario se está percatando de que esa persona es la titular del derecho.



CAPÍTULO IV

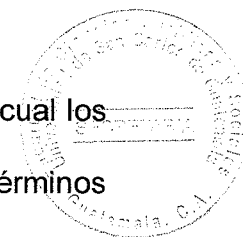


4. Inobservancia al principio de intermediación notarial por el notario que legaliza firmas en documentos privados de instituciones bancarias

La intermediación notarial es un principio del derecho notarial, por el cual el notario debe tener relación directa con el solicitante; recibiendo, asesorando, previniendo, legitimando, modelando y autenticando personalmente y no a través de tercera persona, dando como resultado la inobservancia al principio de intermediación notarial; en tal sentido el único facultado por ley para ostentar de fe es el notario. Por la forma en que las instituciones bancarias realizan sus operaciones activas, especialmente el otorgamiento de préstamos en documento privado con firma legalizada, el notario incumple con uno de los principios rectores del derecho notarial, siendo este, el de intermediación notarial. El notario únicamente puede legalizar firmas cuando sean puestas o reconocidas en su presencia, de no ser así; puede incurrir en responsabilidad penal, ya que está dando fe, de un hecho no realizado en su presencia; el notario no elabora el documento privado, por lo tanto, no tiene responsabilidad de su contenido, sin embargo si es responsable de la firma signada o reconocida en su presencia.

4.1. Inobservancia

En términos generales se puede entender como inobservancia como la falta de cumplimiento de una norma, en este caso jurídica y en especial al principio. La intermediación es un principio del derecho notarial; es importante mencionar que existe

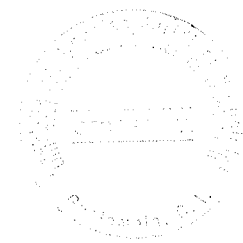


inmediación procesal, la cual no es asunto de análisis en este momento; por el cual los notarios deben tener relación directa con sus clientes interpretándolo en términos comunes, por lo cual deben asistirlos personalmente y no a través de tercera persona, lo cual haría que se viole este principio, en tal sentido el que da fe pública y otorga la misma es el notario.

Las instituciones bancarias cuando otorgan préstamos con garantía fiduciaria o sin garantía, perfeccionan este contrato por medio de documento privado con firma legalizada, el cual ya posee el acta de legalización de firma ya redactada; se hace mención en que ya posee el acta en si no se viola el principio de intermediación.

El deudor acepta las condiciones a través de su firma que realiza en presencia del gerente de agencia o asesor de crédito u otra persona designada para tal efecto; posteriormente este documento es remitido a las oficinas centrales de la institución bancaria, donde el notario hace uso de su fe pública que posee autenticando con su firma y sello la legalización de firma.

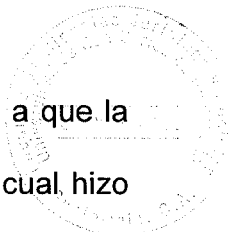
Al respecto el Artículo 54 Código de Notariado establece: “Los notarios podrán legalizar firmas cuando sean puestas o reconocidas en su presencia...” El notario es un profesional del derecho investido de fe pública, por lo tanto, su actuar profesional debe ser llevado a cabo con las formalidades que exige la ley, de lo contrario atenta contra la seguridad jurídica y el valor jurídico en los documentos que autoriza.



4.2. Antecedentes de institución bancaria

“Los orígenes legales e institucionales del actual sistema de banca central en Guatemala se remontan al período de la reforma monetaria y financiera de 1924-1926. Entonces, fue creado el Banco Central de Guatemala como establecimiento de emisión, giro y descuento, de carácter privado y con participación del Estado como accionista. Esta reforma culminó durante el mandato del General José María Orellana (1921-1926), y fue conducida en su etapa final por un equipo bajo el liderazgo del Licenciado Carlos O. Zachrisson (entonces Ministro de Hacienda), que trabajó sobre la base de los estudios técnicos elaborados por el profesor Edwin Walter Kemmerer, de la Universidad de Princeton. La Gran Depresión mundial (1929-1933) afectó gravemente a la economía guatemalteca, y sometió a una difícil prueba al Banco Central y su política monetaria basada en el patrón oro clásico. Dado que dicho patrón no daba cabida a una política monetaria anti cíclica, se hizo necesario impulsar la reforma monetaria y bancaria de 1944-1946, mediante la cual se creó el Banco de Guatemala como heredero del antiguo Banco Central de Guatemala. Esta reforma se culminó durante el gobierno revolucionario del Doctor Juan José Arévalo, y fue conducida bajo el liderazgo del Doctor Manuel Noriega Morales (Ministro de Economía y, posteriormente, primer presidente del Banco de Guatemala), cuyo equipo de trabajo contó con la asesoría del Doctor Robert Triffin² y de David L. Grove, economistas del sistema de la Reserva Federal de los Estados Unidos de América.

La aprobación de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala por parte del Congreso de la República implicó un esfuerzo especial por parte de las autoridades del Ejecutivo. Es



sabido que existieron temores por parte del Doctor Noriega Morales respecto a que la ley fuera a ser modificada indebidamente durante su discusión legislativa, lo cual hizo del conocimiento del presidente Arévalo. A manera de conclusión de esta reseña histórica de la Banca Central, se transcribe a continuación una parte del discurso del licenciado Lizardo Arturo Sosa López, Presidente de la Junta Monetaria y del Banco de Guatemala, pronunciado el 31 de mayo de 2002.”²⁷


El sistema bancario actual tiene su origen en los años de 1924 a 1926 cuando fue creado el Banco Central de Guatemala como establecimiento de emisión, giro y descuento, de carácter privado y con participación del Estado como accionista. En la actualidad el Banco de Guatemala es de carácter público siendo una dependencia autónoma con patrimonio propio el cual se rige por su propia ley orgánica, los bancos privados se rigen por la Ley de Bancos y Grupos Financieros supervisados por la Superintendencia de Bancos dependencia que actúa bajo las ordenes que dicta la Junta Monetaria.

4.3. Institución bancaria

Para Manuel Osorio institución es aquel “establecimiento o fundación de una cosa. Cosa establecida o fundada...”²⁸ Continúa manifestando el citado autor: “Banco comercio que principalmente consiste en operaciones de giro, cambio y descuento, en abrir créditos y llevar cuentas corrientes y en comprar y vender efectos públicos,

²⁷ <http://www.banguat.gob.gt/inc/ver.asp?id=/info/historica>. (Consultado: 12 de abril de 2019)

²⁸ Osorio. Manuel. **Op. Cit.** Pág. 388



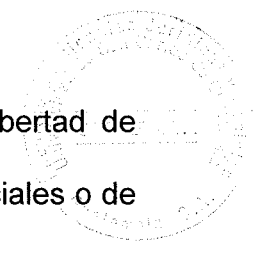
especialmente en comisión...”²⁹ Se puede definir banco como aquel establecimiento de crédito constituido en sociedad por acciones y cuyas operaciones pueden encaminarse a diversos fines: recepción en depósito (cuentas corrientes, libretas de ahorro, custodia en cajas fuertes) de dinero u otros bienes muebles de los particulares; descuento de documentos; préstamos fiduciarios, prendarios e hipotecarios. En términos muy generales banco es una empresa dedicada a recibir capital en dinero, dándole una inversión útil, al mismo tiempo facilitando operaciones de pago y negocio con valores.

De lo anterior se puede concluir que banco es una institución de carácter financiero, que se dedica a la intermediación financiera, constituido como sociedad anónima, con previa autorización de la Junta Monetaria.

Tipos de bancos en función de la propiedad:

- a) Bancos públicos: Son los bancos cuyo capital es aportado por el Estado de cada país, y por lo tanto, es quien controla el accionariado.
- b) Bancos privados: Son aquellas entidades que trabajan con autonomía propia, el capital lo aportan accionistas particulares de capital nacional o extranjero.
- c) Bancos mixtos: Son de economía mixta, estas entidades se constituyen con aportaciones estatales y de capital privado. Estas sociedades de economía mixta se rigen por las reglas del derecho privado y las de jurisdicción ordinaria, salvo una disposición legal que dictamine lo contrario. De conformidad con el Artículo 43 de la

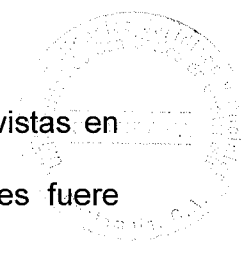
²⁹ *Ibíd.* Pág. 78



Constitución Política de la República de Guatemala: “Se reconoce la libertad de industria, comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.” Los bancos son sociedades mercantiles especiales, lo que quiere decir es que de forma general se rigen por el código de comercio, pero en cuanto a su constitución y forma de operar se rigen por su ley especial.

El Artículo 12 Código de Comercio de Guatemala establece: “Los bancos, aseguradores, reaseguradores, afianzadoras, reafianzadoras, financieras, almacenes generales de depósito, bolsa de valores, entidades mutualistas y demás análogas, se regirán en cuanto a su forma, organización y funcionamiento, por lo que dispone este Código en lo que no contravenga sus leyes y disposiciones especiales. La autorización para constituirse y operar se regirá por las leyes especiales aplicables a cada caso.” Así mismo la Ley de Bancos y Grupos Financieros en su Artículo 1 regula: “La presente ley tiene por objeto regular lo relativo a la creación, organización, fusión, actividades, operaciones, funcionamiento, suspensión de operaciones y liquidación de bancos y grupos financieros, así como al establecimiento y clausura de sucursales y de oficina de representación de bancos extranjeros...”

“Los bancos, las sociedades financieras, los bancos de ahorro y préstamo para la vivienda familiar, los grupos financieros y las empresas que conforman a estos últimos, y las oficinas de representación de bancos extranjeros, se regirán, en su orden por sus leyes específicas, por la presente ley y por las disposiciones emitidas por la junta monetaria y en lo que fuere aplicable, por la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, La



Ley monetaria y la Ley de la Supervisión Financiera. En las materias no previstas en esta ley se sujetarán a la legislación general de la república en lo que les fuere aplicable. Los actos administrativos y resoluciones que dicten, tanto la Junta Monetaria, como la Superintendencia de Bancos en aplicación de la leyes y reglamentos aquí indicados, observando el debido proceso, serán de acción ejecutiva y aplicación inmediata.” Artículo 5 Ley de Bancos y Grupos Financieros.

Intermediación financiera bancaria, consiste en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades que consistan en la captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo.

La Superintendencia de Bancos tiene rango constitucional al respecto el Artículo 133 Constitución Política de la República de Guatemala regula que esta: organizada conforme a la ley, es el órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga”.

La Ley de Bancos y Grupos Financieros de conformidad con el Artículo 1 establece que: “La Superintendencia de Bancos es un órgano de la banca central, organizado conforme a esta ley, eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros y la demás entidades que otras leyes dispongan.”



La Superintendencia de Bancos es aquel órgano encargado de controlar, vigilar e inspeccionar el funcionamiento, intermediación financiera y servicios que prestan los bancos del sistema, sociedades financieras y en general todas aquellas sociedades anónimas especiales, con el objeto que cumplan las obligaciones legales de liquidez, solvencia, solidez patrimonial.

4.4. Contrato

Contrato es acuerdo entre una, dos o más personas apegado a derecho, que no adolezca de vicios del consentimiento. La presente definición indica una, dos o más personas, ya que existe el contrato de donación entre vivos, el Testamento y la donación por causa de muerte, estos últimos dos son actos. De conformidad con el Artículo 1517 Código Civil hay contrato cuando: “dos o más personas convienen en crear modificar o extinguir una obligación.” Es importante referirme al contrato ya que el documento privado tiene carácter de negocio jurídico.

De conformidad con el Artículo 1574 Código Civil cualquier persona para contratar y obligarse puede hacerlo a través de:

- a) “Por escritura pública;
- b) Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar;
- c) Por correspondencia; y
- d) Verbalmente.”



4.5. Mutuo bancario

Es el otorgado por una institución bancaria puede ser simple, con fiador, con garantía mobiliaria, con hipoteca o con garantía mixta. El Artículo 1942 Código Civil establece: “Por el contrato de mutuo una persona entrega a otro dinero u otras cosas fungibles, con el cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad.”

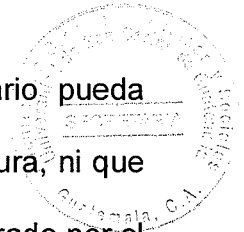
El mutuo bancario es un contrato de crédito y como tal implica la transferencia de la propiedad de dinero a favor de un deudor quien se obliga a devolverlo dentro de un plazo convenido y a pagar una remuneración que incluye los intereses convencionales y moratorios. Por lo regular es otorgado para ser manejado a través de la cuenta corriente, la mayoría de estos préstamos se otorgan a las personas individuales con la finalidad de atender el pago de bienes, servicios o gastos no relacionados con una actividad empresarial.

4.6. El Pagaré

Título de crédito que contiene la promesa incondicional de pagar determinada suma de dinero, la cual puede ser en amortizaciones sucesivas. El Artículo 490 Código de Comercio de Guatemala establece: “Además de lo dispuesto por el Artículo 386 de este Código, el pagaré deberá contener:

- 1º. La promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero.
- 2º. El nombre de la persona a quien deba hacerse el pago.” Un pagaré resulta ser aquel título valor que documenta la obligación de un pago, la persona que lo emite se

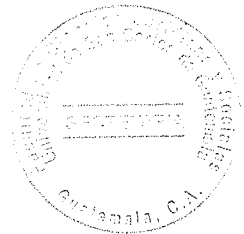
valor, pero es un valor escaso; lo cual no quiere decir que el signatario pueda libremente elegir entre legitimar la firma de un documento o hacer una escritura, ni que el notario asuma más responsabilidades de las que proceden. Al no ser elaborado por el Notario, este no tiene responsabilidad alguna por su contenido, y especialmente por dicha elaboración, sin que pueda el Notario subsanar el documento.



Tampoco tiene el notario, el deber de asesorar a las partes; con las responsabilidades que ello implica para el Notario, y ventajas que ello aporta a las partes. Tampoco tiene el Notario que rellenar el documento, y si lo hace, nuevamente estamos hablando de un servicio que no presta como notario sino como jurista.

Finalmente, y como veremos, el documento carece del valor especial que tiene un documento público. Sin embargo, es cierto el notario no da fe del contenido del documento privado y no incurre en responsabilidad, pero si es responsable de la firma la cual legalizó.

Existe una diversidad de documentos privados los cuales no se pueden enumerar, el que nos interesa es el que se realiza en una institución bancaria el cual contiene el acta de legalización de firma, en mi experiencia de laborar en una institución de esa naturaleza el documento privado por excelencia que reúne el tema de análisis es el mutuo bancario con o sin garantía fiduciaria, es decir no susceptible de inscripción, siéndolo así debería ser obligatoriamente en escritura pública.



4.8. Acta de legalización de firma

El acta de legalización de firma es un documento extraprotocolar ya que no es parte del protocolo del notario. Sin embargo el notario debe tomar razón de la legalización, la autenticación de fecha y firmas de un documento consisten en la declaración del notario, a veces llamada “auténtica”, de que las firmas que figuran en el documento son verdaderas por conocer a los firmantes y haber estos firmado en su presencia.

La certificación de firmas que realiza el notario, constituye instrumento público, aunque no escritura pública; pero ese carácter de instrumento público de la certificación, no se transmite al documento en el cual se efectúa la misma, pues éste continúa siendo instrumento privado. La legitimación de firma en un documento privado, además de asegurar la identidad de la firma, hace adquirir al documento una plena certeza en cuanto a su existencia, como tal documento, en la fecha en que se extiende la legitimación. No entra el notario, cuando legaliza firmas, en la calificación de la capacidad de los firmantes, ni se responsabiliza en modo alguno con el alcance, validez o ineficacia de los pactos que el documento contenga.

En la legalización de firmas el notario no da fe ni emite juicio alguno acerca del contenido del documento, ni es responsable de su validez y eficacia, ni de la capacidad o personería de los firmantes. En Guatemala, el Código Procesal Civil y Mercantil, le confiere la calidad de títulos ejecutivos a los documentos privados con firma legalizada. El acta de legalización de firmas es el medio por el cual el notario, da fe que una firma ha sido puesta o reconocida en su presencia es auténtica, identificando al signatario por

los medios legales admitidos. El Artículo 54 Código de Notariado regula: “Los notarios podrán legalizar firmas cuando sean puesta o reconocidas en su presencia.”

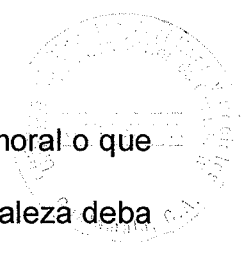


De conformidad con el Artículo 56 Código de Notariado el notario en acta de legalización de firma debe cumplir con el contenido y formalidades expresando: “Si la firma hubiese sido puesta por una persona a ruego de otra que no supiere o no pudiese firmar, ambos comparecerán al acto; para el caso de reconocimiento, será suficiente la concurrencia del obligado, lo que hará constar el notario. La persona que no supiere o no pudiese firmar pondrá su impresión digital al pie del acta.”

El Artículo 55 Código de Notariado establece que el acta de legalización de firma contendrá:

- a) “El lugar y fecha;
- b) Los nombres de los signatarios;
- c) Su identificación por medios establecidos en el inciso 4º. del artículo 29 de esta ley, sino fueren conocidos por el notario;
- d) Fe de que las firmas son auténticas;
- e) Firmas de los signatarios;
- f) Las firmas de los testigos si las hubiere; y
- g) Firma y sello del notario precedidas de las palabras “ante mí”.

La validez del acta de legalización de firma tiene plena prueba en cuanto al signatario del documento y la fecha de legalización de firma. El notario no es responsable del contenido del documento, ni de la capacidad o personería de los signatarios. El notario



no debe legalizar firmas en documentos que sean contrarios a la ley o a la moral o que por error, ignorancia o dolo el documento contenga un acto que por su naturaleza deba de hacerse en escritura pública. El Artículo 57 Código de Notariado establece: “La auténtica no prejuzga acerca de la validez del documento, ni de la capacidad ni personería de los signatarios o firmantes.” Por cada legalización, deben cubrirse cinco quetzales en timbres fiscales, y diez quetzales en timbre notarial; adhiriéndolos en estampillas.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

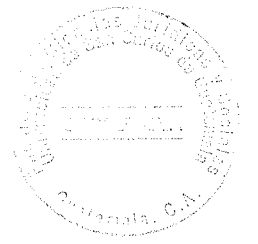


Por la forma en que las instituciones bancarias otorgan préstamos en documento privado con firma legalizada, el deudor acepta las condiciones a través de la firma que realiza en presencia del gerente de agencia, asesor o persona designada; posteriormente el documento privado es remitido a las oficinas centrales donde el notario hace uso de su fe pública, autenticando con su firma y sello el acta de legalización de firma regulada en el Artículo 54 Código de Notariado, incumpliendo con el principio de inmediación notarial de conformidad con el Artículo 29 del Código de Notariado; e incurriendo en responsabilidades penales como: falsedad material e ideológica reguladas en los Artículos 321 y 322 del Código Penal de Guatemala.

De todos los principios rectores del derecho notarial el de inmediación notarial, si se observa es el que le otorga la seguridad y valor jurídico al documento autorizado por notario, relacionándose con el principio de unidad del acto y el de fe pública. La inmediación notarial como principio es parte de las actividades que desarrolla el notario en su función notarial recibiendo, asesorando, previniendo, legitimando, modelando y autenticando personalmente no a través de tercera persona.

Siendo obligatorio que las instituciones bancarias en su sede central, lugar donde se encuentra físicamente el notario, se reciba el consentimiento por parte del deudor, cumpliendo el notario con el principio de inmediación notarial para no atentar contra la seguridad jurídica y no transgredir la fe pública notarial ya que esta es única, personal, indivisible, imparcial e indelegable.

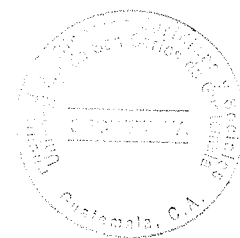




ANEXO



ANEXO



Modelos de acta de legalización de firma

a) Firma puesta

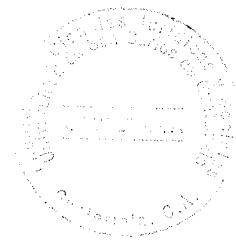
Firma del signatario

En la ciudad de Guatemala, el _____
como NOTARIO DOY FE: Que la firma que antecede es auténtica, por haber sido
puesta el día hoy en mi presencia por el señor _____ quien
se identifica con documento personal de identificación (DPI), código único de
identificación (CUI) _____,
extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala.
Quien firma la presente acta de legalización en unión con infrascrito notario.

Firma del signatario

Ante mí

Firma y sello del notario



b) Firma reconocida

Firma del signatario

En la ciudad de Guatemala, el _____
como NOTARIO DOY FE: Que la firma que antecede es auténtica, por haber sido reconocida el día hoy en mi presencia por el señor _____
quien se identifica con documento personal de identificación (DPI), código único de identificación (CUI) _____,
extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala.
Quien firma la presente acta de legalización en unión con infrascrito notario.

Firma del signatario

Ante mí

Firma y sello del notario

c) Firma puesta a ruego por persona que no sabe o no puede firmar

Impresión digital y firma del signatario

En la ciudad de Guatemala, el _____
como NOTARIO DOY FE: Que la firma que antecede es auténtica, por haber sido reconocida el día hoy en mi presencia por el señor _____
persona civilmente capaz e idónea quien se identifica con documento personal de



identificación (DPI), código único de identificación (CUI) _____,
extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala,
quien firma a ruego del señor _____,
persona de mi conocimiento, quien por no poder firmar deja la impresión digital del dedo
pulgar de la mano derecha. El signatario firma la presente acta de legalización y el
señor _____
deja la impresión del dedo pulgar de la mano derecha en la forma relacionada en unión
con el infrascrito notario.

Impresión digital y firma del signatario

Ante mí

Firma y sello del notario

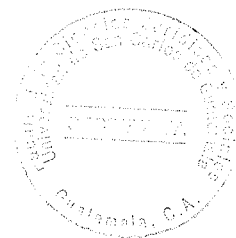
d) Razón de legalización de firma

Es la que lleva a cabo el notario, en el protocolo a su cargo, dentro los ochos días siguientes de haber legalizado una firma en un documento. Constituye una de las obligaciones posteriores que la ley impone al Notario al autorizar actas de legalización.

“De cada acta de legalización el notario tomará razón en su propio protocolo dentro de un término que no excederá de ochos días...” Artículo 59 Código de Notariado.

De conformidad con el Artículo 59 Código de Notariado el contenido y formalidades de la toma de razón de legalización de firma debe expresar:

a) “En papel sellado especial para protocolo;



- b) Número de orden;
- c) Lugar y fecha;
- d) Nombre y apellidos de los signatarios;
- e) Descripción breve y substancial del contenido del documento que autoriza la firma o firmas que se legalizan, con indicación del valor, números y quinquenios de las hojas de papel sella en que estén escritos, tanto el documento, como el acta autentica o mención de la clase de papel en que estén escritos. Estas razones se asentarán siguiendo el orden y numeración del protocolo y serán firmadas únicamente por el notario.”

Algunos notarios no cumplen con la obligación de toma de razón en su protocolo, de las actas de legalización de firmas, porque esto conlleva a la obligación de enviar testimonio especial de las mismas al Archivo General de Protocolos, lo cual representa elevar el costo de las legalizaciones, al pagar el impuesto de timbre notarial en el testimonio especial. Esta es sancionada por la Corte Suprema de Justicia con amonestación o censura al notario infractor o imponiéndole una multa que no excederá de veinticinco quetzales. El no tomar nota en el protocolo de la razón de la legalización de firma no invalida la legalización propiamente dicha.

- f) Modelo de toma de razón de legalización de firma

Diez (10). En la Ciudad de Guatemala, el _____

Yo: _____ Notario, tomo razón que el día de hoy

legalice la firma del señor _____



quien se identificó con Documento Personal de Identificación (DPI) Código Único de Identificación (CUI) _____

extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala, puesta en mi presencia en Memorial de Desistimiento, a presentarse ante el Juez Cuarto de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de esta Ciudad, dentro del procerco cinco guion dos mil uno a cargo del oficial segundo. La firma que legalicé estaba puesta en una sola hoja del memorial.

Por mí y ante mí

Firma del notario

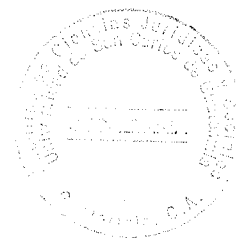
De las razones de legalización de firma, se debe extender testimonio especial para el Archivo General de Protocolos, como de toda escritura que se redacta y autorice en el protocolo. Además, debe extenderse un testimonio para el interesado, si lo solicita. Al respecto el Artículo 37 Código de Notariado establece que: "Remitir al Director del Archivo General de Protocolos, dentro de los veinticinco días hábiles siguientes al otorgamiento de cas escritura pública, testimonio especial en papel sellado de menor valor, con los timbres notariales adheridos de conformidad con la ley."

De conformidad con el Artículo 66 Código de Notariado testimonio es: "la copia fiel de la escritura matriz, de la razón de auténtica o legalización, o del acta de protocolación, extendida en papel sellado correspondiente, y sellada y firmada por el notario autorizante, por el que debe substituirlo..." Es la copia en la que el notario transcribe íntegramente una escritura. Siempre se deberá insertar en el testimonio los documentos

con los que se acredite la satisfacción de requisitos fiscales, aun cuando se hubieran mencionado en la escritura.



BIBLIOGRAFÍA



CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: 11ª. Ed. Editorial Heliasta S. R. L., 1976.

CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. México: (s.e.) Editorial Porrúa, 1970.

GONZALEZ, Carlos Emérito. **Derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina: (s.e.) Editorial la Ley, S.A., 1971.

<http://dnotarial.blogspot.com/2008/05/fe-publica.html>. (Consultado: 17 de marzo de 2018)

<http://www.banguat.gob.gt/inc/ver.asp?id=/info/historica>. (Consultado: 12 de abril de 2019)

<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-10/2705-principios-notariales-el-principio-de-inmediacion-0-020750132408691693>. (Consultado: 18 de marzo de 2018)

<https://definicion.de/documento/>. (Consultado: 12 de abril de 2019)

<https://wol.jw.org/es/wol/d/r4/lp-s/1200002160>. (Consultado: 17 de marzo de 2018)

MARINELLI GOLOM, José Dante Orlando. **Las responsabilidades del notario y su régimen en el derecho guatemalteco**. Guatemala: Editorial UMG, 1976.

MORA VARGAS, Hernán. **Manual de derecho notarial la función notarial**. San José Costa Rica: Primera Edición. (s.e). 1999.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Guatemala, Guatemala: Novena Edición. Editorial Infoconsult Editores, 2003.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Decimo séptima Edición. Editorial Heliasta S. R. L., 1974.

RAMÓN GARCÍA, Pelayo y Gross. **Diccionario de la lengua española, pequeño Larousse ilustrado**. (s.e.) Buenos Aires, Argentina: Editorial Larousse S.A., 1992.

SALAS, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. (s.e.) San José Costa Rica: Editorial Costa Rica, 1973.



Legislación:

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

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

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

Código Civil. Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República, 1964.

Código de Comercio de Guatemala. Decreto Número 270 del Congreso de la República de Guatemala, 1970.

Código Penal de Guatemala. Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1974.

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Ley del Impuesto al Valor Agregado. Decreto Número 27-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos. Decreto Número 37-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.