

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



GUATEMALA, JULIO DE 2023

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

**VULNERACIÓN AL PRINCIPIO NOTARIAL DE UNIDAD DEL ACTO POR PARTE DE
LOS NOTARIOS QUE LABORAN EN LOS BANCOS DEL SISTEMA AL EMITIR
MINUTAS DE LOS CONTRATOS A SUSCRIBIR**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EBER NEHEMIAS DE LA CRUZ GARCÍA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, julio de 2023

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

DECANO:	M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic. Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 22 de marzo de 2022.

Atentamente pase al (a) Profesional, GERSON DAVID QUEVEDO OSORIO
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
EBER NEHEMIÁS DE LA CRUZ GARCÍA, con carné 201046865,
 intitulado VULNERACIÓN AL PRINCIPIO NOTARIAL DE UNIDAD DEL ACTO POR PARTE DE LOS NOTARIOS
QUE LABORAN EN LOS BANCOS DEL SISTEMA AL EMITIR MINUTAS DE LOS CONTRATOS A SUSCRIBIR.

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.

CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

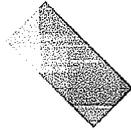


Fecha de recepción 30 / 3 / 2022

Asesor(a)
 (Firma y Sello)

Gerson David Quevedo Osorio
 ABOGADO Y NOTARIO





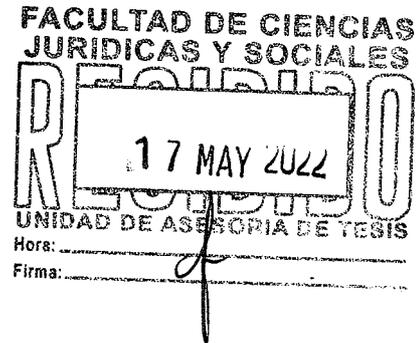
Lex Firma
Escritura y Asesoría



Guatemala, 26 de abril de 2022

Lic. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Licenciado Herrera Recinos:



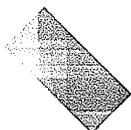
Respetuosamente a usted informo que de acuerdo a mi nombramiento de fecha 22 de marzo de 2022, procedí a asesorar al bachiller **EBER NEHEMIÁS DE LA CRUZ GARCÍA** el trabajo de tesis intitulada: **VULNERACIÓN AL PRINCIPIO NOTARIAL DE UNIDAD DEL ACTO POR PARTE DE LOS NOTARIOS QUE LABORAN EN LOS BANCOS DEL SISTEMA AL EMITIR MINUTAS DE LOS CONTRATOS A SUSCRIBIR**, por lo que hago de su conocimiento el siguiente dictamen:

- a) El contenido científico de la tesis se puede verificar en las técnicas y métodos utilizados siendo una contribución para la sociedad y para la legislación guatemalteca; puesto que es un tema muy importante que no ha sido investigado suficientemente. En todo caso puede servir como material de consulta para futuras investigaciones.
- b) La investigación contiene suficientes referencias bibliográficas, siendo las adecuadas, resguardándose el derecho de autor y sirviendo como base para sustentar y desarrollar el tema tratado.

6ª calle 5-28, zona 9 – Edificio Torre Cristal, Nivel 6, Oficina 601, Ciudad de Guatemala, Guatemala

Tel: 2332-3333 Cel:4770-3979

Correo Electrónico: grsn.quevedo@gmail.com gerson_unit@hotmail.com



Lex Firma
SERVICIOS LEGALES



- c) Las técnicas utilizadas fueron la bibliográfica y el uso de la tecnología por medio del internet, además se utilizaron los métodos: inductivo, deductivo y el sintético: mediante los cuales el bachiller analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes, que posteriormente lo llevaron a emitir una conclusión respecto al tema investigado. La técnica bibliográfica permitió recolectar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.
- d) Los capítulos se desarrollaron comprobándose la hipótesis planteada, con lo cual se contribuye de forma científica al sistema formativo guatemalteco.
- e) El bachiller en la conclusión discursiva manifiesta que la unidad del acto es un principio que se aplica a todos los contratos con el fin de darle solemnidad y seguridad al acto y contrato, por lo que se concluye que se contraría a los principios notariales que se emita una minuta para que el departamento jurídico de la institución bancaria lo apruebe y así formalizar el acto.
- f) Declaro que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley.

Con base en lo anterior y habiendo cumplido con los requisitos estipulados en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; emito **DICTAMEN FAVORABLE** al bachiller, para que la misma continúe el trámite correspondiente.

Atentamente,

Lic. Gerson David Quevedo Osorio *Gerson David Quevedo Osorio*
ABOGADO Y NOTARIO

Abogado y Notario

Colegiado: 16518

Asesor



Guatemala martes, 21 de junio de 2022

DR. CARLOS HERRERA
JEFE DE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



Estimado Dr. Herrera

Por este medio me permito expedir **DICTAMEN EN FORMA FAVORABLE**, respecto de la tesis de **EBER NEHEMIAS DE LA CRUZ GARCÍA** cuyo título es **VULNERACIÓN AL PRINCIPIO NOTARIAL DE UNIDAD DEL ACTO POR PARTE DE LOS NOTARIOS QUE LABORAN EN LOS BANCOS DEL SISTEMA AL EMITIR MINUTAS DE LOS CONTRATOS A SUSCRIBIR**.

El estudiante realizó todos los cambios sugeridos, por lo que a mi criterio, la misma cumple con todos los requisitos establecidos en el Normativo respectivo para que le otorgue la **ORDEN DE IMPRESIÓN** correspondiente

Atentamente

ID Y ENSEÑAD A TODOS

M.A Juan Carlos Gölcher Campollo
Consejero de Comisión de Estilo



USAC

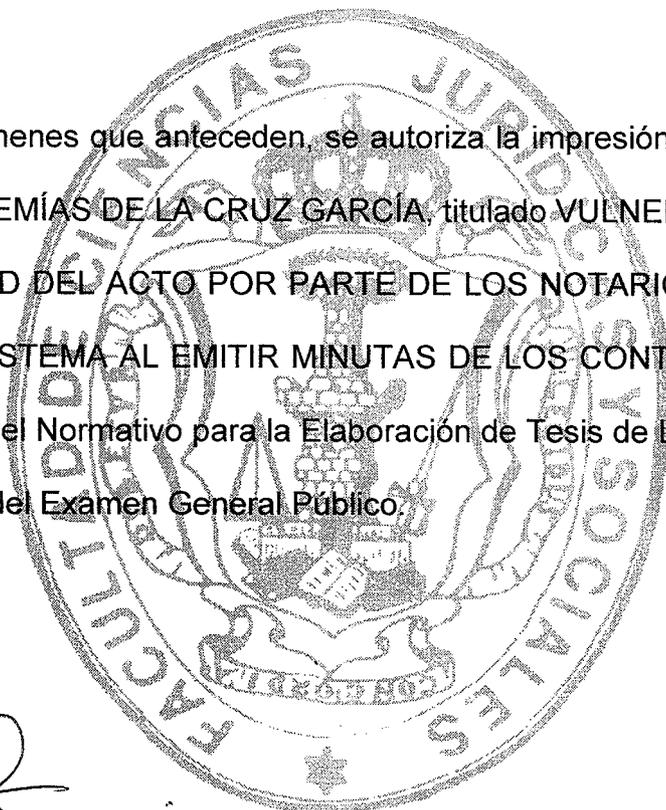
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala

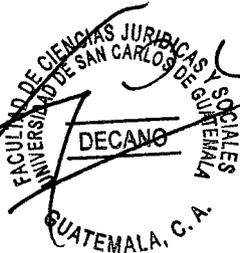


Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, diez de febrero de dos mil veintitrés.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante EBER NEHEMIÁS DE LA CRUZ GARCÍA, titulado VULNERACIÓN AL PRINCIPIO NOTARIAL DE UNIDAD DEL ACTO POR PARTE DE LOS NOTARIOS QUE LABORAN EN LOS BANCOS DEL SISTEMA AL EMITIR MINUTAS DE LOS CONTRATOS A SUSCRIBIR. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



CEHR/SAQO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Fuente de inspiración y fortaleza en mi vida.
- A MI MADRE:** Clara Luz Garcia Garcia, a su memoria, porque siempre me enseñó a luchar por mis metas, a soñar y sobre todo me inculcó valores que todos los días me conducen por buen camino, con su esfuerzo y paciencia siempre me impulsó hacia adelante, este triunfo es suyo.
- A MI PADRE:** Víctor Manuel de la Cruz Pérez, por su incansable lucha para darme siempre lo necesario para salir adelante, gracias por sus consejos.
- A MIS HERMANOS:** Luis Antonio y en especial a mi hermana, Dina de la Cruz por su apoyo incondicional en todo momento, gracias.
- A MIS CUÑADOS:** En especial a Víctor Chavarría por su apoyo y motivación, gracias.
- A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO:** Gracias por estar apoyando y motivándome en todo momento.

A MIS AMIGOS:

Con admiración y respeto, gracias por todos los momentos vividos.



A:

La Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, gracias.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, y todos los catedráticos que me impartieron sus conocimientos y experiencias.



PRESENTACIÓN

Con el presente trabajo de investigación se pretende hacer conciencia primeramente de la importancia del derecho notarial y la función del notario en su ejercicio profesional, tan importante es que existe una ley específica, tal como el Código de Notariado, Decreto 314 y una serie de leyes más que abarcan y regulan la forma en que el notario debe actuar.

El notario está investido por el Estado de fe pública y a través de ella autoriza y hace constar actos o contratos por los que es requerido de parte, dicha facultad debe ser utilizada adecuadamente, el derecho notarial debido a su naturaleza probatoria, es solemne puesto que, con la autorización del notario, los actos plasmados en un documento se tienen como cierto, cuentan con la validez y fuerza legal suficiente para hacer valer los derechos u obligaciones contraídos en el mismo, ante terceros o bien en un proceso legal.

Mediante el análisis y estudio de los principios sobre los cuales se fundamenta el derecho notarial se ha podido determinar una clara vulneración al principio notarial de unidad del acto por parte de los notarios que laboran en los bancos del sistema al emitir minutas de los contratos a suscribir, debido a que este principio establece que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto y mediante el cual las funciones receptiva, asesora, legitimadora, modeladora, preventiva y autenticadora se hacen valer. Se espera que esta investigación sea útil para las futuras generaciones.



HIPÓTESIS

Los problemas que se establecen con respecto al tema de la unidad de análisis son en forma negativa, puesto que el principio de unidad del acto se basa en que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto en un negocio jurídico celebrado entre el particular y una entidad bancaria ya que la escritura debe ser firmada por ambas partes y así materializar su consentimiento y el notario pueda dar fe del contenido del instrumento público. Contrario a lo que el principio indica relacionado a que los notarios deben respetarlo para dar fe, seguridad, valor y plena prueba de lo que se está realizando sea legal entre los contratantes, en todos los casos no se cumple debido a que para realizar la escritura los notarios que laboran en los bancos del sistema nacional, solicitan que el particular emita una minuta del contrato, para que el departamento respectivo pueda revisar y autorizar el contenido, previo a concretizar el negocio en el protocolo notarial.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

El método utilizado para la comprobación de la hipótesis es el deductivo, debido a que este parte de lo general a lo particular, para el efecto, dicho método será utilizado partiendo del fundamento jurídico de las disposiciones legales nacionales, que regulan de cierta forma el principio de unidad del acto.

La unidad del acto del derecho notarial es de gran interés, puesto que a través del mismo se mantiene ese acercamiento del notario con las partes y por lo tanto se cumple con orientarlas y dar la forma legal adecuada acorde a sus intereses, esto es todo lo contrario a emitir previamente un extracto o un borrador del posible contenido que puede tener el instrumento público.

La hipótesis planteada fue validada en el sentido de que es necesario que se realice un análisis acerca de la importancia que tiene la unidad del acto y que no se debe olvidar que este principio está ligado a la seguridad jurídica, en el entendido que debería existir un solo documento en el cual se formalice el contrato y no que primero deba revisarse y autorizarse si es aplicable o no determinadas condiciones que al final de cuentas en el protocolo pueden variar.



ÍNDICE

Introducción..... i

CAPITULO I

1. Derecho notarial.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.1.1. Los hebreos.....	2
1.1.2. Los egipcios.....	3
1.1.3. Grecia.....	3
1.1.4. Edad media.....	3
1.1.5. América.....	4
1.1.6. Guatemala.....	5
1.2. Definición.....	9
1.3. Objeto y contenido.....	12
1.4. Principios.....	13
1.5. Fuentes del derecho notarial.....	16
1.6. Relación del derecho notarial con otras ramas del derecho.....	17
1.7. Sistemas notariales.....	18
1.7.1. Sistema latino francés o público.....	19
1.7.2. Sistema sajón.....	21

CAPITULO II

2. Función notarial.....	23
2.1. Notario.....	25
2.2. Naturaleza de la función notarial.....	29
2.2.1. Teoría funcionarista.....	29
2.2.2. Teoría profesionalista.....	30
2.2.3. Teoría autonomista.....	31

2.2.4. Teoría ecléctica o conciliadora.....	32
2.3. Encuadramiento de la función notarial.....	33
2.4. Clasificación de la función notarial.....	34
2.5. Finalidad de la función notarial.....	37

CAPITULO III

3. El documento y el instrumento público.....	41
3.1. Fe pública.....	41
3.2. El documento.....	46
3.3. El instrumento público.....	48
3.3.1. Características.....	50
3.3.2. Clases.....	52
3.4. Eficacia del instrumento.....	54
3.5. Valor jurídico del instrumento público.....	55
3.6. Formalidades del instrumento público.....	56
3.7. Elementos personales del instrumento público.....	59

CAPITULO IV

4. Vulneración al principio notarial de unidad el acto por parte de los Notarios que laboran en los bancos del sistema nacional al emitir minutas de los contratos a suscribir.....	61
4.1. Protocolo.....	65
4.2. Negocio jurídico.....	70

CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	75
-----------------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA.....	77
--------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN



Se eligió el presente tema, para abordar la problemática que existe acerca de la vulneración al principio notarial de unidad del acto por parte de los notarios que laboran en los bancos del sistema al emitir minutas de los contratos a suscribir, pues es evidente que no existe la coincidencia de voluntades en un mismo tiempo, lugar y acción.

La Unidad de Acto que nos ocupa aquí, es la que se verifica en el acto instrumental, distinguiéndolo del acto sustancial o negocio, en el que también puede darse la Unidad. Nos interesa el Acto Notarial que es la materialización del negocio en un instrumento; la Unidad de Acto es el estado óptimo, la situación ideal para obtener mayor seguridad jurídica, sobre todo en los actos bilaterales no concluidos, o que se concretan en el momento de la instrumentación.

El objetivo general de la investigación fue establecer los efectos jurídicos negativos que se obtienen por la vulneración del principio notarial de unidad del acto, cuando al momento de la suscripción de un contrato entre una entidad bancaria y un particular se otorga una minuta para que el departamento jurídico de la institución revise y acepte o no las condiciones de cada contrato y que pueden variar al momento de plasmarlo en el protocolo notarial.

La teoría principal del tema establece que el principio de unidad del acto interesa destacar que su unidad no es una ficción legal, pues por ella se perfeccionan en el mismo momento, *'uno icto'*, de un solo golpe, negocio e instrumento, mediante la perfección del último de los componentes de la autorización; hay, pues, unidad de tiempo y por tanto de lugar y unidad del texto documental.

La tesis consta de cuatro capítulos, siendo los siguientes: en el primer capítulo, el primer capítulo el Derecho notarial, antecedentes, definición, objeto y contenido,



principios, fuentes del derecho notarial, relación del derecho notarial con otras ramas del derecho y los sistemas notariales. El capítulo segundo estará compuesto por la función notarial, el notario, la función notarial, naturaleza de la función notarial, encuadramiento de la función notarial y la clasificación de la función notarial.

En el capítulo tercero se aborda lo relacionado con el documento y el instrumento público, la fe pública, el instrumento público, sus características y clases, eficacia del instrumento público, el valor probatorio del mismo y por ultimo las formalidades establecidas en el Código de Notariado. En el cuarto y último capítulo se tiene como contenido la vulneración al principio notarial de unidad del acto por parte de los notarios que laboran en los bancos del sistema al emitir minutas de los contratos a suscribir, el protocolo notarial y el negocio jurídico.

En el desarrollo de la investigación se emplearon los métodos jurídico e inductivo, para establecer la problemática derivada de la vulneración al principio de unidad del acto al no existir o cumplirse con perfeccionar el instrumento público en un solo acto. En cuanto a la técnica, se utilizó la bibliografía para la recolección del material de referencia.

Se espera que la presente tesis sirva de material de apoyo para los estudiantes del derecho, quedando así la inquietud de continuar investigando acerca del tema en cuestión y darle la atención debida a los formalismos exigidos por el derecho notarial.



CAPITULO I

1. Derecho notarial

El derecho notarial es una rama importante del derecho por lo que es oportuno desarrollarlo, lo cual implica que se estudie sus antecedentes, objeto, contenido, principios, naturaleza jurídica, su relación con otras ciencias, así como su definición y con ello lograr una mejor comprensión de la transcendencia del derecho notarial y la función que ejerce el notario. Para poder entender la complejidad del tema es necesario iniciar a conocer lo relacionado con el origen del mismo, en virtud de ello se aborda a continuación los antecedentes desde tiempos remotos, hasta los actuales y la forma de cómo se instauró en el continente americano, una figura tan notable en todos los actos que el ser humano realiza a lo largo de su vida.

1.1. Antecedentes

A lo largo de la historia, el hombre ha necesitado conservar y perpetuar los actos en los cuales tiene participación, esta necesidad se ha suplido con una figura que asesore, redacte los documentos y que además estén dotados de seguridad jurídica, como consecuencia de ello nace el notario, a medida que los pueblos han evolucionado lo ha hecho también el ejercicio notarial.

Es importante y oportuno comprender cuál puede ser el origen de la palabra Notario, el doctor Nery Muñoz citando el Enciclopedia Editorial Sopena, indica, se dice que los



notarii eran los que utilizaban las notas tironianas. “Las llamadas NOTAS TIRONIANAS eran caracteres abreviados, los cuales constituían una especie de escritura taquigráfica que estuvo en uso en la Antigua Roma y en la Edad Media. Según Suetonio, el primer sistema de abreviaturas fue inventado por Enio. Tirón Recopiló estos signos y de ahí les viene el nombre de notas Tironianas, así como las que utilizaban tales notas fueron llamados notarios (*notarii*). Esos caracteres se perfeccionaron poco a poco y pueden ser considerados como los precursores de la taquigrafía moderna.”¹

La figura del notario ha existido desde tiempos muy remotos, a continuación, se hace un recorrido a lo largo de la historia y cómo ha evolucionado hasta la actualidad, su trascendencia y la seguridad que brinda su participación en los actos que se llevan a cabo y que requieren tener esa certeza jurídica, a continuación, se hace un breve recorrido de la historia en las civilizaciones antiguas acerca de los primeros indicios en los cuales apareció el notario.

1.1.1. Los hebreos

Los escribas hebreos eran de distintas clases, unos guardaban constancia y daban fe de los actos y decisiones del rey; otros pertenecían a la clase sacerdotal y daban testimonio de los libros bíblicos que conservaban, reproducían e interpretaban. Los terceros eran escribas de estado y sus funciones eran como de secretarios del consejo estatal y colaboradores de tribunales de justicia del estado. Por último, había otros escribas llamados del pueblo, que redactaban en forma apropiada los contratos

¹ Muñoz Nery Roberto, Introducción al estudio del derecho notarial. Pág. 4



privados, eran más parecidos a los notarios actuales, pero su sola intervención no daba legalidad al acto, pues para conseguir esta era necesario el sello del superior jerárquico.

1.1.2. Los egipcios

Se tenían alta estima a los escribas que formaban parte de la organización religiosa, estos estaban adscritos a las distintas ramas del gobierno, teniendo como función primordial la redacción de los documentos concernientes al estado y a los particulares, sin embargo, no tenían autenticidad sino no se estampaba el sello del sacerdote o magistrado.

1.1.3. Grecia

En esta cultura los notarios eran llamados singrafos que eran los que formalizaban contratos por escrito, entregándoles a las partes para su firma. Apógrafos eran los copistas de los tribunales. Mnemon que se subdividían en Hyeromnemon, quienes eran los que archivaban los textos sagrados y redactaban ciertos documentos de toda clase bajo la autoridad de superiores jerárquicos llamados Promnemon.

1.1.4. Edad Media

En esta época “se repite el ciclo evolutivo primitivo, de manera espontánea surge un notariado eclesiástico que no se limita a los asuntos de la iglesia, sino que interviene en



forma creciente en asuntos temporales. El ejercicio del notariado fue prohibido por el Papa Inocencio III en 1213 a los Ordenados “In Sacris”, prohibición que confirmaron los reyes y extendieron luego a todos los sacerdotes, terminando en esta forma con dicha práctica, la cual retrotraía el notariado a los tiempos primitivos, en que tal función estaba reservada a la clase sacerdotal. Se acude luego a la clase sacerdotal y a la organización judicial, como en Roma, para darles autenticidad y ejecutoriedad a los documentos. Finalmente, a partir del siglo XII, se procede gradualmente a sustituir a los jueces por los *Iudice Chartularii* o jueces-notarios, aliviando el trabajo de aquellos. En una etapa posterior, los jueces cartularios se convierten en funcionarios privados, en lo cual influyen los intérpretes inspirados en el Derecho Romano, que lograron así resucitar una versión mejorada, de los *tabeliones* romanos.

1.1.5. América

El Doctor Nery Muñoz expone “cuando Cristóbal Colón descubrió América, trajo en su tripulación a Rodrigo de Escobedo, quien era escribano. La venida de Escobedo personifica el trasplante del instituto de notariado de España a América. De ese momento en adelante, habrían de marchar unidos, formando una trinidad indisoluble, la espada del conquistador, la cruz de la religión y la pluma del escribano.”² La historia del notariado es similar en todos los países del continente americano, con los conquistadores llegaron los primeros notarios, tres años más tarde, el notario Escobedo muere en forma trágica a manos del cacique Caonobó, en tierras de la

² *Ibíd.* Pág. 13

Española, hoy Haití. No solo para cada viaje se nombraba un escribano, sino que a la expedición de conquista de tierra adentro, era indispensable su presencia.

Es así como el oficio de escribano fue fundamental en toda la esfera de Indias, de hecho un funcionario acompañaba a todas las expediciones, tanto las de descubrimiento costero, como las que luego entraron a los territorios, como ejemplo se puede mencionar, el 6 de septiembre de 1501, en Granada, se extiende el título a Juan de Guevara como Escribano de la expedición de Ojeda, en estos casos se trata de un funcionario real, cuya presencia es indispensable para dar legalidad a los actos de la expedición.

1.1.6. Guatemala

La historia del Notariado en Guatemala es una de las más antiguas de Centro América, posiblemente tiene sus indicios desde la época de los quiches, por los vestigios históricos que se encuentran redactados en el Popol Vuh. En la época colonial al fundarse la ciudad de Santiago de Guatemala y en la reunión del primer cabildo que tuvo lugar el 27 de julio de 1524 se faccionó la primera acta, actuando como primer escribano Alonso de Reguera. El nombramiento, recepción y admisión del escribano público lo hacía el cabildo.

El trabajo del escribano público era en función de los contratos y las actuaciones judiciales, la colegiación de abogados y escribanos se dispuso en el decreto legislativo No. 81 del 23 de diciembre de 1851 que encargó su organización a la corte suprema de



justicia. Se creó la ley de notariado en la época de la reforma liberal (1877) junto al código civil, al de procedimientos civiles y la ley general de instrucción públicas. “Se considera el notariado guatemalteco, como el más antiguo de Centro América. En 1543 aparece el escribano don Juan de León cartulando en la Ciudad de Santiago de Guatemala.”³ La etapa formativa del notariado en la ciudad de Guatemala, recoge las características básicas con que se realizó esa profesión en otras regiones indianas. Los nombramientos los hacía el cabildo o el gobernador de la provincia, siempre sujetándose a la posterior decisión y aprobación real. Los exámenes de escribanos debían realizarse en México, en virtud de no existir en Guatemala audiencia.

Existían otros escribanos llamados, Escribanos Públicos, que eran diferentes al Escribano de Cabildo. Las diferencias entre ambos eran: a) El Escribano de Cabildo no ejercía como Escribano Público; b) Sólo había un Escribano de Cabildo, en caso de ausencia debían de nombrar otro; y c) El nombramiento, recepción y admisión del escribano público lo hacía el Cabildo, mientras que el Escribano de Cabildo lo nombraba el Gobernador.

En razón de que la práctica del notariado en Guatemala es más antigua, también es la más rigurosa en cuanto a su legislación: El Decreto Legislativo del 10 de junio de 1825, asignó entre las atribuciones de la Corte Superior de Justicia, las de realizar el examen y recibimiento de los Escribanos Públicos, así mismo, se establecieron por medio del Decreto Legislativo del 27 de noviembre de 1834, los requisitos para ser Escribano Público, entre los cuales figuraban:

³ Salas, A. Oscar. *Derecho Notarial de Centro América y Panamá*. Pág. 35



a) Ser ciudadano mayor de edad; b) Estar en el goce de sus derechos civiles; c) Tener arraigo en el Estado; d) Poseer los suficientes medios conocidos para subsistir; e) Moralidad; f) Desinterés; g) Rectitud; y h) Virtudes políticas que puedan reflejar la acreeduría para el depósito de la confianza pública; este mismo Decreto estableció el procedimiento para optar al cargo.

Durante los primeros años de la época independiente, no surgieron reformas a la forma de nombramiento de los escribanos o ejercicio del notariado, sin embargo, en 1835, catedráticos de gramática y notarios obtienen acceso privilegiado a la Corte Suprema de Justicia, seguidamente se aprobó que ante tres escribanos o notarios se realizara un examen para el ejercicio notarial.

Otro dato relevante de esta época es la facultad que tenía el Presidente de elegir el número de escribanos o notarios que ejercerían en el territorio nacional, sin embargo se limitó la competencia territorial al departamento del domicilio del notario, en el que se le prohibía autorizar instrumentos públicos fuera de esa competencia, tenían que otorgar fianza; así mismo los escribanos que desempeñaban cargo público no podían autorizar instrumentos públicos y si los autorizaban estos serían nulos y podían ser destituidos.

En la época liberal, “durante el Gobierno del Presidente Justo Rufino Barrios, se emitió una Ley de Notariado, un Código Civil y uno Procedimientos Civiles, la Ley General de Instrucción Pública, se crea la carrera universitaria de notario por medio de la Ley del 7 de abril de 1877 y la reglamentaria de instrucción pública del 21 de mayo de 1877,



debían tener la edad de 21 años para ejercer el notariado, empastar el protocolo, facultaba para autenticar firmas, con la reforma del 29 de diciembre de 1929, se suprimió el requisito de la fianza para ejercer la profesión de notario, surge un nuevo código de notariado, se establecen los exámenes de practica notarial, previo a acompañar expediente con los requisitos prevenidos en la ley y con ello obtener la licenciatura de notario.”⁴

En la época, posterior a la Revolución de 1944, Fernando Quezada indica “con el advenimiento de la revolución del 20 de octubre de 1944, en la que tuvieron decidida participación los estudiantes universitarios, surge un acendrado espíritu innovador, se vislumbran mejores y más amplios horizontes y los órganos estatales, así como las autoridades y funcionarios, adoptan una actitud distinta ante lo universitario. Como primeros pasos de innegable trascendencia, cabe señalar que en la Constitución de la República se consagra como derecho constitucional la autonomía de la Universidad y se establece la colegiación oficial obligatoria para el ejercicio de todas las profesiones universitarias. El Colegio de Abogados de Guatemala, integrado también por todos los notarios del país, queda constituido el diez de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete.”⁵

Con la historia del notariado se evidencia la importancia que este tiene en la sociedad, puesto que siempre se han celebrado actos en los cuales es necesario dotarlos de perdurabilidad y permanencia, confiriéndoles certeza y valor a los actos e instrumentos

4 AMAYA SANTOS, Edna Karina. **La necesidad de regular un procedimiento para sanear errores cometidos en los instrumentos públicos, al fallecimiento del notario.** Pág. 15-17

5 Quezada Toruño, Fernando José. **Régimen Jurídico del Notariado en Guatemala.** Pág. 2



que se originan entre las personas; actualmente, el Decreto 314 del Congreso de la República, Código de Notariado, emitido el 30 de noviembre de 1946, sancionado el 10 de diciembre de 1946, cobró vigencia el 1 de enero de 1947, con esta norma se pretendía agilizar la contratación y con ello tener un marco jurídico claro y certero.

Sin embargo la actuación del notario no se circunscribe solamente a dicho Código puesto que existen otras leyes, tales como el Decreto 54-77 Ley Reguladora de la Tramitación Notarial en Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto Ley 125-83 relacionada con el trámite de rectificación de área ante notario, Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil, en lo concerniente al trámite del proceso sucesorio, intestado y testamentario, subasta voluntaria y la identificación de tercero.

Así mismo el Decreto 73-75 del Congreso de la República, relativo al Registro de Procesos Sucesorios. Decreto 2-89, Ley Del Organismo Judicial, puesto que regula el ejercicio del notariado en el exterior y los documentos que provienen del extranjero. La Ley de Colegiación Decreto 72-2001, Ley de Timbre Forense y Timbre Notarial, Decreto 82-96, Código Civil, Código de Comercio de Guatemala, Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolos, Ley de Herencias Legado y Donaciones, entre otras.

1.2. Definición

Conocer los antecedentes históricos del notariado es muy importante puesto que el notario ha tenido una trascendental labor en la sociedad evolucionando



conjuntamente con esta, en este punto es necesario comprender qué es el derecho notarial y su alcance por lo tanto es preciso abordar lo relacionado con la definición del mismo. Son diversas las definiciones del derecho notarial, entre las más relevantes y con un mayor alcance se encuentran:

Oscar Salas Marrero en relación al derecho notarial, indica: “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.”⁶

Enrique Giménez Arnau, manifiesta que: “El derecho notarial es el conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público.”⁷

Núñez Lagos, se refiere al derecho notarial “como el conjunto sistemático de los conceptos y preceptos que regulan el instrumento público y la actividad documental del notariado.”⁸

Jorge Ríos Hellig, “Podemos definir al derecho notarial como aquella rama autónoma del derecho público que se encarga de estudiar la institución del notariado y la teoría general del instrumento público notarial.”⁹

6 Salas, Oscar A. Op. Cit. Pág. 15

7 Giménez Arnau, Enrique. *Derecho notarial*. Pág. 30.

8 Núñez Lagos, Rafael. *Estudios de derecho notarial*. Pág. 22.

9 Ríos Hellig, J. *La Práctica del Derecho Notarial*. Pág. 40



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

Como se puede observar, las definiciones antes mencionadas son quizá las más importantes y relevantes que se pueden obtener del derecho notariado, sin embargo, una de las más completas y que ha tenido una mayor aplicación es la del autor Salas puesto que la misma está compuesta tanto por las doctrinas y normas jurídicas, aunado a ello aporta los elementos del derecho notarial, siendo estos:

- a) La organización del notariado, este se refiere a todos los requisitos, intelectuales y administrativos necesarios para el ejercicio de la profesión.
- b) La función notarial, esto es el quehacer o actividad del notario que debe estar encuadrado dentro del orden legal y vigente en el país.
- c) La teoría formal del Instrumento Público, en este punto es preciso indicar que el derecho notarial debe atender de manera especial a la forma de los instrumentos públicos. Por eso se dice que el derecho notarial estudia la forma de la forma, o sea el elemento que debe cumplirse para que los actos sean plenamente válidos.

Con lo anteriormente dicho, se puede determinar, el por qué la definición a la cual se hace referencia es muy importante y con mucha aceptación entre los profesionales del



derecho por su grado de alcance que la misma tiene. En lo particular se considera que el derecho notarial es un conjunto de principios, teorías, normas jurídicas, doctrinas e instituciones que regulan, la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público.

1.3. Objeto y contenido

El objetivo del derecho notarial puramente es la creación y formación del instrumento público, claramente esta actividad lleva implícito el conocimiento doctrinario y jurídico que posee el notario y se realiza a petición de parte. Mientras que el contenido, se refiere a la actividad del Notario y de las partes en la creación del Instrumento Público.

En otras palabras, el objeto del Derecho Notarial es la creación del Instrumento Público, dotar de procedimientos formales y evitar la informalidad. El notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Una vez abordado el objeto del derecho notarial, es preciso conocer lo relacionado con el contenido del mismo, este no es más que la regulación de la actividad del notario y de las partes en el proceso de formación del Instrumento Público.

El objeto y contenido del derecho notarial están ligados específicamente con el actuar que el notario realiza y este se lleva a cabo en cada Instrumento Público, poniendo en práctica todos los conocimientos que el profesional del derecho posee, dotando así de



la certeza y seguridad jurídica necesaria la voluntad que las partes plasman en cada acto ante el notario, creando así derechos y obligaciones que empiezan a regir desde el momento de autorización o bien con posterioridad.

1.4. Principios

La Real Academia Española define el término principio de la siguiente forma: “Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes.”¹⁰ En ese mismo sentido el Diccionario Panhispánico del español jurídico indica: principio “Axioma que plasma una determinada valoración de justicia constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación.”¹¹

Los principios pues son la fuente o los preceptos que fundamentan el derecho notarial en ese sentido el doctor Nery Muñoz, quien cita a Neri, Argentino, indica que “al hablar de principios estamos ante un campo inexplorado y que en materia de principios aún no se ha formulado expresamente todo.”¹² Entre los principales principios del derecho notarial se encuentran:

- a) **Fe pública:** es un atributo otorgado por el Estado al notario, con el fin de robustecer con una presunción legal de veracidad los hechos y actos en los que

¹⁰ Real Academia Española. <https://dle.rae.es/principio>. (Consultado: el 20 de diciembre de 2021)

¹¹ Diccionario Panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/principio>. Consultado: 20 de diciembre de 2021)

¹² Neri, Argentino. *Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial*. Pág. 366



intervenga por disposición de la Ley o a requerimiento de parte, constituyendo una garantía de autenticación.

- b) **Forma:** este principio se base en adecuar el acto a la forma jurídica
- c) **Autenticación:** básicamente este se refiere a la credibilidad que legalmente se reconoce a los instrumentos autorizados por el notario, para ello el hecho o acto debe ser percibido por los sentidos de un funcionario revestido de autoridad y facultad autenticadora. “el instrumento público trasunta creencia de su contenido y por tanto, además de auténtico es fehaciente.”¹³
- d) **Inmediación:** se refiere al contacto directo entre el notario y las partes y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público. El notario siempre debe estar en contacto con las partes, con los hechos y actos que se producen dando fe de ello.
- e) **Rogación:** la intervención del notario debe ser solicitada, el notario no puede actuar por sí mismo o de oficio.
- f) **Unidad de contexto:** este principio, conocido también como de especialidad, es muy propio de Guatemala, se refiere a que todo acto que se emita para crear, modificar o extinguir los derechos y obligaciones contenidos en el código de notariado debe hacerse como reforma expresa del mismo.

¹³ Fernández Casado, Miguel. *Tratado de notaria*. Pág. 18



- g) **Consentimiento:** el consentimiento es un requisito indispensable y debe estar libre de vicios, este hace constar la voluntad de las partes, la aceptación y ratificación queda plasmada mediante la firma de los otorgantes.
- h) **Unidad del acto:** las autorizaciones y actuaciones en que intervenga el notario deben realizarse en un mismo acto, en un mismo momento. El doctor Nery Muñoz indica: “este principio se base en que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto. Por tal circunstancia lleva una fecha determinada y no es lógico, ni legal que se afirmado un por uno de los otorgantes y otro día por el otro, debe existir 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.”
- i) **Seguridad jurídica:** se base en la fe pública del notario por lo que los actos que legaliza son ciertos, existe certidumbre o certeza.
- j) **Publicidad:** los actos que autoriza el notario pueden ser consultados por cualquier persona, salvo los testamentos y donaciones por causa de muerte.
- k) **Permanencia:** el instrumento que obra en el protocolo debe estar garantizado de que permanecerá en el tiempo y podrá reproducirse cuando sea necesario.
- l) **Imparcialidad:** el notario no debe estar a favor de ninguna de las partes en la prestación de sus servicios.



- m) **Función integral:** se refiere a la función total que debe llevar a cabo el notario que es contratado para un solo acto, pero debe cumplir con todas las obligaciones posteriores que se deriven.
- n) **Protocolo:** el protocolo es donde se plasman las escrituras matrices originales y es necesario debido a la perdurabilidad y seguridad en que quedan los instrumentos autorizados por notario, producen fe y plena prueba.

Los principios notariales son la base sobre la cual se forja o lleva a cabo la función notarial, como se puede observar la lista de ellos es extensa, por lo que estos son muy importantes su observancia y aplicación, ya que el notario hace perdurar los actos en los cuales, a requerimiento de parte, interviene y autoriza dotándolos de certeza jurídica.

1.5. Fuentes del derecho notarial

La ley es la única fuente del derecho notarial, ya que el notario solo puede hacer lo que la ley le permite. En Guatemala, la única forma del derecho notarial es la Ley. Las demás fuentes, únicamente le sirven para nutrirse. "Entre ellas, la doctrina, lo que los autores nacionales y extranjeros que han escrito sobre el Derecho notarial, configuran la doctrina; la jurisprudencia crea reglas jurídicas; la costumbre, prácticas y usos, sirven de base para crear normas jurídicas."¹⁴

¹⁴ Muñoz, Nery. Op. Cit. Pág. 47



Es importante hacer notar que esto se debe a la función pública del notario y no se puede argumentar lo contrario, la libertad de acción que establece la Constitución Política de la República de Guatemala, respecto a que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe es para particulares, no así para el ejercicio del derecho notarial. Por lo que en el ejercicio notarial no se puede utilizar otra fuente más que todo el andamiaje legal previamente establecido.

1.6. Relación del derecho notarial con otras ramas del derecho

El derecho notarial, es amplio y de mucha trascendencia por lo que se relaciona con varias ramas del derecho, a continuación, se hace un breve análisis y referencia de cómo y con cuales son las ciencias que el derecho notarial se relaciona.

- a) **Derecho civil:** se relaciona con esta rama ya que la mayoría de los contratos regulados en el Código Civil, deben constar en escritura pública como requisito esencial para su validez, es quizá una de las ramas con las que existe una mayor relación por lo antes mencionado.
- b) **Derecho registral:** esto debido a que muchos de los actos y contratos que el notario autoriza debe enviarse testimonio o aviso a los distintos registros para que sean operadas, ya sean las inscripciones, anotaciones o cancelaciones.
- c) **Derecho procesal civil:** ello se debe a que ambos derechos están conformados por normas que nos dan requisitos formales. Además, el notario es auxiliar del



juez y realiza determinadas actividades, tales como notificaciones y discernimiento de cargos.

- d) **Derecho mercantil:** ya que existen algunos contratos que necesariamente deben constar en escritura pública y algunos otros actos donde se requiere la intervención del notario. Entre los contratos se puede mencionar el de las Sociedades Mercantiles, que por ser solemnes deben necesariamente, constituirse o modificarse en escritura pública. Así mismo según el Código de Comercio de Guatemala, el protesto de títulos-valores solo se pueden hacer constar en acta notarial.

- e) **Derecho administrativo:** tal como lo indica el doctor Nery Muñoz, el notario tiene muchas obligaciones ante la administración pública y a esto se debe la relación entre ambas ramas. Las obligaciones del notario no se contraen solamente a avisos, sino que en algunos casos resulta siendo un recaudador del fisco, esto podría ser cuando paga un impuesto sobre un negocio.

1.7. Sistemas notariales

Antes de conocer los sistemas notariales, es preciso conocer saber que un sistema es un conjunto de elementos que funcionan como un todo, es una unión de elementos debidamente organizados, es por ello que resulta importante conocer cuáles son los sistemas notariales que existen.



Antes de abordar lo relacionado con los sistemas notariales, antes mencionados es preciso que varios autores, tales como Bellver Cano, quien clasifica los sistemas de la siguiente forma: “a) notariado de profesionales libres, b) notariado de profesionales públicos, c) notariado de profesionales-funcionarios públicos, d) notariado de funcionarios judiciales, e) notariado de funcionarios administrativos.”¹⁵

De acuerdo con el doctor Nery Muñoz, el autor Giménez-Arnau indica que hay dos tipos fundamentales de notarios y utiliza las denominaciones de Notario Latino y Notario Sajón. Aunque también agrega que existe un subgrupo en donde se incluye el notariado alemán, austriaco y suizo. Oscar Salas clasifica los sistemas notariales como: sajón, de funcionarios judiciales, de funcionarios administrativos y latino. Como bien se puede observar, la clasificación de los sistemas notariales, es variada, sin embargo, se puede concluir que los más importantes son el sistema latino y el sajón, mismos que a continuación se desarrollan.

1.7.1. Sistema latino francés o público

Este sistema tuvo su origen con ciertos antecedentes en Roma, en la práctica de las ciudades italianas con ocasión del florecer económico de los siglos XIII y XIV y se extendió rápidamente al mundo continental enlazando, en los llamados países germánicos con ciertos antecedentes germánicos. Producida la codificación a partir del Código de Napoleón se estableció en Europa, América Latina y en épocas recientes ha conocido una fuerte expansión.

¹⁵ Bellver Cano, Antonio. *Principio de régimen notarial comparado*. Pág. 19



Este sistema es el que actualmente se aplica en Guatemala, por lo tanto, es preciso mencionar las características:

- a) La responsabilidad en el ejercicio profesional es personal;
- b) Pertenece a un Colegio Profesional, en Guatemala, al Colegio de Abogados y Notarios;
- c) El ejercicio puede ser cerrado o abierto, limitado o ilimitado, en Guatemala el sistema es abierto, es decir no se tiene limitaciones dentro del territorio nacional incluso, en algunos casos se puede actuar fuera del territorio nacional;
- d) Deber ser profesional universitario;
- e) Desempeña una función pública, pero no depende directamente de autoridad administrativa;
- f) Es un profesional del derecho, pero algunas de sus actuaciones son las de un funcionario público;
- g) Existe un protocolo notarial en el cual se lleva el registro de todas las escrituras que se autorizan;
- h) En Guatemala, específicamente en el Artículo 4 numeral 3 del Código de Notariado, es incompatible con el ejercicio de cargos públicos que lleven aneja



jurisdicción, así también para los funcionarios y empleados de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las municipalidades que deben sueldo del Estado o del municipio y el Presidente del Organismo Legislativo.

Las funciones que realiza el notario, en este sistema consisten en que desempeña una función pública, le da autenticidad a los hechos y actos ocurridos en su presencia y de acuerdo a la legislación, esto produce fe y hacen plena prueba, recibe e interpreta la voluntad de las partes dándole forma legal en el instrumento público.

1.7.2. Sistema sajón

Como se pudo evidenciar, anteriormente, Guatemala pertenece al notariado latino y frente a este se encuentra el llamado notariado anglosajón, el cual cobra relevancia debido a la potencia económica en los que se encuentra implantado, es preciso indicar que no se hace referencia precisamente a un tipo de notariado sino dos sistemas jurídicos distintos.

Cabe señalar que el derecho romano que penetró con facilidad en el continente europeo fracasó en Inglaterra, esto se debe a la resistencia de una profesión legal fuertemente organizada en torno a un restringido y poderoso grupo de jueces. Este sistema cuenta con las siguientes características:

- a) No entra a orientar sobre la redacción del documento, por lo tanto, no da asesoría a las artes;



- b) Es necesario contar con una cultural general y algunos conocimientos legales es obligatorio tener título universitario;
- c) La autorización para su ejercicio es temporal pudiendo renovarse la autorización;
- d) Se debe prestar una fianza para garantizar la responsabilidad en el ejercicio;
- e) No existe colegio profesional y no llevan protocolo.

En este sistema la principal función del notario es la de autenticar firmas en documentos que ya preparados y elaborados por las mismas partes o por abogados que no tienen fe pública.

El sistema latino es utilizado en América, Europa, África y Asia, mientras que el sistema sajón es de aplicación en Estados Unidos de América, con excepción de Louisiana, Canadá, excepto Quebec, Suecia, Noruega, Dinamarca e Inglaterra.



CAPITULO II

2. Función notarial

La función notarial es una función pública, por lo que el Notario tiene la autoridad del Estado, es ejercida de forma imparcial e independiente, sin estar situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado. Se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiere al usuario seguridad jurídica, evita posibles litigios y conflictos, que puede resolver por medio del ejercicio de la mediación jurídica y es un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia.

“Lo típico de la función notarial se cumple en la creación y perfeccionamiento del instrumento público. El concepto más sencillo de la función notarial es, que ella se da cuando varias personas, acordes en sus pretensiones jurídicas, comparecen ante el notario para que este las sitúe en un molde previsto en la ley y les imprima caracteres de veracidad, autenticidad, permanencia y revistiéndolas del más alto grado de seguridad.

En desarrollo de esta labor aquel ejerce dicha función, la cual, por ende, es documentadora, creadora de formas escritas y al documento que nace de su ejercicio, le atribuye efectos legitimadores, sustantivos, probatorios y ejecutivos. La misión del notario al ejercer la función notarial es, pues, consagrar una fehaciente seguridad jurídica dentro de la sociedad.”¹⁶

¹⁶ Barragan, Alfonso. *Manual de derecho notarial*. Pág. 12



Para empezar este tema es preciso indicar que esto no es más que el quehacer del notario por lo que es importante su desarrollo y conocer del mismo con una mayor profundidad, para comprender este tema tan completo es necesario saber qué hace el notario y por tanto definir que es un notario. Por lo que a continuación, se desarrolla el mismo.

Ahora bien, según Nery Argentino,¹⁷ la expresión “Función Notarial” se le juzga como la verdadera y propia denominación que cabe aplicar a las tareas que despliega el notario en el proceso de formación y autorización del instrumento público.¹⁷

“La función no puede radicarse exclusivamente en la jurisdicción voluntaria, ni en la prueba, ni en la forma. Tiene esa triple finalidad y además, un evidente aspecto de jurisdicción preventiva, asesora y legitimadora.”¹⁸

El tratadista González Palomino afirma, que: “La función notarial consiste en dar carácter formal de instrumento público a ciertos documentos y está en legal correspondencia con el instrumento público como forma documental. La función notarial consiste en dar valor forma a ciertos documentos, que adquieren su valor por la forma y en el campo de la forma jurídica”.¹⁹

Como se puede establecer, en las definiciones anteriores, estas comprenden la tarea que el notario realiza al momento de que sus servicios sean requeridos puesto que no

17 Neri, Argentino. Op. Cit. Pág. 515

18 Giménez Arnau, Enrique. Op. Cit. Pág. 62.

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



solamente le da forma a la voluntad de las partes, sino también debe prevenir a los comparecientes acerca de los efectos legales, así como los derechos y obligaciones que se contraen, así mismo al momento de plasmar su sello y firma el notario legitima ese acto, dotándolo así de la suficiente fuerza legal.

En conclusión, se puede establecer que la función notarial, consiste en la función o el ejercicio que realiza el notario al recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando, para el efecto, los instrumentos adecuados ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de estos y expidiendo copias que den fe de su contenido. Cabe agregar que está facultado para conocer, tramitar y resolver asuntos no contenciosos, los cuales son conocidos en la legislación guatemalteca como, asuntos de jurisdicción voluntaria.

2.1. Notario

Para comprender de una mejor manera, el quehacer del notario, es importante abordar lo relacionado con el notario, para ello es preciso conocer las diversas acepciones, conceptos y definiciones que varios estudiosos del derecho le han dado al notario, una profesión con mucha trascendencia dentro de la sociedad y en la creación de derechos y obligaciones en acto que autoriza a requerimiento de parte.

“El vocablo Notario procede del latín *-nota-* que significa *-título, escritura, cifra-*; tal significado se da porque antiguamente se acostumbraba escribir en cifras o abreviaturas los contratos y demás actos encomendados a los notarios; así también los



notarios autorizaban los contratos con su cifra, signo o sello, tal y como se ha en la actualidad.”²⁰

“Según la Ley Española del Notariado, Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.”²¹

“Según la legislación Argentina, sólo es Notario quien conforme a sus prescripciones se encuentra habilitado para actuar en un registro notarial de la provincia; a los matriculados se les conoce como aspirantes a notarios.”²²

De las definiciones anteriores es preciso hacer notar, que, en un término más amplio, el notario no es más que un escribano, sin embargo, esto no es así puesto que en la actualidad y en el sistema notarial aplicable, esto va más allá de solamente redactar documentos, se debe tener la preparación académica necesaria para ejercer, así como cumplir con determinados requisitos habilitantes, para el ejercicio notarial y cumplir con la amplia función que ejerce.

El notario es una persona autorizada que, conforme a derecho, está facultado para dar fe, a través de los instrumentos legales, los hechos, actos y negocios jurídicos realizados por los otorgantes, quienes, voluntariamente dan su aceptación a los mismos. Entre las definiciones más aceptadas en la actualidad, es preciso mencionar las siguientes:

20 López M., Mario R. *La práctica en los procesos voluntarios extrajudiciales*. Pág. 7.

21 Giménez Arnau, Enrique. *Introducción al derecho notarial*. Pág. 45.

22 Gattari, Carlos Nicolás. *Manual de derecho notarial*. Pág. 327.



Para José María Mengual y Mengual, citado por García Cifuentes, el Notario “es el funcionario público, que por delegación del poder del Estado y con plena autoridad en sus funciones, aplica científicamente el Derecho en su estado normal cuando a ello es requerido por las personas jurídicas.”²³

Giménez Arnau, citado por el autor García Cifuentes afirma que Notario “es el profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que intervienen, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados”.²⁴

El autor Ramón Sopena, respecto al Notario, indica: “Nombre que antiguamente se daba a los escribanos o actuarios judiciales, que más tarde se dio a los que actuaban en negocios eclesiásticos. En España y ciertos países hispanoamericanos es hoy el funcionario público autorizado para dar fe de los contratos, testamentos y otros actos extrajudiciales, conforme a las leyes”.²⁵

Para Cabanellas, Notario es el “fedatario público funcionario autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Aun cuando la definición legal sea exacta en líneas generales, debe advertirse que no son los

23 García Cifuentes, Abel Abraham. **Obligaciones del notario posteriores a la autorización de un instrumento público.** Pág. 9.

24 **Ibid.** Pág.40

25 Sopena, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado Sopena.** Pág. 2982.

fedatarios exclusivos en materia extrajudicial, ya que otros varios funcionarios y autoridades pueden similar competencia, aunque en negocios concretos”.²⁶



En estas definiciones se puede observar que, en casi todas, se indica que el notario es un funcionario público, esto en virtud de la fe pública que la ley le otorga, interviniendo en los actos que son requeridos a petición de parte, dándole forma jurídica a los mismos.

Tomando en cuenta lo anterior, es preciso abordar la definición de notario latino, aprobada en el Primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado, celebrado en Buenos Aires, Argentina, en 1948, en la misma se indicó: “el notario latino es el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe función está comprendida su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.”

Como un agregado a la anterior definición, que si bien es cierto es muy completa, resulta importante recordar la facultad del notario para conocer, tramitar y resolver asuntos de jurisdicción voluntaria, es decir en los cuales no hay litis, en lo que algunos autores llaman como fase normal del derecho. Un notario por lo tanto es un profesional del derecho, con fe pública y quien, a requerimiento de parte, asesora y da forma legal a la voluntad de los contratantes a través de los instrumentos públicos idóneos,

²⁶ Cabanellas, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Pág. 571



conservando los originales y expidiendo copias de los mismos constituyendo estos una prueba suficiente del acto; conociendo, tramitando y resolviendo asuntos de jurisdicción voluntaria.

2.2. Naturaleza de la función notarial

Una vez establecido y comprendido el término de notario y se ha abordado lo relacionado con la función notarial, es oportuno conocer la naturaleza del quehacer del notario, de las actividades profesionales que el profesional realiza para cumplir su objetivo. Existen muchas teorías que explican la función notarial o cómo surge la misma, sin embargo, en el presente caso se abordan las más importantes, entre ellas se puede mencionar: la teoría funcionarista, la profesionalista, autonomista y la ecléctica o conciliadora.

2.2.1. Teoría funcionarista

De acuerdo con esta teoría, existe la necesidad del Estado de encargarle a alguien esta función. Sostiene que la función del notario es en nombre del Estado.

Según esta teoría la función notarial forma parte de la administración o poder ejecutivo, puesto que se asemeja a un servicio público, el notario posee un poder certificante al ejercer una función instrumental; la función notarial es jurisdicción voluntaria, al no existir Litis, sino convergencia de voluntades por lo que no se produce efecto de cosa juzgada.



Respecto a esta teoría el autor Oscar Salas, en defensa de la misma indica que el notario actúa en nombre del Estado, que algunas leyes lo definen como funcionario público investido de fe para autenticar y legitimar los actos que requieren su intervención y que el origen mismo de la institución y que se trata de una función pública desempeñada primeramente por funcionarios estatales y que el Estado delegó después en los notarios. ²⁷

Como se puede observar quienes, siguen esta teoría, identifican la función notarial con una función pública es decir en el papel de un funcionario público que ejerce su actividad en virtud de la delegación atribuida por el Estado.

Según esta doctrina la potestad de autenticar, es delegada únicamente por el Estado, por lo que en ese sentido el notario actúa como un funcionario público investido de fe para legitimar o dar validez a los actos que requieren su intervención.

2.2.2. Teoría profesionalista

Esta teoría basa su principal argumento en que el Notario es un profesional libre, negándose, a considerarlo un funcionario público, no obstante, la trascendencia social de su función. La actividad autenticadora y certificadora no es pública, ni es un atributo del Estado, sino una mera creación legal, por tanto, el hecho de que el notario cumpla con estas labores, no lo convierte en un funcionario público.

²⁷ Salas, Oscar. Op. Cit. Pág. 96



Además de lo anterior, ante la negativa de esta doctrina, respecto a que la fe pública no pertenece al Estado, resulta coherente también, de que el Estado carece de legitimación para delegarla en el Notario, pues no se delega lo que no se posee, por lo que la función notarial, es oficio de una profesión libre.

En conclusión, esta teoría indica que, al haber obtenido un título facultativo y tener una formación jurídica, científica y técnica para ejercer el notariado, la función de recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes es un quehacer puramente profesional y técnico.

2.2.3. Teoría autonomista

Una de las teorías que ha tomado mucha relevancia al tratar de explicar la naturaleza de la función notarial, esta sitúa al notario como independiente totalmente, es decir lo coloca en una situación de autonomía absoluta.

Exige que el notariado se ejerza como profesión libre e independiente y el notario es por lo tanto un oficial público que ejerce con la forma y principios de la profesión libre. Como oficial público observa todas las leyes y como profesional libre recibe el encargo directamente de los particulares.

Como se puede observar cada teoría trata de explicar la naturaleza de la función notarial, sin embargo, es importante que exista un equilibrio de argumentos y con ello conseguir establecer o por lo menos comprender mejor la función notarial.



2.2.4. Teoría ecléctica o conciliadora

Una teoría muy importante y con mucha aceptación en algunos países, es la ecléctica, esta trata de reunir los elementos de las demás teorías, procurando conciliarlos para con ello tener una mejor perspectiva del quehacer notarial.

Según esta teoría, el notario ejerce una función pública *sui generis* porque no está enrolado en la administración pública, no devenga sueldo del Estado, pero la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza tiene el respaldo del Estado, por la fe pública que ostenta.

Toma los postulados más trascendentales de cada una de las anteriores; y considerando lo anterior concluye que el notario es un funcionario público, aunado a ello es preciso tomar en cuenta lo que establecen el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala y Artículo 5 numeral 2 del Código de Notariado.

La teoría se adapta a Guatemala, en donde el notario es un profesional del derecho, encargado de una función pública, se ejerce como una profesión liberal en la que los particulares pagan los honorarios, no es dependiente, no requiere nombramiento ni está enrolado en la administración pública.

Esta no es aplicable a todos los países, ya que, en algunos, el notario es nombrado y sin eso no se puede ejercer. Como se puede ver esta teoría es completa y más apegada.



2.3. Encuadramiento de la función notarial

La función notarial consta o engloba una serie de procesos y actividades que el notario realiza en su actividad profesional, por lo que es preciso establecer o encuadrar la función notarial, generalmente como una actividad del Estado, como un ejercicio de una profesión liberal y como un sistema mixto a continuación se detallan cada una de ellas, obteniendo así una mayor claridad del por qué o como es que se consigue establecer lo antes mencionado.

a) Como actividad del Estado

En este escenario, la actividad del notario, se puede decir que es más restringida, toda vez que la función realizada dentro de la administración pública o en los entes descentralizados y autónomos es principalmente de asesoría, consultoría, o bien en el caso de Cónsul, Escribano de Gobierno, emite opiniones y dictámenes, así como para coadyuvar al control de legalidad.

En este punto una de las mayores partes negativas es que el notario no puede ejercer mientras se encuentra prestando sus servicios para el Estado, pero reciben un sueldo por parte de este por desempeñar sus funciones.

A la limitante anterior existen algunas excepciones, pues dentro de los funcionarios públicos al servicio del Estado que pueden ejercer el notariado se encuentran el escribano de cámara de gobierno, diplomáticos y el Director del Archivo General de Protocolos.



b) Como un ejercicio de una profesión liberal

En este caso, el profesional trabaja de manera independiente, es decir no tiene vínculos con el Estado, prestando así sus servicios a los particulares y pactando libremente las condiciones sobre la contratación de la asistencia que debe prestarles.

c) Como un sistema mixto

La función notarial, en este caso, se realiza como una conjunción con las anteriores posturas, es decir que el profesional del derecho, se desempeña trabajando para una dependencia del Estado durante tiempo parcial y a la vez se desempeña por su propia cuenta ofreciendo sus servicios en su propio despacho u oficina.

2.4. Clasificación de la función notarial

En palabras y términos sencillos se puede decir, el notario es el profesional del Derecho, con fe pública y que a requerimiento de parte recibe, interpreta, redacta y da forma legal a la voluntad de las partes, dotando cada acto de certeza jurídica y seguridad jurídica, constituyendo así, cada instrumento, plena prueba.

Al tener la función importante y trascendental como es la de dotar certeza y seguridad, el notario realiza una serie de actos que le permiten cumplir con esos objetivos y lo realiza por medio de distintas funciones, las que se detallan a continuación:



a) Función receptiva

Esta se desarrolla al momento en el que el notario es requerido para prestar sus servicios, cuando escucha al cliente, es decir, se da al momento en el cual acuden ante él para obtener un servicio profesional concreto, determina si es viable o posible efectuar lo que las partes requieren y ofrece una solución apegada a derecho; para el afecto determina con precisión el instrumento público que es aplicable para lo requerido por las partes.

b) Función directiva o asesora

Cuando el notario orienta al cliente haciendo uso de su formación jurídica y técnica, al momento de recibir la información, dirige, aconseja y ofrece la asesoría legal en el caso planteado, advirtiéndolo además de los derechos y obligaciones, ventajas y desventajas que pueden surgir al aplicar determinada figura jurídica, sin embargo, es preciso indicar que esta función debe ser imparcial actuar lo más justo posible.

c) Función preventiva

Se desarrolla cuando el notario previene problemas, se adelanta a ellos, o bien a cualquier posible dificultad que pueda sobrevenir, evitando con ello, conflictos posteriores. El notario se anticipa al futuro sobre las consecuencias que se generarán con el documento que autorice. Si bien es cierto, la buena fe debe predominar al momento de realizar un acto, es importante que, ante un incumplimiento de alguna de las partes, se prevenga de los resultados que puedan darse.



Con esta función se puede decir que el notario, no solo asesora, sino también previene problemas que se derivan del incumplimiento de determinado acto.

d) Función legitimadora

El notario desarrolla esta función cuando legitima a quienes requieren de sus servicios, es decir comprueba que la persona que solicita su asesoría se encuentra justificada legalmente para hacerlo.

En caso actúen en nombre propio, el notario presenta su documento personal de identificación, si no fueren de su conocimiento, cuando se actúa en nombre de otra persona, deben acreditar la representación y a juicio del notario y de conformidad con la ley debe ser suficiente, tal como lo regula el Artículo 29, numeral 5 del Código de Notariado.

e) Función calificadora

Por medio de esta función el notario califica la licitud del acto y de legitimidad de las partes.

f) Función modeladora

El notario desarrolla esta actividad, en un acto singular y personal, traduce todos los elementos fácticos, circunstanciales y de la realidad que le han sido presentados, plasma la voluntad de las partes en el instrumento.



La voluntad de las partes se encuadra en las formas que establece la ley, adecuando el negocio jurídico, plasmándola en el instrumento público.

g) Función autenticadora

Sin demeritar las funciones anteriores, esta última que se aborda, es una de las de mayor trascendencia jurídica, pues el notario pone en práctica, aplica su fe pública, dando legalidad y credibilidad a los documentos que autoriza, es decir autentica los actos y contratos que contiene el instrumento público, esto se materializa al momento en el que plasma su sello y firma, invistiéndolos de autenticidad y presunción de veracidad, produciendo así fe y plena prueba tanto en un juicio como fuera de él. Como se puede observar la función del notario es muy extensa y compleja, esta se desarrolla en diferentes momentos pero que conllevan a un momento concreto como es la autorización de los actos en los cuales las partes expresan su voluntad.

2.5. Finalidad de la función notarial

Una vez establecido como se desarrolla la función notarial y cuáles son las que realiza el notario, desde el momento en que es requerido por las partes hasta cuando dota de autenticidad el instrumento público, por lo que es importante conocer las finalidades de la función notarial y a continuación se desarrollan algunos puntos importantes en este tema.

Las finalidades inmediatas consisten en dar forma y eficacia legal a los actos. El doctor



Nery Muñoz, cita a Luis Carral y De Teresa, quien, al referirse al tema, indica que son tres las finalidades que persigue la función notarial, siendo la seguridad, valor y permanencia.²⁸ Por lo que es importante conocerlas, a continuación, se hace referencia a cada una de ellas:

- a) **Seguridad:** consiste en proveer de certeza jurídica a las partes por medio del documento notarial. Esta seguridad jurídica y veracidad de los actos y contratos, se plasma al momento en el que el notario estampa su firma y sello cumpliendo con perfeccionar el acto jurídicamente al ser depositario de la fe pública delegada por el Estado.
- b) **Valor:** esto es porque el notario proporciona un valor probatorio al instrumento, es la eficacia y fuerza que la intervención del profesional del derecho otorga, entre partes y frente a terceros. El doctor Nery Muñoz indica que es la utilidad, aptitud, fuerza, eficacia para producir efectos.
- c) **Permanencia:** en el tiempo y espacio, pretende la conservación del documento público, tiende a no sufrir modificación alguna. Se relaciona con el tiempo, el documento notarial nace para proyectarse hacia el futuro.

En las páginas anteriores se pudo observar, analizar y determinar la importancia de la función notarial en Guatemala, un tema muy importante puesto que es el quehacer del notario y este tiene un gran impacto en la sociedad guatemalteca con cada acto e

²⁸ Carral y De Teresa, Luis. *Derecho notarial y derecho*. Pág. 100

instrumento público que autoriza, es por ello que esta actividad debe tener bases sólidas sobre una serie de principios éticos haciendo alusión a la imparcialidad, independencia, formación y capacitación permanente profesional.



Pero la misma no va encaminada solamente al momento en el que se entra a conocer la voluntad de las partes sino también abarca a la lealtad o buenas prácticas que se realizan respecto a la competencia, manteniendo en todo momento el secreto profesional y la debida diligencia y responsabilidad.



CAPÍTULO III



3. El documento y el instrumento público

Una vez abordado el quehacer del notario, es importante conocer cómo se concretiza esa función, puesto que, al tener fe pública, cada instrumento público que autoriza tiene la suficiente fuerza, seguridad y certeza jurídica, constituyendo además plena prueba en cualquier tipo de proceso.

Sin embargo, para conocer mejor esto es preciso antes, abordar lo relacionado con la fe pública, una delegación que el Estado hace sobre el notario, mediante la cual los actos que autoriza se tienen por ciertos, tema que a continuación se desarrolla.

3.1. Fe pública

Los antecedentes de la fe pública se encuentran en la *insinuatio* ese procedimiento consistía en que se documentaba para que se diera la plena prueba, se necesitaba ir ante un funcionario, por ejemplo, los romanos ante un cónsul que estampaba el anillo en el documento, la responsabilidad del signo notarial se trasladaba al escribano y se le encomendaba la fe pública, que es la presunción de veracidad.

Es por ello que la fe pública, es una presunción de veracidad, se presume que es cierto mientras no sea impugnado o redarguido de nulidad. La palabra fe deriva del término latino *fides* y permite nombrar a aquello en lo que cree una persona o una comunidad.



También hace referencia a una sensación de certeza y al concepto positivo que se tiene de un individuo o de alguna cosa. Dada la amplitud que tiene la fe pública y su aplicación, es necesario, primeramente, desmitificar este concepto, quitarle ese halo místico, porque no solo existe la fe divina, la fe en lo que Dios ha revelado sino también una fe humana, una creencia en lo que nos dicen otros hombres y que se utiliza a diario, desde el hecho mismo.

Según Cabanellas, la fe es “creencia, crédito que se da a una cosa por la autoridad del que la dice o por la fama pública. Confianza o seguridad que en una persona o cosa se deposita.”²⁹

En ese mismo sentido, el autor, Bernardo del Castillo, indica que fe “significa creer en aquello que no se ha percibido directamente por los sentidos; acepto lo que el otro dice, acepto que tal acontecimiento es cierto, creo que tal acto efectivamente se realizó.”³⁰

De lo anterior se establece pues, que la fe, está sustentada en la creencia de algo, en la convicción sobre la existencia de algo, es creer en lo que no se ve, pero se tiene la certeza de que es verdad. Una vez abordado de forma general, es preciso conocer específicamente, la fe notarial, por lo que a continuación se aborda este tema tan importante y que está ligada al quehacer del notario. La fe pública es la garantía que el Estado otorga, en el sentido de que los hechos que interesan al derecho son

29 Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Pág. 181

30 Perez Fernandez del Castillo, Bernardo. *Derecho Notarial*. Pág. 125



verdaderos y auténticos. Lo anterior, por cuanto en la realidad social existen una serie de hechos y actos con relevancia jurídica que, si bien no todos los ciudadanos pueden presenciar, deben ser creídos y aceptados como verdad oficial. Esta manifestación del Estado es 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, tal es el caso de los notarios quienes tienen ese atributo otorgado en cada una de sus actuaciones.

Según el autor Rufino Larraud, “la fe pública notarial es la potestad que el Estado confiere al notario, para que, a requerimiento de parte y con sujeción a determinadas formalidades, asegure la verdad de hechos y actos jurídicos que le consten, con el beneficio legal para sus afirmaciones, de ser tenidas por auténticas mientras no se impugnen mediante querrela de falsedad.”³¹

La fe pública notarial se puede decir, que “es la potestad del notario de asegurar la verdad de hechos y actos jurídicos que le constan y deben tenerse como ciertos mientras no se demuestra en la vía judicial su falsedad. Cuando no hay falsedad, sino simples inexactitudes no es necesario argüirla.”³²

Según Giménez Arnau, para perfilar la figura y funciones del notario, es preciso conocer que la fe pública es la “presunción legal de veracidad respecto a ciertos

31 Larraud, Rufino. **Curso de derecho notarial**. Pág. 651

32 Palacios Echeverría, Iván. **Manual de derecho notarial**. Pág.



funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos.”³³

Así mismo, de acuerdo con Pérez Fernández del Castillo, “la fe pública es un atributo del Estado que tiene en virtud de *ius imperium* y es ejercida a través de órganos estatales. En el sistema jurídico mexicano, el notariado forma parte de la organización del Poder Ejecutivo. El notario recibe la fe pública del titular de este poder, por disposición de la ley.”³⁴

Tomando en cuenta la definición anterior, es importante considerar que, en Guatemala, el notariado no depende del Poder Ejecutivo, la fe pública se tiene por disposición de la ley.

Pérez Fernández del Castillo, cita a Carlos Emérito González, quien afirma “la fe pública, es el poder que compete al funcionario para dar vida a las relaciones jurídicas, constituyendo una garantía de autenticidad. La da el Estado a determinados individuos mediante ciertas condiciones que la ley establece, destacándose especialmente la notarial, por los requisitos de gran honorabilidad, título habilitante especial e incompatibilidades) impuestos a los que con ella son investidos.”³⁵

Como se puede observar son muchas las definiciones vertidas por diversos autores, acerca de la fe pública, sin embargo, cada una de ellas tienen en común en que

33 Giménez Arnau, Enrique. *Op. Cit.* Pág. 41

34 Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Op. Cit.* Pág. 124

35 *Ibid.* Pág. 208



determinados funcionarios dan presunción de veracidad de actos que presencian o autorizan. De lo anterior se establece que la fe pública notarial, es el atributo que el Estado otorga al notario, con el fin de robustecer de veracidad los hechos y actos en los cuales intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, confiriéndoles una garantía de autenticidad a ad documento autorizado y extendido por el notario.

Mengual indica que la fe pública se fundamenta en la necesidad que tiene la sociedad para su estabilidad y armonía, de dotar las relaciones jurídicas de fijeza, certeza y autoridad a fin de que las manifestaciones externas de estas relaciones sean garantía para la vida social. La fe pública se clasifica en judicial y extrajudicial, incorpórea y corpórea. La corpórea es la que posee el notario y la misma ya fue abordada; y la incorpórea o abstracta que es institucional y es la que se conoce como administrativa, registral, judicial y legislativa.

- a) **Fe pública registral:** consiste en aquella que el Estado asigna a los registradores, en sus diferentes manifestaciones, a través de la presunción de veracidad que tienen para certificar la inscripción de un acto que consta en un registro público el cual tiene autenticidad y fuerza probatoria desde el momento de su inscripción.

- b) **Fe pública administrativa:** esta fe pública es la que tiene por objeto dar notoriedad y valor de autenticidad a los actos realizados por el Estado o por las personas de derecho público dotadas de soberanía, autonomía o jurisdicción. Es



delegada a algunos funcionarios o empleados públicos quienes certifican dentro del ámbito de su competencia, hechos o actos que se relacionan directamente con la función pública.

- c) **Fe pública judicial:** la reconoce el Estado, principalmente a los secretarios de los tribunales y juzgados, con el propósito de que se deje constancia y prueba de las actuaciones que realiza el juez y de los documentos, pruebas y demás elementos constitutivos del proceso de que se trate y que obran en autos. Emanan de los órganos jurisdiccionales ya sean unipersonales o colegiados.

- d) **Fe pública legislativa:** esta comprende al Organismo Legislativo, dentro de su ámbito de competencia, es decir la emisión de leyes, necesariamente debe realizarse en forma colegiada, la fe pública legislativa es la presunción de veracidad que tienen los decretos emitidos por el Congreso de la República pues se presume que ha habido un proceso legislativo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Como se pudo demostrar en todas las líneas anteriores, la fe pública es de vital importancia dentro de la sociedad puesto que, a través de la misma, cada actuación se tiene por cierta y con ello se garantiza la certeza y seguridad jurídica.

3.2. El documento

El término documento procede del latín *documentum*, derivado del verbo *docere*, que



significa enseñar, instruir. La evolución de esta palabra finalizó con el sentido de evidencia y testimonio. El Diccionario de la Real Academia Española define el término documento “Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo.”

En ese mismo sentido el Diccionario de Terminología Archivística del Consejo Internacional de Archivos, se refiere al documento como: “la combinación de un soporte y la información registrada en él, que puede ser utilizado como prueba o para consulta.”

Entre sus principales características, señala:

1. El soporte, como la parte física que brinda sustento para asentar la información.
Por ejemplo: arcilla, vitela, disco óptico, etc.
2. La información, constituida por la noticia o el mensaje.
3. El sistema de fijación o medio empleado para el registro de la información según sea el soporte. Por ejemplo: tinta, impulsos electromagnéticos, etc.

Hasta este momento se ha hecho referencia únicamente al documento como tal, en forma general, por lo que es oportuno mencionar que existe que el documento, específico, que atañe a este trabajo es eminentemente aquel en el cual interviene el notario, es decir el instrumento público. Se ha realizado una clasificación de estos documentos dentro del ámbito notarial y los más importantes son:

- a) **Documentos Privados:** este es redactado por las partes interesadas, con o sin testigos, sin la intervención de notario o funcionario público que le de fe.



- b) **Documentos Auténticos:** es el llamado autorizado o legalizado, comúnmente; su función como notario es únicamente autenticar las firmas de las partes, quienes reconocen las que aparecen en el documento y al así ratificarlas como propias ante el notario, por lo que redacta el acta de legalización de firmas.

- c) **Documentos Públicos:** este es el tipo de documento más importante en el presente trabajo puesto que es el otorgado o autorizado con las solemnidades requeridas por la ley, notario, secretario judicial o por otro funcionario competente para acreditar un hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se producen.

Este último se conoce con mayor amplitud en el siguiente apartado.

3.3. El instrumento público

Para comprender mejor acerca de este importante punto, en el cual se materializa la actuación del notario es necesario conocer su origen, “el término instrumento tiene su raíz en el vocablo latino *Instruere*, que significa instruir, enseñar, informar sobre algo ocurrido en el pasado, algunos autores lo relacionan a la escritura, al documento. Referido a todo aquel elemento que sirve para fijar, enseñar, o especificar las circunstancias en que ocurrió un acontecimiento.”³⁶

³⁶ Perez Fernandez del Castillo, Bernardo. Op. cit. Pág. 81



Como en cada precepto, en las ciencias jurídicas, existe una serie de definiciones del instrumento público, por lo que a continuación se hace referencia a algunas de las más importantes y que tienen una mayor similitud o acercamiento al ejercicio notarial en Guatemala, en ese orden de ideas, el autor Cabanellas se refiere al mismo de la siguiente manera es “El otorgado o autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial u otro funcionario público competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se producen.”³⁷

“La etimología de la palabra documento es una palabra compuesta, derivada del latín *Dekos*, de la raíz *dek*, *dock* o *doc*, *doceo* y de este la palabra *documentum*, el que puede traducirse como. Aquello con lo que alguien se instruye; aquello que se refiere a la enseñanza; aquello que se enseña. En conclusión, todo se reduce a la palabra enseñar.”³⁸

El tratadista cubano Oscar Salas define al instrumento público como; “El documento autorizado por notario, producido para probar, solemnizar y darle forma legal a la voluntad de las partes.”

El doctor Nery Muñoz, cita a Gimenez-Arnau, quien define el instrumento público como: “documento público, autorizado por Notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos.”³⁹

37 Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Pág. 739

38 Pelosi, Carlos A. El documento notarial. Pág. 3

39 Gimenez-Arnau, Enrique. Op. Cit. Pág. 403



Como bien se puede observar, cada una de las definiciones anteriores, tienen en común que enfatizan en la intervención del notario, es decir, el mismo está robustecido con fe público por lo que tiene la fuerza suficiente que sustenta los actos y perdura en el tiempo.

Es a través de este documento que la voluntad de las partes toma forma legal y se concretizan los derechos y obligaciones pertinentes. De lo anterior se concluye que el instrumento público, es todo documento autorizado por notario, cuya intervención es requerida por las partes, haciendo constar las declaraciones de voluntad de quienes intervienen en el acto, teniendo plena validez entre los particulares y ante terceros, constituyendo plena fe.

3.3.1. Características

En el apartado anterior se abordó lo relacionado con el instrumento público, el cual es fundamental en el desarrollo de la presente investigación puesto que es el quehacer del notario, es el medio a través del cual se plasman los derechos y voluntades de los intervinientes. A continuación, conoce lo relacionado con sus características y se determina el por qué es tan importante conocerlo con mayor profundidad. Para Carlos Emérito González las características de los instrumentos públicos son:

a) Fecha cierta

Únicamente en la escritura pública se puede tener la certeza de que la fecha de ella es



rigurosamente exacta. Esta característica tiene una aplicación total, en el ejercicio notarial de Guatemala, de conformidad con lo regulado en el Artículo 29 numeral 1 del Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Notariado.

b) Garantía

Indica que el instrumento público es considerado como garantía para el cumplimiento de los convenios.

c) Credibilidad

Todos creen en el instrumento público, porque ha sido autorizado por una persona con fe pública, esta credibilidad es considerada para todos y contra todos.

d) Firmeza, irrevocabilidad e inapelabilidad

El instrumento público puede redargüirse de nulidad y de falsedad, mientras esto no suceda, el instrumento público se considera firme e irrevocable; no existe un superior jerárquico del notario a que se pueda apelar, por lo tanto, las relaciones jurídicas que se encuentran contenidas son firmes e irrevocables.

e) Ejecutoriedad

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



El Artículo 294 numeral 6 del Código Procesal Civil y Mercantil indica que procede la ejecución en la vía de apremio cuando se pida en virtud de los siguientes títulos, siempre que traigan aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero, líquida y exigible: Transacción celebrada en escritura pública. Y el Artículo 327 numeral 1 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos: Los testimonios de las escrituras públicas.

f) Seguridad

Es considerado como un principio o garantía que fundamenta al protocolo, debido a que la escritura matriz queda en el mismo y se pueden obtener las copias o testimonios, como fueran necesarios. No se corre el riesgo de pérdida, debido a que quedan protegidos los interesados por todo el tiempo, incluso, aún después del fallecimiento del notario. Esta característica es muy importante, tanto que está regulada en varios Artículos del Código de Notariado, tales como el 23, 24, 25 y 81.

g) Valor

El instrumento público tiene valor formal y valor probatorio.

1. El valor formal se refiere a su forma externa o al cumplimiento de todas las formalidades esenciales y no esenciales que el Código de Notariado regula en los Artículos 13, 29, 31 y del 42 al 50.



2. El valor probatorio se refiere en cuanto al negocio que contiene internamente el instrumento público. Que no adolezca de vicios el consentimiento.

3.3.2. Clases

Tal como lo indica el doctor Nery Muñoz, “el instrumento público es el género, la escritura sería la especie, entonces, qué otros documentos notariales son instrumentos públicos.” Ante ello es preciso mencionar que una de las principales clasificaciones de los instrumentos públicos es aquellas que los divide en: Principales y Secundarios.

Los instrumentos públicos principales son aquellos que, como condición esencial para su validez van dentro del protocolo, en relación a estos instrumentos, el Artículo 8 del Código de Notariado regula que el protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y otros documentos que el notario registra, este último se refiere a la transcripción del acta de otorgamiento de testamento común cerrado y está regulado en el Artículo 962 del Código Civil, Decreto Ley 106.

A pesar de lo regulado en la norma mencionada en el párrafo anterior, la legislación guatemalteca en materia notarial, regula únicamente, la escritura pública, un instrumento público como tal.

Por tanto, en consideración de lo anterior, en Guatemala, el instrumento público por disposición legal es la escritura pública.



El acta de protocolización y la razón de legalización que son redactadas en el protocolo, no les da esa categoría de una forma directa como lo hace con la escritura pública; por lo que es conveniente al momento de referirse a ellos como documentos públicos o documentos notariales. Los instrumentos, que regularmente van fuera del protocolo, son las actas notariales, actas de legalización de firmas y actas de legalización de documentos.

3.4. Eficacia del instrumento

Ya se ha establecido cuales son las clases de instrumentos públicos, es preciso establecer cuáles son los fines del instrumento público. Oscar Salas Citando a Norberto Falbo, indica “tradicionalmente se ha contemplado el instrumento público únicamente en su aspecto puramente adjetivo, es decir, como forma y como prueba.”⁴⁰

Carlos Emérito González, indica entre sus fines, el de la prueba preconstituida, el de dar forma legal y de dar eficacia al negocio jurídico. Y cita a Fernández Casado, que afirmó que dos son los fines principales que llena el Instrumento público: a) perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad; y b) servir de prueba en juicio y fuera de él.⁴¹

Como se puede observar el instrumento público constituye un documento totalmente eficaz al momento de hacer valer un derecho o exigir una obligación esto se debe a la

40 Salas, Oscar. *Op. Cit.* Pág. 227

41 González, Carlos Emérito. *Derecho notarial.* Pág. 313



fuerza legal que el mismo tiene, en virtud a la fe pública que el notario ostenta al momento de autorizar y dar forma legal a la voluntad de las partes y lo realiza a través de un instrumento público que a su vez forma parte del protocolo notarial.

3.5. Valor jurídico del instrumento público

En el apartado anterior se estableció la eficacia que tiene el instrumento público, es decir la importancia que el mismo tiene entre las partes e inclusive ante terceros, en virtud de ello es preciso establecer cuál es el valor jurídico que tiene un documento protocolar y el cual, al no adolecer de nulidad ni falsedad, se tiene como plena prueba según lo establece la legislación nacional, en este caso son tres aspectos a tomar en consideración respecto al valor o fuerza legal que tiene un documento.

Estos se desarrollan a continuación y con ello se evidencia del por qué se debe cumplir con todos y cada uno de los requisitos legalmente establecidos en la ley, respecto a los instrumentos públicos.

a) Sustantivos

Se refiere a la legitimación, en cuanto a que es la ley la que le exige al notario, que existen deberes que debe cumplir, bajo la responsabilidad que puede incurrir en ella si los incumple. Al momento de ejercer o llevar a cabo la actuación notarial, existen formalidades y garantías que deben observar en todo momento puesto que con ello es posible que se obtenga una seguridad relativa, sin embargo, esta se considera



suficiente para la vida jurídica de la escritura pública, al establecer que el acto que se ha plasmado en ella es válido y legal, incluso poder reconocer de forma provisional que el sujeto es el titular de los derechos que del mismo se deriven. Es decir que el instrumento público debe cumplir con los requisitos legalmente necesarios para su elaboración y por ende su plena validez.

b) Ejecutivos

Este se encuentra regulado en el Artículo 327 numeral 1 del Código Procesal Civil y Mercantil y establece que procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos: Los testimonios de las escrituras públicas.

c) Probatorios

El Código Procesal Civil y Mercantil reconoce que el instrumento público produce fe y hace plena prueba y le concede el derecho a la otra parte de redargüirlo de nulidad o falsedad, si fuere el caso.

3.6. Formalidades del instrumento público

El Código de Notariado, la principal norma que regula el ejercicio notarial en Guatemala establece en el Artículo 29, los requisitos y formalidades que los instrumentos públicos deben contener siendo los siguientes:

- 1º. El número de orden, lugar, día, mes y año del otorgamiento;



- 2°. Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes;
- 3°. La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento y dé que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles;
- 4°. La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el Notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente;
- 5°. Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre 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;
- 6°. La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignore el idioma español, el cual, de ser posible, deberá ser traductor jurado. Si el intérprete no supiere o no pudiere firmar, lo hará por él un testigo;
- 7°. La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato;
- 8°. La fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que corresponda, según la naturaleza del acto o contrato;
- 9°. La transcripción de las actuaciones ordenadas por la ley o que, a juicio del Notario, sean pertinentes, cuando el acto o contrato haya sido precedido de autorización u orden judicial o proceda de diligencias judiciales o administrativas;
- 10°. La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos; y



- 11º. La fe de haber leído el instrumento a los interesados, su ratificación y aceptación,
- 12º. Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del Notario, precedida de las palabras: “Ante mí”. Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto, otro que especificará el Notario, firmando por él un testigo, y si 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”.

Así mismo el Artículo 31 del mismo cuerpo legal, regula las formalidades esenciales del Instrumento Público e indica que son los siguientes:

- 1º. El lugar y fecha del otorgamiento;
- 2º. El nombre y apellido o apellidos de los otorgantes;
- 3º. Razón de haber tenido a la vista los documentos que acreditan la representación legal suficiente de quien comparezca en nombre de otro;
- 4º. La intervención de intérprete, cuando el otorgante ignore el español;
- 5º. La relación del acto o contrato con sus modalidades; y
- 6º. Las firmas de los que intervienen en el acto o contrato, o la impresión digital en su caso.

3.7. Elementos personales del instrumento público

Como se ha mostrado en las páginas anteriores, el instrumento público es el documento con formalidades de ley mediante el cual, el notario plasma la forma legal



de quienes intervienen en determinado acto, por lo que es preciso establecer ciertos elementos personales y a continuación se establecen quienes forman parte en este acto, siendo estos los siguientes:

- a) **Sujetos:** sujeto es la persona titular de un derecho o de una obligación.
- b) **Parte:** es la persona o personas que representan un mismo derecho.
- c) **Otorgante:** es quien otorga, o sea; es la parte que contrata en un documento.
- d) **Compareciente:** el que requiere al notario. Lo son también los que intervienen en el instrumento público.

Se ha abordado ampliamente lo concerniente al instrumento público y con ello se trata de establecer que se han desarrollado todos los aspectos necesarios que conllevan a conocer más acerca del quehacer del notario, las formalidades que lleva implícito el mismo, representa la voluntad de las partes y por tanto es supremamente importante que el notario en su ejercicio, observe cada uno de los requisitos que la ley establece al momento de redactar un documento y formar parte del protocolo, puesto que salvo sean redargüidos de falsedad o nulidad, estos producen plena prueba.





CAPITULO IV

4. Vulneración al principio notarial de unidad del acto por parte de los notarios que laboran en los bancos del sistema al emitir minutas de los contratos a suscribir

En los capítulos anteriores, se desarrolló lo relativo con el ejercicio notarial en Guatemala, estableciéndose la importancia, certeza y seguridad jurídica que conlleva para el profesional ejercer su actividad dentro de la sociedad; y se ha determinado que el derecho notarial, es una rama del derecho que cuenta con muchas solemnidades, lo cual lo hace especial, estas formalidades se deben a la fuerza probatoria, al robustecimiento de presunción de veracidad que cada instrumento público tiene.

El derecho notarial, tiene una serie de principios, cada uno de ellos tiene una especial importancia y relevancia, pero en el presente trabajo de investigación tiene mayor atención el principio de unidad del acto, el cual se desarrolla en el presente apartado, con el fin de establecer su aplicación y como los notarios, que prestan sus servicios en los bancos del sistema nacional, lo ponen en práctica al momento en que dichas entidades suscriben un contrato con particulares.

La unidad del acto es un principio que se basa en que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto, sin embargo, este no se cumple actualmente, puesto que las entidades bancarias emiten una minuta de cada contrato a suscribir, previo a plasmar el instrumento público en el protocolo.



Antes de continuar y para conseguir una mejor comprensión del tema, es preciso establecer que es una minuta. Este término se refiere al borrador de un oficio o contrato, el mismo que se perfeccionará más adelante, con todas las formalidades del caso, es un documento preliminar a otro que será el oficial. Este último, al que podríamos denominar la versión definitiva, deberá cumplir con ciertos parámetros e incorporar información adicional.

Cabe entonces acotar que la minuta es un borrador que debe contar con información esencial, que luego debe ser confirmada por las partes negociantes. Se debe corroborar, por ejemplo, que los firmantes están de acuerdo con todas las cláusulas del contrato. Puede ser que exista disconformidad con alguno de los puntos del acuerdo y este debe ser modificado.

El Diccionario de la Real Academia Española, establece que la minuta es “Extracto o borrador que se hace de un contrato u otra cosa, anotando las cláusulas o partes esenciales, para copiarlo después y extenderlo con todas las formalidades necesarias para su perfección.”⁴²

La palabra minuta proviene del bajo latín, y su significado es “borrador”, o sea un escrito que antecede al definitivo, en especial, de tipo jurídico, por ejemplo, un contrato, donde le faltan los detalles formales, que se prepara y se acerca a las partes para ver si se hallan de acuerdo antes de darle la versión acabada y final.

⁴² Real Academia Española. <https://dle.rae.es/minuta>. (Consultado: el 10 de enero de 2022)



Como se ha podido observar, una minuta es un acto previo, en el que antes de perfeccionarse el instrumento público, se exponen cual debe ser la información o cláusulas que tienen que incluirse al momento en el que se haga el verdadero instrumento público.

Ahora bien, respecto a la unidad de acto, esta es la última garantía de la integridad del documento, al impedir toda modificación del mismo entre acto consentido y su autorización documental; y puede escribir NÚÑEZ-LAGOS, que la unidad de acto se llama integridad del texto y contexto auténtico, integridad de la fe pública.

Este es el verdadero fundamento de la exigencia de la unidad de acto y no la 'conveniencia de que la percepción del Notario sea directa en el espacio e inmediata en el tiempo de recibirla y de reflejarla' (González Palomino), ya que en las escrituras el texto documental está previamente redactado, aunque sujeto a las incidencias del acto del otorgamiento.

La unidad del acto constituye un ordenamiento del conjunto de requisitos, dentro del ámbito de la actividad notarial, la cual se integra mediante la simultaneidad de las circunstancias que, desde un momento determinado han de concurrir en el otorgamiento de la escritura pública y responde a un medio de conjunción para elaborar un todo que se manifiesta en la unidad de acción, de tiempo y personas.

El acto del que se refiere la unidad es un acto complejo; si fuera simple, ni siquiera se plantearía su unidad. Incluso esos dos componentes fundamentales, otorgamiento y



autorización, que son distintos, con diferentes sujetos y objetos, constan a su vez de varios elementos que, como las firmas de los otorgantes, que literalmente no pueden ser simultáneos.

Es interesante también destacar que su unidad no es una ficción legal, pues por ella se perfeccionan en el mismo momento, '*uno icto*', de un solo golpe, negocio e instrumento, mediante la perfección del último de los componentes de la autorización; hay, pues, unidad de tiempo y por tanto de lugar y unidad del texto documental; y a ese momento único se refieren todas las declaraciones y manifestaciones hechas por los otorgantes y demás intervinientes y todos los juicios y calificaciones del notario, de manera que se tienen por no realizadas si el documento no llegara a autorizarse.

La unidad del acto implica la continuidad de cada actuación, con respecto a todo lo que sucede en ella; la lectura a los comparecientes, el consentimiento, la suscripción y la autorización del instrumento público, etapas que logran unidad en virtud de la comparecencia de los otorgantes ante el notario quien imprime de fe pública al instrumento y a la concatenación lógica y natural de los hechos.

La escritura pública siempre está sujeta a la unidad de acto, porque siempre tiene una pluralidad de sujetos, al menos una dualidad, el otorgante único y el notario, es por ello que se evidencia la importancia de que el instrumento público se perfeccione en un mismo acto, en este punto es preciso anotar que el principio de unidad del acto este abarca en sí a que el contrato debe perfeccionarse en un solo momento, por lo que se determina que actualmente los bancos del sistema nacional, vulneran el principio de



unidad del acto puesto que no existe como tal el cumplimiento a las formalidades establecidas en el Código de Notariado puesto que al emitir previamente una minuta cada parte por separado analiza o evalúa el documento que se va suscribir incumpliendo así con el principio referido.

Es de gran interés aplicar la unidad de acto del derecho notarial para garantizar de esta manera la seguridad jurídica, con la presente investigación se demuestra que esta solemnidad muy antigua debe permanecer dentro de las actuaciones notariales, la intervención del notario es de vital importancia en la celebración de un acto por cuanto tiene la obligación por mandato imperativo de la ley conocer personalmente a los otorgantes dar fe de la capacidad jurídica para contratar, de la libertad y voluntad con que intervienen y de manera imprescindible receptor personalmente la firma y rúbrica de los otorgantes, configurándose de esta manera la unidad de acto.

4.1. Protocolo

Como bien se ha podido observar la importancia del principio de unidad del acto y por qué se considera vulnerado por parte de los notarios que laboran en los bancos del sistema nacional, ante ello es preciso conocer lo relacionado con el protocolo notarial el cual se desarrolla en el presente apartado.

El protocolo surge en el derecho notarial, derivado de la necesidad de dejar constancia de los actos celebrados, con el fin de poder, en cualquier momento que las partes lo necesiten, obtener una reproducción o prueba escrita del mismo y a la vez dar mayor



solemnidad, certeza y seguridad jurídica a los actos y contratos autorizados por el notario en el protocolo.

Según Gimenez Arnau, “en su sentido más vulgar, quiere decir colección de hojas, folios o documentos adheridos unos a otros que, en su conjunto, forman un volumen o libro”.⁴³

Manuel Ossorio, indica que puede definirse como: “Libro registro numerado, rubricado o sellado que lleva el notario o escribano, según la denominación oficial en cada país del fedatario extrajudicial. Dícese también protocolo del ceremonial diplomático o palatino.”⁴⁴

Pedro Ávila Álvarez, define el protocolo como: “La colección ordenada cronológicamente, de instrumentos públicos autorizados en cierto tiempo en una notaría determinada.”⁴⁵

Ricardo Alvarado Sandoval y José Antonio Gracias González, exponen, “que el protocolo, como registro, se caracteriza porque la compilación de los instrumentos autorizados por el notario se encuentra en un riguroso orden. Orden, en cuanto a la secuencia de los instrumentos autorizados, los cuales son numerados en forma cardinal y también en cuanto al tiempo, o cronología, de cuando fueron faccionados.”⁴⁶

43 Giménez Arnau, Op. Cit; Pág. 843.

44 Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág.623.

45 *Ibid.* Pág. 302

46 Alvarado Sandoval, Ricardo. José Gracias. *El Notario ante la contratación civil y mercantil*. Pág. 2.



Ahora bien, el Decreto 314 del Congreso de la República, Código de Notariado, en su Artículo 8º, el cual establece: “El Protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con esta ley”.

El protocolo notarial es el archivo fundamental del notario, la cual se forma con todas las escrituras que se otorguen ante él y con las actuaciones y documentos que se insertan en el mismo.

El protocolo es un elemento de forzosa necesidad para el ejercicio de la función notarial debido a la perdurabilidad y seguridad en que quedan los instrumentos, y la facilidad de obtener copias de ellos, es por tal motivo que el notario debe velar con cumplir con las solemnidades que el derecho notarial tiene implícito, cada acto que el notario autoriza y plasma crea derechos y obligaciones y se tiene por cierto frente a terceros y constituye plena prueba.

Anteriormente los seres humanos realizaban sus convenios de forma verbal, las únicas pruebas de estos actos eran verbales, por lo que, al momento de querer comprobar determinada acción, estas pruebas eran inconsistentes, por esta razón, se buscó una manera más eficaz que presentara menos falencias y tuviera la fuerza legal suficiente al momento de hacer valer estas declaraciones de voluntad.

El protocolo se conoce como el tomo empastado de los instrumentos autorizados durante un período, es decir un año, con ese mismo nombre se le conoce al papel



sellado especial que se vende a los notarios para ejercer sus funciones y faccionar los instrumentos públicos, sin embargo, la ley establece que es un conjunto de tomos de protocolos de varios años.

La ley establece cuales son los requisitos o formalidades que deben observarse en el protocolo, por lo que es importante que el notario en su ejercicio profesional cumpla con estos elementos que le dan su peculiar característica de tenerse todo lo que allí se indica como cierto.

El tema del protocolo es vital en el presente trabajo puesto que este en si es un documento que tiene valor probatorio, es acá donde deben constar todas las actuaciones realizadas al momento de suscribir un contrato, por lo que todos los demás actos que estén fuera del mismo no tienen la certeza ni seguridad jurídica que garanticen su fidelidad.

Es por ello que las minutas que los bancos del sistema proponen a los sujetos que van a intervenir en la celebración de un contrato, quebranta este principio puesto que no hay como tal, esa solemnidad y unificación del acto al contraer los derechos y obligaciones resultantes.

Si bien es cierto se busca una agilización en el comercio es oportuno recordar que el derecho notarial es una rama del derecho extremadamente solemne y bajo este argumento no se pueden inobservar todos esos principios y pautas que dan origen a una función notarial apegada a derecho, es necesario aclarar que el incumplimiento al



principio de unidad del acto no es un motivo para que el mismo carezca de validez, se vulnera la certeza jurídica al no haber en lo absoluto ni siquiera un acercamiento con el notario que con su sello y firma autoriza el contrato.

El protocolo es un elemento que surge debido a la necesidad de conservación del instrumento público, ya que como se ha mencionado anteriormente contiene actos o contratos jurídicos, por lo tanto, son de suma importancia para las personas que lo celebran y requieren que se brinde la seguridad jurídica y que el mismo se conserve durante el tiempo, teniendo esa perdurabilidad y la certeza de que puede ser consultado en cualquier momento por los interesados.

En la investigación de este tema se ha establecido que la actuación del notario no solo se materializa en el protocolo como colección o conjunto ordenado de documentos notariales matrices. El protocolo es el reservorio de las más disímiles manifestaciones de voluntad y de hechos o circunstancias con relevancia jurídica que hacen fe pública y que tiene a su cargo un Notario. La finalidad del protocolo es conservar esos documentos para que tengan circulación, la copia en el tráfico jurídico y sirva como prueba preconstituida o como instrumento forma.

A raíz de ello es que se ha establecido que el notario no puede inobservar los principios que rigen el derecho notarial bajo el argumento de pretender agilizar determinado proceso, el tema de la unidad del acto es atacado por muchos, sin embargo, en lo particular se considera importante y necesario puesto que se debe conservar no solamente las solemnidades del derecho notarial sino también mantener



ese acercamiento entre las partes lo cual les da confianza a cada obligación que se comprometen. En cada contrato que los bancos suscriben con los particulares, no se tiene ni siquiera la certeza de cuándo el notario vaya a autorizar el documento. Y solo por medio de documentos que no constituyen plena prueba se trata de hacer que las partes de una u otra forma acepten lo que el banco, unilateralmente propone.

Es preciso tomar en cuenta lo relacionado con el negocio jurídico la forma y el momento que se materializan, este tema se desarrolla en el apartado que a continuación se aborda.

4.2. Negocio jurídico

Para entender de una mejor forma el negocio jurídico es preciso establecer la diferencia entre algunos aspectos, tales como hecho y hecho jurídico, acto y acto jurídico. El hecho es aquel cambio que sufre la naturaleza sin que el hombre intervenga y no se tienen consecuencias jurídicas, caso contrario el hecho jurídico que si tiene consecuencias jurídicas. El acto propiamente, es aquel en el cual hay intervención del hombre, pero no tiene consecuencias jurídicas, mientras que el acto jurídico es aquel en el cual la voluntad de las personas produce efectos jurídicos.

Castan Tobeñas, define el negocio jurídico “como el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigida a la producción de un determinado efecto jurídico y a los que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece”.



El Decreto ley 106, Código Civil, regula en el Artículo 1517 que el contrato es el acuerdo de voluntades y establece que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

En el negocio jurídico se deben observar ciertos aspectos que son el soporte o la forma en que se debe llevar a cabo la contratación o suscribir un contrato mediante un instrumento público.

Uno de ellos es el consensualismo, este se refiere al acuerdo de voluntades para su perfección, el consentimiento es la parte fundamental de un contrato, formándose por el concurso de voluntades. El Código Civil establece en el Artículo 1581. Los contratos se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la Ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez. A su vez es necesario indicar que el consentimiento es la manifestación de voluntad conforme, entre la oferta, la aceptación y uno de los requisitos esenciales exigidos por la legislación para los contratos.

Formalismo: esto se refiere a que la voluntad de las partes debe ser plasmada por el notario, a través del instrumento público o documento jurídico que faccione y que hace formal el acto o contrato que se haga.

Autonomía de la Voluntad: la libre estipulación de los intereses de las partes en el campo de las obligaciones se denomina principio de libertad contractual, otros lo llaman dogma de la voluntad. La declaración de la voluntad es exteriorización del



propósito de realizar un negocio jurídico. Una de las clasificaciones más usuales de los contratos es que estos son:

- a) Unilaterales y Bilaterales.
- b) Consensuales, formales y reales.
- c) Gratuitos y Onerosos (onerosos conmutativos y aleatorios)
- d) Típicos o Nominados y atípicos o Innominados.
- e) De libre discusión y de adhesión.
- f) Principales y accesorios.
- g) De tracto único y de tracto sucesivo.
- h) Individuales y colectivos.
- i) Condicionales y absolutos.

Los contratos que generalmente suscribe una institución bancaria con los particulares son aquellos bilaterales y formales, puesto que la ley exige una determinada forma especial y predeterminada de expresar el consentimiento, cabe hablar de los contratos solemnes, los cuales deben realizarse en la forma que la ley exige para que tenga validez (generalmente es la Escritura Pública).

Uno de los contratos más usuales y en los cuales los bancos del sistema nacional emiten previamente una minuta, son los de hipoteca bancaria, De acuerdo con la legislación bancaria, Ley de Bancos, contenida en el Decreto 315 del Congreso de la República, los créditos que concedan los bancos deberán ser adecuadamente asegurados con garantía prendaria o hipotecaria, de conformidad con los preceptos



legales y reglamentarios. Antes de autorizar cualquier crédito prendario o hipotecario los bancos justipreciarán por medio de peritos (valuadores) el valor de la garantía.

Este es uno de los muchos contratos que los bancos suscriben y se aborda este de manera muy superficial toda vez que es preciso hacer hincapié en el tema propuesto para la investigación, el sistema bancario nacional tiene una serie de requisitos para otorgar o suscribir un contrato con particulares. El principio de la unidad del acto, se vulnera cada vez que la persona solicita que previo a la firma o formalización de un contrato de otorgamiento de crédito con garantía hipotecaria, por ejemplo, debe realizar una solicitud ante el notario para que antes de que se dé el acto, se proceda a revisar la propuesta que se presenta de un contrato que posteriormente se va a plasmar en las hojas del protocolo correspondiente.

La doctrina en general acepta que la unidad de acto constituye un elemento extrínseco formal del acto notarial, es decir, no atañe ni a la sustancia del acto ni a la esencia del rito formal, como la firma de las partes, sino que se encuentra ligada al principio de inmediación puesto que es necesario que en cada intervención debería estar presente el notario, esto no se cumple con los bancos del sistema puesto que los otorgantes en ningún momento ven la actuación del notario, según la ley mediante las firmas de las partes se da el consentimiento y el notario con su firma da fe de lo que se llevó a cabo.

En el caso de emisión de una minuta, se vulnera el principio de unidad del acto, puesto que esta se presenta como un extracto o un borrador de lo que posteriormente va a constar en una escritura pública, los bancos tienen establecidas cuotas o pagos que el



particular debe cancelar para la revisión de ese documento que lleva como objetivo la concesión de un mutuo con garantía hipotecaria, estas minutas están sujetas a aprobación por parte del banco, lo cual definitivamente no es congruente con esa serie de formalidades que el propio Código de Notariado regula.

Como ejemplo de lo anterior el Grupo financiero VIVIBANCO, tiene establecido un costo por revisión de la minuta de doscientos quetzales (Q. 200.00) este pago se realiza en las cajas registradoras de cualquier agencia; el Banco Agrícola Mercantil tiene establecido un costo de hasta cien dólares de los Estados Unidos de América (USD 100.00); el Banco de América Central, tiene como tarifa para revisión de minutas un costo de un mil quetzales (Q.1, 000.00) por evento. Lo anterior es una referencia, si bien es cierto en el presente trabajo no se está investigando costos o tarifas impuestas para la revisión de minutas de contratos, es preciso concluir que efectivamente el principio de unidad de acto, es vulnerado por parte de las instituciones bancarias del sistema guatemalteco, puesto que el instrumento público, debe perfeccionarse en un solo acto, no es posible que, para llegar a formalizar un negocio, se debe tener antes un borrador sujeto a aprobación.

Referirse a la Unidad del acto es pues, la simultaneidad en el tiempo, respecto de las distintas etapas de una escritura pública. La presencia del notario, de las partes y de los testigos, en su caso, debiendo ser única y sin interrupción al momento de la lectura y posterior suscripción del documento o instrumento público.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

A través de la investigación se ha podido primeramente determinar y conocer la importancia del derecho notarial dentro de la sociedad guatemalteca, ya que a través del ejercicio notarial se da plena certeza jurídica de los actos en los cuales intervienen los particulares, en el caso en concreto se estableció que la unidad del acto es un principio que se aplica a todos los contratos con el fin de darle solemnidad y seguridad al acto y contrato celebrado entre particulares puesto que no es congruente que antes de formalizar un acto, en el presente trabajo, se determina que se contraría a los principios notariales que se deba emitir una minuta para que el departamento jurídico de la institución bancaria lo apruebe, esta aprobación está sujeta a un pago previo que el particular debe presentar para que la institución bancaria de su visto bueno y proceda a formalizar el acto.

En virtud que se vulnera el principio de unidad del acto, es preciso que los notarios de las instituciones bancarias, siendo los encargados de faccionar el instrumento público y dar fe de su contenido, velen por su debido cumplimiento; si bien es cierto no existe una regulación como tal, el Código de Notariado en el Artículo 42 numeral 8 es la única norma que establece que un acto se debe perfeccionar en un solo acto, razón por la cual los notarios no incurrir en alguna sanción, sin embargo eso no los eximen a que se deba cumplir con las solemnidades o requisitos inherentes al instrumento público y el ejercicio notarial.





BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo. José Gracias. **El notario ante la contratación civil y mercantil**. Ed. Estudiantil Fénix. Guatemala., 2007
- AMAYA SANTOS, Edna Karina. **Tesis La necesidad de regular un procedimiento para sanear errores cometidos en los instrumentos públicos, al fallecimiento del notario**. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 2013.
- BARRAGAN, Alfonso. **Manual de Derecho Notarial**. Editorial TEMIS Librería. Bogotá, Colombia. 1979.
- BELLVER CANO, Antonio. **Principios del régimen notarial comparado**. Editorial Suarez. Madrid, España. S.f.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Editorial Heliasta, S.R.L., 11va. Edición. Buenos Aires, Argentina. 1976.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. Editorial Porrúa, S.A., 3 Edición. México. 1976.
- FERNANDEZ CASADO, Miguel. **Tratado de notaría**. Tomo I. Madrid, España. 1895.
- GARCIA CIFUENTES, Manuel Abraham. **Obligaciones del notario posteriores a la autorización de un instrumento público**. Ed.S.E. Guatemala, Guatemala. 1995.
- GATTARI, Carlos Nicolás. **Manual de derecho notarial**. 1ª. Edición. Ed. Alfa Beta, Buenos Aires, Argentina. 1992.
- GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. **Derecho notarial**. Ed. Universidad de Navarra. Pamplona, España. 1976.
- GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. **Introducción al derecho notarial**. Edición Revista de Derecho Notarial. Madrid, España. 1944.
- GONZÁLEZ, Carlos Emérito. **Derecho notarial**. Editora La Ley, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1971.
- GONZALEZ PALOMINO, José. **Instituciones del derecho notarial**. Librería Anticuario Jerez. Madrid, España. 1948.
- LARRAUD, Rufino. **Curso de derecho notarial**. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1966.



LÓPEZ M., Mario R. **La práctica en los procesos voluntarios extrajudiciales.** Guatemala. Ed. S. E. 1998.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al Estudio del Derecho Notarial.** Décima quinta edición. Infoconsult Editores. Guatemala. 2013.

NERI, Argentino I. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial.** 2ª. Edición. Ediciones de Palma. Buenos Aires, Argentina. 1980.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael. **Estudios de derecho notarial.** 2 Tomo; Ed. Artes Gráficas Soler, S.A. España. 1986.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Ed. Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1987.

PELOSI, Carlos A. **El documento notarial.** Edición Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1987.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho Notarial,** 1ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A., México. 1981

QUEZADA TORUÑO, Fernando José. **Régimen jurídico del notariado en Guatemala.** Publicación 11 y 12 del Instituto guatemalteco de Derecho Notarial. Guatemala. 1973.

Real Academia Española. <https://dle.rae.es/principio>. (Consultado: diciembre de 2021)

RÍOS HELLIG, Jorge. **La práctica del derecho notarial.** Ed. Mc Graw Hill. México. 2002.

SALAS, Oscar A. **Derecho Notarial de Centro América y Panamá.** Editorial Costa Rica. Costa Rica. 1973.

SOPENA, Ramón. **Diccionario Enciclopédico ilustrado Sopena.** Ed. Eros, S. A. Guatemala. 1986.

Legislación:

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

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

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República. 1971.

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto número 19-2001. Congreso de la República de Guatemala. 2002.

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

