

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

**PROPUESTA LEGAL PARA SUPLIR LA FIRMA O LA IMPRESIÓN DIGITAL DEL  
OTORGANTE EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, CUANDO EL MISMO TIENE  
IMPOSIBILIDAD FÍSICA DE DEJAR PLASMADA CUALQUIERA DE ESTAS  
FORMALIDADES, ENCONTRÁNDOSE EN EL PLENO GOCE DE SUS FACULTADES  
MENTALES Y VOLITIVAS**

**CÉSAR ESTUARDO HERRERA LÓPEZ**

**GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2010**

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

**PROPUESTA LEGAL PARA SUPLIR LA FIRMA O LA IMPRESIÓN DIGITAL DEL  
OTORGANTE EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, CUANDO EL MISMO TIENE  
IMPOSIBILIDAD FÍSICA DE DEJAR PLASMADA CUALQUIERA DE ESTAS  
FORMALIDADES, ENCONTRÁNDOSE EN EL PLENO GOCE DE SUS FACULTADES  
MENTALES Y VOLITIVAS**

**TESIS**

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

**CÉSAR ESTUARDO HERRERA LÓPEZ**

**Previo a conferírsele el grado académico de  
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**Guatemala, noviembre de 2010**

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



**DECANO:** Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana  
**VOCAL I:** Lic. César Landelino Franco López  
**VOCAL II:** Lic. Gustavo Bonilla  
**VOCAL III:** Lic. Luis Fernando López Díaz  
**VOCAL IV:** Br. Mario Estuardo León Alegría  
**VOCAL V:** Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada  
**SECRETARIO:** Lic. Avidán Ortiz Orellana

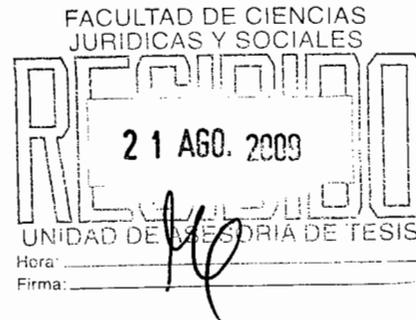
**RAZÓN:** "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LICDA. ZONIA JUDITH CORZO LÓPEZ  
ABOGADA Y NOTARIA  
Colegiado No. 8,377

Guatemala, 5 de agosto 2009



Licenciado: Carlos Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala.  
Presente.



Licenciado Castro Monroy.

Por este medio en forma atenta me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que en cumplimiento de la resolución emitida por esa Unidad de Tesis, procedí a asesorar al Bachiller **CÉSAR ESTUARDO HERRERA LÓPEZ**, quien al inicio presentó su trabajo de tesis intitulado "**PROPUESTA LEGAL PARA SUPLIR LA FIRMA O LA IMPRESIÓN DIGITAL DEL OTORGANTE EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, CUANDO EL MISMO TIENE IMPOSIBILIDAD FÍSICA DE DEJAR PLASMADA CUALQUIERA DE ESTAS FORMALIDADES, ENCONTRÁNDOSE EL MISMO EN EL PLENO GOCE DE SUS FACULTADES MENTALES Y VOLITIVAS**";

Para tal efecto hago constar, que el estudiante HERRERA LÓPEZ, adoptó las sugerencias realizadas a su trabajo de investigación, incluyendo el cambio del título el cual quedó de la siguiente manera "**PROPUESTA LEGAL PARA SUPLIR LA FIRMA O LA IMPRESIÓN DIGITAL DEL OTORGANTE EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, CUANDO EL MISMO TIENE IMPOSIBILIDAD FÍSICA DE DEJAR PLASMADA CUALQUIERA DE ESTAS FORMALIDADES, ENCONTRÁNDOSE EN EL PLENO GOCE DE SUS FACULTADES MENTALES Y VOLITIVAS**";

Al igual, me permito informarle que he realizado varias revisiones, recomendando al bachiller cambios en la redacción y en la gramática de lo escrito, así como en la forma del trabajo de tesis, efectuando las correcciones y cambios que se deben realizar en el presente trabajo.

El Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, establece que: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

Así también me permito indicar que dicho trabajo fue realizado bajo los aspectos y requisitos técnicos y científicos, exigidos para un trabajo de investigación que abarca

LICDA. ZONIA JUDITH CORZO LÓPEZ  
ABOGADA Y NOTARIA  
Colegiado No. 8,377



el ámbito notarial específicamente lo relacionado con la forma de suplir la firma o impresión digital por los otorgantes que tengan impedimentos físicos al momento de otorgar un instrumento público..

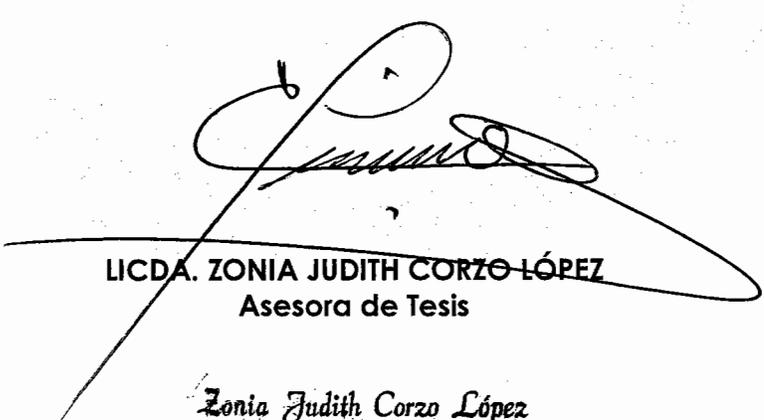
El trabajo fue elaborado en forma científica, no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación en teorías análisis y aportes tanto de orden legal como académica, ello en atención a los preceptos del normativo en mención regulados para el efecto, resultando como relevante el contenido analítico inserto en todo el trabajo de investigación.

Se desarrollaron los temas fundamentales del mismo, la secuencia que se le asignó al desarrollo de todas las temáticas y las importantes conclusiones y recomendaciones a que llegó el investigador, utilizándose los métodos deductivo, inductivo, analítico y sintético, habiéndose utilizado las técnicas de la entrevista, a notarios en funciones.

Se recomendó ampliar la bibliografía al proceso de investigación científico, aplicando para el efecto los métodos y técnicas acordes para la resolución de la problemática relacionada.

El trabajo de tesis, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; pudiendo proseguir con el trámite siguiente.

Atentamente,



LICDA. ZONIA JUDITH CORZO LÓPEZ  
Asesora de Tesis

*Zonia Judith Corzo López*  
Abogada y Notaria

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12  
Guatemala, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) BYRON VINICIO MELGAR GARCÍA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CÉSAR ESTUARDO HERRERA LÓPEZ, Intitulado: "PROPUESTA LEGAL PARA SUPLIR LA FIRMA O LA IMPRESIÓN DIGITAL DEL OTORGANTE EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, CUANDO EL MISMO TIENE IMPOSIBILIDAD FÍSICA DE DEJAR PLASMADA CUALQUIERA DE ESTAS FORMALIDADES, ENCONTRÁNDOSE EN EL PLENO GOCE DE SUS FACULTADES MENTALES Y VOLITIVAS".

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

  
**LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**

cc. Unidad de Tesis  
CMCM/crla

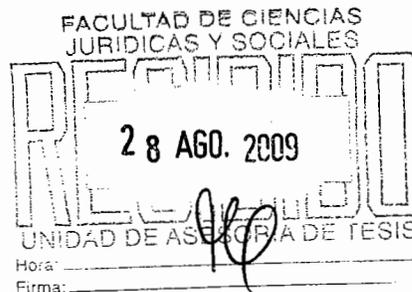


Melgar & Alvarado Asociados  
Abogados y Notarios  
Bufete Corporativo



Guatemala, 28 de agosto del año 2009.

**Licenciado: Carlos Castro Monroy**  
**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala.**  
**Su Despacho.**



**Respetable Licenciado Castro Monroy.**

Me place saludarle deseándole los correspondientes éxitos en ese despacho y demás labores profesionales.

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, me permito informar a usted en mi calidad de Revisor del trabajo de tesis del bachiller **CÉSAR ESTUARDO HERRERA LÓPEZ**, intitulado: "**PROPUESTA LEGAL PARA SUPLIR LA FIRMA O LA IMPRESIÓN DIGITAL DEL OTORGANTE EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, CUANDO EL MISMO TIENE IMPOSIBILIDAD FÍSICA DE DEJAR PLASMADA CUALQUIERA DE ESTAS FORMALIDADES, ENCONTRÁNDOSE EN EL PLENO GOCE DE SUS FACULTADES MENTALES Y VOLITIVAS**"; procedente resulta dictaminar respecto a la Revisión del mismo debido a las siguientes justificaciones.

Asimismo, me permito informarle que luego de realizar varias revisiones minuciosas y sistemáticas del trabajo de investigación realizado, esta revisión ha efectuado las correcciones y cambios pertinentes al informe final, habiéndosele modificado el estado capitular.

El Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, establece que: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

Así pues, en cumplimiento de la normativa indicada, me permito rendir informe con respecto al hecho de que a mi criterio, el trabajo que se me asignó fuera revisado, y centrando el objetivo en lo relativo al planteamiento de cinco propuestas legales para suplir formalidades esenciales en los instrumentos públicos, por lo tanto en el trabajo de campo efectuado, se logró establecer que realmente no existe en la Legislación actual, forma alguna de suplir en los instrumentos públicos, las formalidades esenciales como lo son, las firmas de los que intervienen en el acto o contrato, o la impresión digital en su caso.

El resultado obtenido en el trabajo por parte del autor, es producto de la aplicación de los métodos deductivo e inductivo, puesto que desarrolló algunas áreas del trabajo, partiendo de casos particulares para concluir en resultados de carácter general y en otras partes, partió de lo general hacia lo particular. Así mismo, se basó en el método analítico, puesto que a través de



Melgar & Alvarado Asociados  
Abogados y Notarios  
Bufete Corporativo



este, investigó lo relativo a las formas en que se encuentra regulado el punto tratado, en la legislación imperante, así como el análisis en comparación de otras Legislaciones, respecto al problema investigado; y finalmente el método sintético, ya que con base en este especificó los fundamentos que lo hacen arribar a las conclusiones de la investigación desarrollada.

Entre las técnicas utilizadas se tiene la de la entrevista, al haber abordado a personalidades directamente relacionadas con el tema, tanto profesionales catedráticos de Derecho Notarial, de la Facultad de Derecho, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, como a profesionales particulares que ejercen el notariado a tiempo completo en sus oficinas.

Es importante mencionar que considero que el trabajo fue elaborado en forma científica, por lo que se profundizó en problemas reales, que afectan a un buen número de personas, la secuencia que se le asignó al desarrollo de toda la temática y sin dejar por un lado la importancia de las conclusiones y recomendaciones a que arriba el investigador; habiendo utilizado un sistema de redacción que si bien es cierto contiene terminología específica, en lo relativo a lo notarial, se explica la interpretación de la misma, por lo que es clara en su totalidad para el lector común.

Las conclusiones y recomendaciones son acordes y se relacionan con el contenido de la tesis. Le sugerí al bachiller varias correcciones al desarrollo de los capítulos de la misma, siempre bajo el respeto de su posición ideológica, el cual estuvo de acuerdo en llevarlas a cabo.

La bibliografía utilizada es la adecuada y actualizada. De manera personal me encargué de guiar al bachiller bajo los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso científico de investigación, aplicando para el efecto los métodos y técnicas acordes para la resolución de la problemática relacionada. Así mismo le sugerí al bachiller realizar como anexo, un anteproyecto Legislativo, para reformar o ampliar la actual Legislación referida.

El trabajo de tesis, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

**Sin otro particular me suscribo como su atento y seguro servidor.**

**Deferentemente;**

  
Byron Vinicio Melgar García  
Revisor  
Col. 6.030

Lic. Byron Vinicio Melgar García  
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12  
Guatemala, C. A.

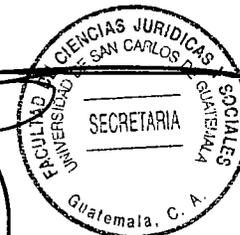
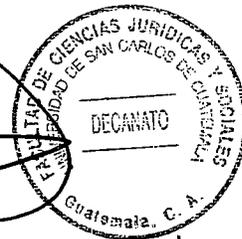


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, trece de mayo del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CÉSAR ESTUARDO HERRERA LÓPEZ, Titulado PROPUESTA LEGAL PARA SUPLIR LA FIRMA O LA IMPRESIÓN DIGITAL DEL OTORGANTE EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, CUANDO EL MISMO TIENE IMPOSIBILIDAD FÍSICA DE DEJAR PLASMADA CUALQUIERA DE ESTAS FORMALIDADES, ENCONTRÁNDOSE EN EL PLENO GOCE DE SUS FACULTADES MENTALES Y VOLITIVAS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.





## DEDICATORIA

- A Dios:** Por darme la fortaleza y guiar mí camino.
- A mis padres:** Por enseñarme que todo lo que se hace en la vida, tiene eco en la eternidad.
- A mis hijos:** A quienes amo, esperando que mí éxito profesional, les sirva de ejemplo y los llene de orgullo.
- A mi esposa:** Por creer en mí. En el éxito alcanzado toda mí Gloria.
- A mis hermanos:** Para que éste éxito sea un ejemplo a seguir.
- A mis amigos:** A quién en vida fuera el noble y distinguido caballero Lic. César Trujillo, quien fue mi punto de apoyo, Q.E.P.D. Y con mucho aprecio, especialmente al Lic. Eduardo García, por su incondicional apoyo y paciencia, sin él, este éxito no diese sus frutos.
- A mis compañeros:** Adán Figueroa, Joel Arriaza, Santiago Sazo, César Toledo, Jorge Cortez, Edwin López, Edy Godoy, con quienes compartí los mejores momentos en la facultad.
- A:** Licda. Wendy Ramírez, Licda. Zonia Corzo, Lic. Byron Melgar, Licda. Maida Elizabeth López Ochoa, Lic. Luis Guevara, Lic. Gilmar Mérida. Les estoy muy agradecido.
- A:** Mi tía Lidia y Julio su esposo, por sus sabios consejos.



**A:**

La Universidad de San Carlos de Guatemala, y especialmente a los catedráticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por inculcar en mí, que justicia es darle a cada quien, lo que en Derecho corresponda.



## ÍNDICE

**Pág.**

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

### CAPÍTULO I

1. La función notarial .....	1
1.1. Naturaleza jurídica .....	5
1.2. Objeto de la función notarial .....	19
1.3. Fases de la función notarial .....	25
1.4. Finalidades de la función notarial .....	27

### CAPÍTULO II

2. Requisitos de valides del instrumento público .....	31
2.1. Requisitos formales de validez .....	31
2.2. Requisitos personales de validez .....	44
2.3. Requisitos esenciales de validez .....	58
2.4. Efectos del instrumento público .....	62

### CAPÍTULO III

3. Función de la firma o impresión digital .....	67
3.1. Presunciones derivadas de la carencia de dichas formalidades .....	31
3.2. La ética profesional en la autorización .....	79
3.3. La ética profesional en la interpretación .....	82
3.4. La seguridad y la ética notarial .....	84
3.5. La función social del notario .....	86

### CAPÍTULO IV

4. Limitaciones de la fe pública notarial y registral .....	89
4.1. Carencia de poder probatorio .....	92
4.2. Inexistencia de fe pública notarial .....	93

## **CAPÍTULO V**

5. Derecho comparado .....	97
5.1. En Guatemala.....	97
5.2. En Honduras.....	98
5.3. En Mexico Distrito Federal.....	101
5.4. En Cuba.....	104
5.5. En España .....	105
5.6. En el Derecho Sajón.....	108

## **CAPÍTULO VI**

6. Propuestas para suplir formalidades esenciales .....	109
6.1. Anexando acta notarial al testimonio .....	110
6.2. Clausula especial y certificación médica .....	111
6.3. Valiendose de testigos especificos .....	113
6.4. Por declaración judicial.....	114
6.5. Dejando la impresión digital de los dedos de los pies (ortejos) .....	115
CONCLUSIONES.....	119
RECOMENDACIONES.....	121
ANEXO... ..	123
BIBLIOGRAFÍA.....	127



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, inicio como una idea, que fue moldeándose, hasta llegar a ser un trabajo bien estructurado, en el cual se investigaron, problemas cotidianos y experiencias vividas, de personas que al encontrarse en el pleno goce de sus facultades mentales y volitivas, y por la falta de miembros superiores, al no encontrarse regulado en la legislación actual, no pueden ser otorgantes en instrumentos públicos, pues para que este supuesto jurídico se realice, según indica la ley, el instrumento público debe contener las firmas de los que intervienen en el acto o contrato, o la impresión digital en su caso. No existe forma alguna de suplir formalidades legales en el ámbito que se les necesita, y en su estudio vienen siendo necesarias en la aplicación notarial.

La hipótesis contenida, en el título del presente trabajo, es encontrar cinco posibles soluciones, a esa laguna legislativa, con el único objetivo de dar a los interesados, que tienen limitaciones corporales, una posible solución al problema que les aqueja, y así poder dar validez jurídica al instrumento público en el cual son otorgantes.

Guatemala, como todos los pueblos que se identifican con la esperanza de poder dar a sus habitantes la mayor libertad individual posible, resguardando siempre el derecho ajeno, mediante un sistema jurídico dinámico que se ajusta a las nuevas necesidades de su sociedad, vela por la seguridad jurídica contractual a través del Derecho Notarial y encomienda el mantenimiento del orden establecido a los notarios, mediante la práctica cotidiana de ésta rama del derecho.

Para una mayor comprensión, el trabajo ha sido dividido en capítulos; el capítulo primero, comprende la función notarial, tomando en cuenta su naturaleza jurídica, antecedentes, teorías, fuentes y evolución de las fases notariales; en el capítulo segundo, se observa lo relativo a las formalidades que conlleva la validez del instrumento público; el capítulo tercero, comprende la legitimación del contenido en el instrumento público a través de la función social del notario; el capítulo cuarto, se refiere a las limitaciones que tiene el notario en su función notarial; el capítulo quinto, hace énfasis en lo relativo a nuestra Legislación en comparación, con las de otros países; y por ultimo, el capítulo



sexto, conteniendo éste, la esencia del presente trabajo, haciendo mención de cinco posibles soluciones o posibles propuestas legales para poder suplir ciertas formalidades en los instrumentos públicos.

La elaboración de la presente investigación se realizó primordialmente conforme al método científico, el enfoque metodológico utilizado, es a partir de un hecho acontecido, de tipo descriptivo, a través del cual se abordaron situaciones verdaderas, que obtuve de personas a las cuales se les ha dificultado ser otorgantes en instrumento público debido a las limitaciones corporales que padecen. Así como también de testigos, documentos o fuentes directas, cuya veracidad es posible comprobar dentro de ciertos límites. Aunado a ello, se aplicaron los métodos deductivo e inductivo, ya que sirvieron como desarrollo del presente trabajo, partiendo de casos particulares para concluir en resultados de carácter general y en otras partes, se partió de lo general hacia lo particular. Las técnicas empleadas durante la presente investigación fueron; bibliográficas, documentales, estadísticas, ficheros, observación directa, cuestionarios, entrevistas, y técnicas jurídicas para la interpretación de la legislación, así como también comparación en otras legislaciones, para así poder observar si alguna, ha realizado cambios satisfactorios con respecto al tema del presente trabajo de tesis.

Sirvan pues las presentes notas, como una invitación para realizar un recorrido de lectura, que permita a los notarios y estudiantes en general, a que consulten el presente trabajo, y así poder criticarlo a la luz de su formación académica, aunque no encuentren virtudes en él, el simple hecho de haber motivado su curiosidad científica, satisface la intención de su autor.

## CAPÍTULO I



### 1 La función notarial

¿Qué es la función notarial?

Respondiendo en términos sencillos decimos: es el **quehacer del notario**.

Y bien, ¿Qué hace el notario?

Para responder esto que es más complejo, debemos mencionar la definición de notario. La definición más completa es la aprobada por la Unión Internacional del Notariado Latino en el primer congreso de la Unión, celebrado en Buenos Aires Argentina en 1948, la cual dice:

“El notario es el profesional del derecho, encargado de una función pública, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fe de su contenido. En su función esta contenida la autenticación de hechos.”<sup>1</sup>

Se han formulado algunas teorías para explicar la naturaleza de la función notarial, entre ellas tenemos la funcionarista, la profesionalista, la ecléctica y la autonomista.

---

<sup>1</sup> Nery, Roberto Muñoz, *Introducción al estudio del derecho notarial*, pág. 61.

Oscar Salas, quien manejó con mucha propiedad las primeras tres teorías, expresa lo que se dice en defensa de la teoría funcionarista, “que el notario actúa a nombre del Estado, que algunas leyes lo definen como funcionario público investido para autenticar y legitimar los actos que requieren su intervención y que el origen mismo de la institución...sugiere que se trata de una función pública, desempeñada primeramente por funcionarios estatales y que el Estado delegó después en los notarios. Esta tesis fue generalmente admitida hasta hace pocos años. (Algunos países todavía la mantienen) Castán, después de un análisis de las principales opiniones vertidas sobre la materia expresa que no puede negarse el carácter público de la función y de la institución notarial. Las finalidades de la autenticidad y la legitimación de los actos públicos exigen que el notario sea un funcionario público que intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que el interés particular, el interés general o social de afirmar el imperio del Derecho, asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos de que penden las relaciones privadas”.<sup>2</sup>

Esto resulta lógico, puesto que no habría sido necesario el surgimiento de una rama jurídica, si la actividad de la sociedad no hubiera contado con una función que regular. Es decir, que solamente el ejercicio del quehacer del notario, pudo crear las condiciones necesarias para regularla, dando con ello lugar al surgimiento del conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público, (Derecho Notarial).

---

<sup>2</sup> Salas, Oscar. **Derecho notarial de Centro América y Panamá.** Pág. 96.

La creación del Derecho Notarial, hace imprescindible indicar la materia a la cual se refiere el mismo, qué es lo que regula, sobre qué se manifiestan las teóricas del área notarial, a donde están orientados sus principios filosóficos y quiénes son los destinatarios de todo el andamiaje ideológico-jurídico y legal; y en qué condiciones.

Todo lo anterior, obliga a pensar en la función notarial o quehacer del notario, como la actividad necesaria de definirse para poder establecer su naturaleza, objeto y finalidades. “La función notarial es la tarea específica del notario, como profesional del derecho que es, consistente en la elaboración formal y material de los instrumentos públicos establecidos por la ley, transformar los hechos en derecho, es decir, que recibe, interpreta y da forma legal a la voluntad de los sujetos que le requieren, confirmando y dando autenticidad a tales instrumentos, con el objeto de brindar seguridad y certeza a los actos y negocios jurídicos producidos en la sociedad.”<sup>3</sup>, define el licenciado Mérida.

Para Segovia, en cambio: “Es la función profesional y documental autónoma, jurídica y calificada, impuesta y organizada por la ley, para procurar la seguridad, valor y permanencia de hecho y de derecho al interés jurídico de los individuos, patrimonial y extra patrimonial, entre vivos y por causa de muerte, en relaciones jurídicas de voluntades concurrentes o convergentes y en los hechos jurídicos, humanos o naturales, mediante su interpretación y configuración, autenticación, autorización y resguardo confiado a un notario.”<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Sáenz Mérida, Luis Felipe, **La función notarial**, pág. 78.

<sup>4</sup> Martínez Segovia, Francisco, **Función notarial**, pág. 21.

De la definición anterior, cabe resaltar el hecho de que el autor citado considera a la función notarial como privada e impuesta por la ley, características que resultan discutibles, si se toman en cuenta los efectos y formas del ejercicio en Guatemala. Lo anterior no quiere decir, desde ningún punto de vista que dicha definición carezca de valor, por el contrario le da carácter de polemizante a la misma, en donde radica su validez científica.

En ese contexto, podría intentarse una definición indicando que la función notarial es la transformación de los actos particulares, en derechos privados mediante la intervención rogada o por disposición de la ley, del notario, que le confiere certeza y permanencia, mediante la documentación de los mismos, de conformidad con las solemnidades exigidas por la ley.

La maravilla jurídica de la creación de derechos particulares, se realiza precisamente cuando la norma jurídica individual surge y es susceptible de hacerse valer por los medios procesales al alcance de los contratantes; puesto que, es a través de la documentación, en el lugar en donde queda plasmada la voluntad de las partes. Y entre ellas se crea la norma que habrá de regular su relación, lo cual única y exclusivamente es posible cuando quien la documenta es el profesional al que la ley le reconoce la calidad suficiente para poder hacerlo: el notario.

Al igual que las normas jurídicas genéricas, los actos particulares notarialmente documentados constituyen ley entre las partes, al mismo tiempo que hacen posible una serie de derechos sustantivos que pueden exigirse, pueden también prever las formulas



procesales susceptibles de aplicarse para obtener los efectos deseados durante la contratación, cuando se diere la inobservancia de cualquiera de las partes a las que les pueda ser aplicables dichas normas.

Cuando la función notarial se desarrolla, lo que ocurre es que los deseos contractuales de los otorgantes pasan de ser meras intenciones a la categoría de preceptos normativos, a los que pueden ser compelidos en caso de no ajustar su conducta a lo previsto por el notario, que ajustándose a los formalismos legales, mediante su intervención les confiere permanencia documental.

Lo anterior podría inducir a pensar, que ajustando su actuación a los preceptos legales aplicables, no tendría precisamente que ser el notario quien documentara los hechos que habrán de constituir la legislación privada que se crea mediante el acuerdo de voluntades; sin embargo, cabe recordar que el mismo notario, por ser versado en materia legal, constituye un requisito impuesto por la ley, puesto que es el único profesional o funcionario (según la corriente ideológica que sigue a cabalidad la legislación aplicable), capaz de conferirle autenticidad y seguridad jurídica al documento producto de su actuación.

Buscar la naturaleza jurídica de la función notarial, al igual que de cualquier otra institución jurídica, es precisamente tratar de encontrar la esencia de su ser; es decir, las propiedades peculiares de ella misma, la tendencia o inclinación propia de sus virtudes.

## **1.2 Naturaleza jurídica**

Es por ello que, cada definición tiende a ser influenciada e influenciadora a la vez de la

tesis que su autor sustente, así encontramos tres tesis a saber, las que no siendo precisamente antagónicas, si lo son excluyentes por su propio origen y en las cuales se aglutinan los diferentes autores.

- I. **Tesis funcionalista:** Esta tesis es la sostenida por los distintos autores cuyo señalamiento principal radica en el hecho de indicar que la función notarial es de orden público, correspondiente al Estado, el que la delega en el notario, considerado este como un funcionario de aquel.

Como tal la conciben los maestros que a continuación cito:

**José Castán**, para dicho autor: “el notario ejerce una función de carácter complejo en nombre del Estado, correspondiéndole una posición especial dentro de la organización administrativa y jurídica aunque no burocrática”.<sup>5</sup>

**José González Palomino**, es sustentante de la misma tesis de fondo, manifiesta que; “la función notarial es una función pública de carácter administrativo, que consiste en dar forma jurídica”.<sup>6</sup>

Aunque tal definición pareciera dejar sin definir la idea central, se debe comprender que aquello a lo que la función notarial da forma jurídica, es el acto particular declarado ante notario, lo cual se deja entender tácitamente en la misma.

---

<sup>5</sup> Martínez Segovia, Francisco, **Ob. Cit**; pág. 34.

<sup>6</sup> Martínez Segovia, Francisco, **Ob. Cit**; pág. 35.

**José Mengual y Mengual**, indica, que “la función notarial es una función de naturaleza social que está dentro del Estado y, por lo mismo, es una función pública que corresponde presidir y representar al Estado, y en su representación al poder público.”<sup>7</sup>

Como puede apreciarse, las definiciones anteriores son contestes al señalarle un carácter eminentemente público a la función notarial.

Redundando sobre ello, el mismo Tobeñas, además de aportar la definición anteriormente transcrita, hace una reflexión justificativa de la orientación general indicada al sostener que: “no puede negarse el carácter público de la definición y la institución notarial... Las finalidades de autenticidad y la legitimación de los actos públicos exigen que el notario sea un funcionario público que intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que al interés particular, al interés general o social de afirmar el imperio del derecho asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos de que penden las relaciones privadas...”<sup>8</sup>

Dicho autor tiene razones suficientes para realizar este planteamiento doctrinario, puesto que con la existencia de la autenticidad y la legitimación los notarios, se ven obligados a asegurar la legalidad de los hechos y actos jurídicos al plasmar la voluntad de los interesados en instrumentos públicos, y el Estado debe prestar el servicio que las relaciones sociales en esta materia exigen a través de cualquier medio, regido por la ley.

---

<sup>7</sup> Aceituno Ortiz, Juan Carlos, **El instrumento público como objeto de la función notarial**, pág. 7.

<sup>8</sup> Castán Tobeñas, José, **Función notarial y elaboración notarial del derecho**, pág. 111.



Sin embargo, cabe recordar que la función notarial solamente puede adoptar el carácter que la misma ley le confiere.

Existen legislaciones que desde su promulgación conceden al notario el carácter respectivo, tal el caso de la República de Cuba, que en su Ley No. 50; relativa a la actividad notarial, regula: “Artículo 1.- El notario es el funcionario público facultado para dar fe de los actos jurídicos extrajudiciales en los que por razón de su cargo interviene, de conformidad con lo establecido en la ley. Cosa similar ocurre en Colombia, en cuyo estatuto del notariado, contenido en el Decreto 960 de 1,970; expresamente se reconoce al notario como un funcionario público y el desarrollo de su actividad tiene el adjetivo de un cargo público, tal y como lo determina el Artículo 142 que indica”: Las funciones del cargo se asumen por designación seguida de la posesión, pero las anomalías que se hayan presentado en el nombramiento, confirmación o posesión de quien este ejerciendo el cargo, no afectan la validez de la actuación oficial de él.”; e igualmente el Artículo 144 numeral 2, al reconocer la función notarial como función propia de un cargo público, cuando regula: El cargo se pierde:..2. Por ejercer otro cargo público...” Hasta antes de la emisión de la Ley 29 de 1,973; que derogó el texto del Artículo 1° de la anteriormente indicada, el mismo decía: “Artículo 1°.- El notariado es una función pública e implica el ejercicio de la fe notarial...”; texto que si bien es cierto en la actualidad se encuentra derogado, dicha derogatoria no modificó en ningún sentido el resto de la regulación correspondiente a la función notarial, lo que implica que el carácter de esa sigue siendo el mismo, como queda determinado del contenido de los Artículos anteriormente citados y que actualmente tienen toda la vigencia que le corresponde al estatuto del notariado en dicho país.



Más radical aún, es el texto de la Ley del notariado del Estado de Chiapas que en su Artículo 2 indica: “El notario es un funcionario público; licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos.”

Como puede apreciarse, no existe discusión en cuanto a la naturaleza jurídica que la función notarial tiene asignada en dichos textos legales, cuya característica común radica precisamente en el hecho de que los notarios son nombrados por el poder público.

Así considerado, el Artículo 6 de la Ley cubana indica textualmente:” Solo puede ejercer como notario el funcionario nombrado de conformidad con esta ley.”; por su parte, la ley colombiana indica: “Artículo 161.- Los notarios serán nombrados para periodos de cinco (5) años...”; y la legislación chiapaneca dice: “Artículo 1.- La función notarial corresponde al estado por su naturaleza de orden público y su ejercicio está a cargo del titular del poder ejecutivo, el que por delegación encomienda esta función a profesionales del derecho, en virtud de la patente que para tal efecto les expida en los términos de la presente ley.”

- II. **Tesis profesionalista:** Esta corriente doctrinaria agrupa a autores que conciben al notario como un verdadero profesional de una ciencia específica, no sujeto al ejercicio de la función propia del Estado, sino desarrollando una labor encaminada a satisfacer una necesidad existente en la sociedad, con carácter totalmente independiente y únicamente sujeto a fiscalización por parte del Estado, en

circunstancias particulares. Al igual que en la anterior posición académica, en esta existen varios autores que participan en ella.

**Jorge Allende Iriarte**, al referirse a la función notarial, indica: “es una profesión libre, de trascendencia social y por ello especialmente reglamentada.”<sup>9</sup>

**Pascual Quagliata**, al igual que el anteriormente citado, muy tajantemente dice: “el notario es un profesional del derecho, que ejerce un poder certificante...” y agrega: “la facultad que tiene el notario de interpretar la voluntad de las partes o el poder certificante que emana del ejercicio de la fe pública, son atribuciones propias e inconfundibles del notario.”<sup>10</sup>

**Juan Carlos Aceituno Ortiz**, con toda propiedad, aporta el enunciado siguiente: “...la función notarial es simple y sencillamente una función profesional libre, como la de otras profesiones; y que no está sujeta a los patrones que establece el Estado para con sus funcionarios y empleados, que están bajo otra condición.”<sup>11</sup>

**Luis Felipe Sáenz Mérida**, como los demás partícipes de esta corriente, manifiesta: “Sin lugar a dudas la función notarial, es una función especial, perfectamente delimitada, actuada por delegación del Estado; y de ninguna manera es una función pública, como ya lo destacamos, ni una función privada. La función notarial no participa de ninguno de los

<sup>9</sup> Martínez Segovia, Francisco, **Ob. Cit**; pág. 42.

<sup>10</sup> Martínez Segovia, Francisco, **Ob. Cit**; pág. 42.

<sup>11</sup> Aceituno Ortiz, Juan Carlos, **Ob. Cit**; pág. 77.



tres organismos del poder estatal (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) es una actividad propia del notario...”<sup>12</sup>

Legislaciones como la guatemalteca, cuando definen la función notarial, lo hacen al amparo de esta corriente, al indicar de qué manera deberá el notario ejercer sus funciones. En ese orden de ideas, el Artículo 1 del Código de Notariado de Guatemala preceptúa: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.”, y haciendo alarde del carácter de profesional que requiere dicha función, indica el Artículo 2 del mismo cuerpo legal: “Para ejercer el notariado se requiere: 1. Ser guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar y domiciliado en la república, salvo lo dispuesto en el inciso 2°. Del Artículo 6°. 2. Haber obtenido el título facultativo en la república o la incorporación con arreglo a la ley. Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales. 4. Ser de notoria honradez.” Como puede apreciarse, desde ningún punto de vista se hace referencia alguna a nombramiento o intervención del Estado necesaria para el ejercicio profesional.

Es tal el celo de no confundir al notario con los funcionarios o empleados públicos, que nuestra legislación al regular lo relativo a la autenticidad de los documentos, separa a ambos indicando en el Artículo 186 del Código Procesal Civil Y Mercantil: “Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe...” y por si fuera poco evitar cualquier equívoco con los integrantes

---

<sup>12</sup> Sáenz Mérida, Luis Felipe, **Ob. Cit;** pág. 77



del Organismo Ejecutivo, el mismo Artículo en su párrafo final hace la salvedad expresa, también de los funcionarios del Organismo Judicial (los jueces), al indicar: "...los documentos privados sólo surtirán efectos frente a terceros, desde la fecha en que hubieren sido reconocidos ante juez competente o legalizados por notario."

Como si lo anterior no fuera suficiente, para tener claro que en Guatemala la orientación que se sigue con respecto de la función notarial, es la corriente profesionalista, es el mismo Estado el que vela por el ejercicio de dicha función, con el carácter de una profesión y así se refiere a los notarios cuando regula en el Artículo 1 de la Ley del Timbre Forense y Timbre Notarial: Se crea un impuesto, que cubrirán los abogados y notarios en ejercicio de sus profesiones..." e igualmente se expresa de ellos en el considerando tercero del Decreto 131.96 que contiene las reformas al Decreto número 314 reformado por el Decreto número 29-75 del Congreso de la República, Código de Notariado, que dice:"Que el arancel de notarios debe reformarse para que sea una ley que, además de vigente, sea verdaderamente positiva, logrando así la seguridad de los notarios a percibir los honorarios que corresponden a su actividad profesional..."

Como es de apreciar, desde ningún punto de vista, la legislación guatemalteca da cabida a la posibilidad de conceptualizar al notario como funcionario o empleado público, sino antes bien, expresamente lo reconoce como un profesional académicamente capacitado para ejercer una profesión liberal y desde ningún punto de vista sujeto a nombramientos, sanciones o remociones propias de la burocracia.

Finalmente es preciso apreciar que el título que acredita la calidad de notario guatemalteco, expresamente reconoce en dicha calidad del ostentanté, un título universitario que lo autoriza para el ejercicio de la profesión correspondiente, documento que goza de todo el reconocimiento legal aplicable para el encuadramiento doctrinario de la función notarial en Guatemala, anteriormente sostenido.

Igualmente la Ley del Notariado de Honduras, contempla en el Artículo 1°. “El notariado es la institución del Estado que garantiza la seguridad y perpetúa constancia de los actos oficiales y de los contratos y disposiciones entre vivos o por causa de muerte.” Como puede apreciarse, la misma legislación, le reserva al Estado la función notarial como una institución. Sin embargo, dicha ley en su Artículo 4° reconoce la necesidad de que tal función sea ejercida por profesionales específicos, al indicar: Para ejercer el notariado se requiere: 1°.- Ser abogado, o haber adquirido el título de notario, conforme a la ley; 2°.- Ser mayor de veintiún años, ciudadano hondureño en ejercicio de sus derechos y del estado seglar; y 3°.- Haber obtenido el correspondiente exequátur de la Corte Suprema de Justicia y prestado la promesa constitucional.”

Del texto legal hondureño anteriormente citado, podría inferirse que el exequátur requerido por la ley para el ejercicio notarial, hiciera las veces del nombramiento por parte del Estado, sin embargo se hace preciso tener presente que antes de dicha diligencia deberá poseerse la calidad profesional indicada en el mismo Artículo.

Con dicha orientación teórica, también la Ley Orgánica de Notariado de Costa Rica, indica: “Artículo 8°.- Para ejercer las funciones de notario se requiere el título de tal,



autorización para ejercer esa profesión y otorgamiento de caución...”, en la cual se aprecia que la característica sobresaliente es precisamente la calidad profesional, de quien realiza la función notarial.

**III. Tesis ecléctica:** Con el preciso afán de mejorar las deficiencias que cada una de las tesis anteriormente comentadas pueden presentar, según algunos autores que no simpatizan con ninguna de ellas, sino antes bien, consideran que ambas orientaciones son complementarias, se manifiestan a favor de una definición intermedia, a la cual se le nombra ecléctica o combinada.

Dentro de esta misma corriente, se debe tener presente que el notario al ejercer la función que le es propia, puede hacerlo dentro de los campos de acción que la misma ley le permite y en tal sentido se puede hablar de dos esferas diferentes que mantiene la tesis ecléctica de la función notarial.

Erwin Saage, citado por Aceituno Ortiz, afirma en este sentido: “...El notario autentica hechos, desempeñando así una función pública, pero completamente distinta de las funciones que realizan los funcionarios y empleados del estado. Además, el notario pone en acción su calidad de técnico, asesorando y cuidando los intereses de sus clientes, siendo esta actividad de tipo puramente profesional”.<sup>13</sup>

Se aprecia en la anterior exposición, el significado de reconocer en la función notarial una función pública, recogiendo con ello el carácter básico de la tesis funcionalista, sin

---

<sup>13</sup> Aceituno Ortiz, Juan Carlos, **Ob. Cit**; pág. 9.

embargo la misma la complementa enunciando que quienes la realizan ponen en práctica su calidad profesional, refiriendo con ello el elemento medular de la tesis profesionalista.

**a) En la administración de justicia:** En esta rama de competencia notarial, el profesional de la materia tiene una importancia por demás singular, puesto que si bien es cierto la administración de justicia es propia del poder público ejercida por el Organismo Judicial, también lo son las corrientes modernas de resolución de conflictos al encontrar en el arbitraje una de las formas más civilizadas de aplicar las normas creadas con carácter individual por los mismos notarios mediante los diferentes contratos en los que se deja prevista esa clase de solución de conflictos. Procedimientos en los cuales la presencia notarial se hace indispensable en el ejercicio de la secretaría de dichos tribunales arbitrales, por la certeza que conlleva cada uno de los documentos emanados del mismo. Independientemente de ello, son precisamente los profesionales del derecho, creadores de la norma individualizada (notarios) los mejores aplicadores de la misma.

¿Porque se remite la actividad notarial al procedimiento arbitral? Porque nada habría más certero que documentar notarialmente las diligencias arbitrales.

Ello deviene precisamente de la necesidad que existe de que la cláusula compromisoria o el compromiso mismo de recurrir al arbitraje, para darle la celeridad pretendida a la solución del conflicto, debiera constar en un instrumento público, aún y cuando la ley expresamente no lo requiera.

Lo antes indicado, tiene su asidero en la redacción del numeral 1) del Artículo 10 de la Ley de Arbitraje (Decreto 67-95 del Congreso de la República), que textualmente dice: Forma del acuerdo de arbitraje 1) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la fórmula de un "compromiso" o de una "cláusula compromisoria", sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje. Se entenderá que el acuerdo consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, telefax, y otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra...", como se puede apreciar, a pesar de existir constancia por escrito, existe aún la posibilidad de ser negada por la otra parte.

Surge la pregunta, ¿qué posibilidades tendría la contraparte de negar el acuerdo si el mismo consta en escritura pública?

Lógicamente en el primero de los casos, no es posible hacer valer el compromiso arbitral o bien, para hacerlo valer sería preciso recurrir a un juicio previo sobre la autenticidad del documento que, la contiene. En cambio en el segundo caso, recordemos que a la luz del Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil: "Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad...»

Por esas razones, es tan importante y se encuentra tan justificado, el hecho de documentar notarialmente el acuerdo arbitral y por supuesto también las diligencias arbitrales.

Esta posibilidad haría más positivo cada vez el contenido de los Artículos legales que prevén el arbitraje como una forma de solucionar conflictos, que tanto auge ha adquirido en la legislación guatemalteca.

Se cita como simples ejemplos de lo manifestado, aisladamente los Artículos siguientes: Ley de electricidad; Artículo 38, Ley de Inversión Extranjera; Artículo 11, Código de Comercio; (reformado por el Decreto No. 8-98 del Congreso de la República); Artículo 291, Ley General de Telecomunicaciones; Artículo 78, Ley de Contrataciones del Estado; Artículo 103, Código Procesal Penal (reformado mediante Decreto No. 79-97 del Congreso de la República); Artículo 477. Etc.

Con un carácter totalmente ajeno a lo anterior, es preciso tener presente que la actividad del notario debe siempre tender a la realización de la justicia y el mantenimiento del orden jurídico establecido en la más perfecta armonía posible, haciendo efectiva la máxima notarial que reza: notaría abierta, juzgado cerrado.

**b) En la jurisdicción voluntaria:** Para ubicar exactamente éste punto de vista dentro de la tesis ecléctica, vale la pena traer a colación el texto del Considerando tercero de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, contenida en el Decreto número 54-77, que textualmente

se encuentra redactado así: "Que los notarios, como auxiliares del órgano jurisdiccional, colaboran eficazmente con los tribunales, a través de su fe pública, en la instrumentación de actos procesales": de donde podemos determinar que en Guatemala, al notario se le considera como un colaborador de los tribunales en el ejercicio de la función notarial.

Luego de analizada cada una de las tesis expuestas anteriormente, bastará decir que la posición del autor del presente trabajo de tesis, es reconocer en el notario, una profesión liberal, y que ejerce una función pública emanada del Estado y controlada (limitada) por la ley. Esto tiene su fundamento en el hecho de que si no existieran notarios, el Estado tendría que prestar el servicio de ellos, a través de otro medio, regulado igualmente por la ley.

Lógico resulta que el sustentante considere al notario como un profesional liberal si se toma en cuenta, como se advirtió desde un inicio, que cada autor que pretende definir la función notarial y por ende a su ejecutor, se encontrará ideológicamente influenciado por la corriente que siga el sistema jurídico en el cual se desenvuelve. Esto significa la existencia de autores, que desarrollando una actividad notarial en un ambiente funcionalista pudieran considerar al notario como un profesional o a la inversa.

A lo que no se puede escapar, es al hecho de que en todas partes del mundo, es la ley la que regula y controla la actividad de los notarios, independientemente de la tesis apoyada mediante la legislación respectiva, porque como se dijo antes, la función en sí misma es pública y emana del Estado.

Asumiendo que en Guatemala, como en cualquier otra parte del mundo, los notarios estuvieran sujetos a nombramiento y fueran considerados funcionarios públicos, cabría la pregunta: ¿Cómo entonces, los notarios pudieran ser considerados profesionales?, ¿No podría ser más bien que se tratara de funcionarios con una consideración especial por la ley, en el ejercicio de su función?

Se trata de responder ambos cuestionamientos.

Primero, debe observarse que aún en las legislaciones que consideran al notario como un funcionario público, se exige del mismo que tenga una formación académica propia de todo un profesional, es decir que no se puede aspirar libremente a figurar como tal funcionario si no se tiene la calidad legalmente requerida.

En cuanto a la otra probabilidad, no podría asumirse tal condición puesto que en ese caso el notario, en la ley perdería su carácter de generalidad que le es propio clasificando a los ciudadanos en orden a la actividad que desarrollan y al ejercer su función, el notario no sería capaz de negar sus servicios puesto que la función desarrollada por la burocracia, aún y cuando sea muy lenta no puede ser negada, aunque solo sea para denegar lo que el usuario pretenda.

### **1.3 Objeto de la función notarial**

Hablar de -objeto- de la función notarial, no es más que referirse al "contenido de una relación jurídica... Materia y sujeto de una disciplina científica... o asunto sobre que

versa".<sup>14</sup> En tal sentido, el objeto de la función notarial, se encuentra regulado en cuatro consecuencias derivadas de su ejercicio, las cuales son:

1. Consultoría jurídica
2. Interpretación de voluntades
3. Configuración de declaración de voluntades
4. Formación del instrumento público

1. **Consultoría jurídica:** Ordinariamente, el cliente al solicitar los servicios profesionales del notario, relata lo que se tiene y lo que se pretende, respecto del negocio jurídico a documentar, sin entrar en detalles técnicos, es decir, sin modelar jurídicamente la voluntad externada.

De allí, que una persona con una cultura general media, pueda solicitar los servicios notariales para celebrar un contrato diferente de aquel que realmente cumpla con el cometido pretendido por los otorgantes, de donde deviene la necesidad de prestar la consultoría jurídica suficiente por parte del profesional para definir con apego a la ley, la figura jurídica aplicable a cada caso particular. Cumpliendo con ello parcialmente con el objeto de la función notarial.

Se pretende juzgar de parcial, el objeto de la función notarial realizado mediante la consultoría jurídica, puesto que no debemos perder de vista que el objeto principal de la misma es precisamente la creación del instrumento público, sin lo cual, todo lo

---

<sup>14</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, pág. 275.

anteriormente expuesto, no tendría sentido alguno.

Lo que es preciso aclarar, es que la consultoría jurídica no resulta una actividad especial o propia del notario, puesto que la misma más bien debiera pensarse que es propia del abogado. Sin embargo, la actividad del abogado, propiamente dicha se circunscribe a aplicar el derecho, mientras que el notario siendo igualmente que aquel, profesional de las ciencias jurídicas, antes que aplicar el derecho lo crea, dando vida a instrumentos cuyo contenido será ley entre los otorgantes y aún más, frente a terceros cuando éstos se encuentren afectados directa o indirectamente dentro de la esfera de los derechos creados mediante el instrumento público, emanado de la actividad notarial.

A pesar de lo indicado anteriormente, la consultoría jurídica es la parte de la función notarial que más debe ocupar la atención del notario, por los efectos presentes y a futuro que conlleva.

- 2. Interpretación de voluntades:** Como anteriormente se hizo ver, al prestar la consultoría jurídica, el notario debe realizar la labor interpretativa que le es propia como conocedor del derecho, haciendo encuadrar lo solicitado por el cliente en la figura legal más apropiada y aún creando la figura jurídica que le parezca más idónea a cada caso en particular.

De lo anterior podría decirse que interpretar las voluntades de los otorgantes equivale a traducir a actos jurídicos, la voluntad negociadora de quienes solicitan los servicios



notariales.

Interpretar la voluntad de los solicitantes no solamente representa asesorarles, sino también darle la forma legal que la experiencia aconseja a la voluntad de aquellos, sugiriendo la mejor forma de convertir en derecho las intenciones recíprocas que motivaron la solicitud de los servicios.

**3. Configuración de declaración de voluntades:** Luego de haber asesorado a quienes solicitan sus servicios, mediante la interpretación de la voluntad externada por ellos, el notario en su actividad profesional deberá configurar lo declarado, o sea, agregar a la voluntad interpretada jurídicamente, los elementos que le sean indispensables o individualizarlos a cada caso en particular. Bien se llame a tales elementos: requisitos, solemnidades o de cualquier otra manera.

En este sentido, debe tenerse presente que la configuración de declaración de voluntades es dar la precisa forma que el negocio en gestación exige, para poder nacer a la vida jurídica.

Con la finalidad de establecer claramente cada uno de los objetos de la función notarial descritos hasta el momento, se hace preciso plantear un caso hipotético, que con fines didácticos podría ser: el del notario que habiendo prestado la consultoría jurídica necesaria, indica a los comparecientes la exacta figura contractual aplicable y habiendo luego realizado la interpretación de voluntad suficiente determinando plazos, formas de cumplimiento, vías de ejecución en caso de incumplimiento e indemnizaciones aplicables;

por error involuntario omitiera uno o algunos de los requisitos o solemnidades esenciales en la configuración, previstos en la ley, y con ello, hiciera adolecer de nulidad el acto contractual.

- 4. Formación del instrumento público:** Este es el principal objeto de la función notarial, puesto que en la formación del instrumento público es precisamente donde el notario hace alarde y gala de todos sus conocimientos del idioma en general y de la formación académica en particular. En la formación del instrumento, somete la voluntad contractual de los otorgantes a las formulas legales vigentes, encuadrando lo que se le refiere como una simple manifestación de voluntad a un contrato o declaración de un derecho.

Resulta importante señalar, que la denominación instrumento público, adopta diferentes sentidos dependiendo precisamente del cuerpo legal que lo regule. De esta forma, se regula en el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado de España indicando en su Artículo 144: "El instrumento público comprende las escrituras públicas, las actas y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en copia o testimonio...", es decir, todo documento autorizado por notario.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal de México, en cambio considera como tales a todos los que encuadren dentro de la definición contenida en el Artículo 60 de la misma, que indica: "Para los efectos de esta ley, se entiende por escritura cualquiera de los siguientes instrumentos públicos: I. El original que el notario asiente en el libro autorizado, conforme el Artículo 46 de este ordenamiento. Para hacer constar un acto



jurídico, y que contenga las firmas de los comparecientes y la firma y sello del notario.

II. El original que se integre por el documento en que se consigne el acto jurídico de que se trate, y por un extracto de éste que contenga sus elementos esenciales y se asiente en el libro autorizado...", texto legal del cual se deduce que las denominaciones instrumento público y escritura, son utilizados como sinónimos, pero los hay de dos clases, según quedó indicado.

Siguiendo la misma orientación, dentro de la misma república mexicana, la Ley del Notariado del Estado de Chiapas, regula en su Artículo 90: "Escritura es el instrumento original que el notario asienta en el protocolo para hacer constar un acto jurídico y que tiene la firma y sello del notario.", puede apreciarse que esta disposición legal discrepa de la anterior, aún a pesar de ser de la misma república, en cuanto que en la primera existen dos clases y en ésta únicamente se reconoce una.

No ocurre lo anterior en la Ley Orgánica de Notariado de Costa Rica, en donde el Artículo 57 indica: "Es instrumento público la escritura otorgada conforme a las prescripciones de esta ley, así como cualquier otro documento al cual la ley le dé expresamente ese carácter". Con dicha orientación y sin alejarse del sentido de la misma, dicha ley regula específicamente las escrituras matrices del Artículo 65 en adelante.

En Guatemala, el Código de Notariado en su Artículo 29 se limita a regular: "Los instrumentos públicos contendrán:..." y señala todos los requisitos que son aplicables únicamente a las escrituras matrices. Dicho en otras palabras, únicamente las escrituras matrices pueden ser consideradas instrumentos públicos, no así los demás



documentos notariales, bien sean protocolares o extra protocolares.

Como se menciona al principio del presente apartado que la formación del instrumento público es el objeto principal de la función notarial, como consecuencia fundamental derivada de su ejercicio, precisamente porque no puede concebirse tal función, sin un producto final que le dé razón de existencia y éste es el documento legalmente perfecto: el instrumento público, independientemente de cómo lo denomine la legislación que le sea aplicable.

#### **1.4 Fases de la función notarial**

Existen definiciones de la función notarial que se limitan a indicar que ésta es: el que hacer notarial o la actividad del notario en el ejercicio de su profesión.

Escuetamente, pero contiene la esencia, el principio y fin de dicha función, sin indicar ni por asomo siquiera que entre uno y otro, existen fases que deben cumplirse en determinado orden a fin de que el instrumento público final, sea precisamente lo que sus otorgantes quieren y que sea capaz de surtir los efectos deseados por ellos al concebir la posibilidad de relacionarse contractualmente.

- 1. Declaración de voluntad ante notario:** Esta constituye precisamente la primera fase de la función notarial puesto que depende de la captación que el notario tenga, de lo que le refieran los particulares que van a relacionarse, el tipo de concepción académica mental que el profesional se vaya formulando.

Algunos autores consideran la voluntad de contratar y la voluntad de relacionarse, como fases de la función notarial, pero es necesario tener presente que en ninguna de ellas existe la participación del notario, pudiendo dichas voluntades no llegar a materializarse jamás, razón por la cual se considera que es más adecuado omitir citarlas como tales.

Justamente con posterioridad al acuerdo de voluntades en la esfera eminentemente particular, se hace viable que los particulares comparezcan ante el notario a declarar su voluntad, bien sea individual o colectivamente, cuando éste, con su sola presencia hace del acto una fase propiamente dicha de la función que le es propia.

- 2. Determinación del acto jurídico:** Es derivado de la declaración de voluntad de los particulares, que el notario determina el acto jurídico que habrá de ocurrir bajo sus auspicios y que surtirá las debidas consecuencias entre los contratantes y terceros relacionados. Se relaciona este punto, con la posibilidad de los actos unilaterales, en los que el particular únicamente es capaz de definir los efectos que desea, más no así el medio por el cual habrán de obtenerse aquellos. Verbigracia: las personas que quieren transferir la posesión de bienes, sin saber a ciencia cierta definir si existirá compensación o no y en su caso, la forma que ésta habrá de asumir.

Luego de conocida y explorada la voluntad declarada, el notario se encuentra en la posibilidad de determinar el acto jurídico, es decir la tipicidad o atipicidad del contrato a suscribir y las condiciones de éste. Por ejemplo: Donaciones sin traslación de bienes o



sujetas a plazos indeterminados. Testamentos con condicionantes específicas para entrar en posesión de la herencia. Arrendamientos especiales (aparcerías, períodos de gracia, etc.) compra venta civil o mercantil.

- 3. Determinación del acto notarial:** Determinar el acto notarial es una fase exclusivamente del profesional de la materia, puesto que únicamente éste puede imprimir a su actividad los matices individualizados de su labor. Cabe recordar precisamente el hecho de las abismales diferencias que pueden existir de un notario a otro al prever la indexación, bien sea por el cambio de la moneda, la fluctuación del interés bancario o el ajuste de precios de determinados productos de uso común (azúcar, café, etc.)

Por ello, se debe decir que el acto notarial, es tomar la decisión por parte del notario, de la formulación del instrumento público más conveniente a los efectos perseguidos por los particulares que se relacionan mediante el mismo.

### **1.5 Finalidades de la función notarial**

Se sabe que la finalidad suprema de la función notarial, es la creación del documento humana, jurídica y legalmente perfecto. Sin embargo, con fines puramente didácticos se desglosa ésta para una mejor apreciación.

- 1. Crear derechos y obligaciones mediante el instrumento público:** Relevante en toda su dimensión, es el hecho de que el notario sin tener la investidura legislativa propia del poder público y ejercido por conducto del Organismo Legislativo, sea capaz por reconocimiento expreso de la propia ley, de crear derechos positivos vigentes y totalmente basados en la realidad que le rodea según la época y lugar de su ejercicio.

Es finalidad exclusiva de este profesional, a quien mediante su función natural, le esta encomendado legislar particularmente las relaciones sometidas a su amparo, haciendo alarde de su intuición a futuro sobre las consecuencias de su actividad, el hecho de crear el instrumento público que tendiendo a la armonía social, tenga al mismo tiempo la fuerza coercitiva suficiente y necesaria para mantenerla en caso de violación a su contenido.

- 2. Legitimar el instrumento público:** Durante mucho tiempo se ha creído que legitimar el instrumento público es únicamente el acto de firmarlo precedido de los formulismos legales y la expedición de las copias o testimonios que corresponda, pero en realidad la legitimación va mucho más allá de estos actos puramente formales.

Es el encuadramiento del derecho creado a la esfera del derecho vigente en los códigos que le son aplicables al contenido del instrumento, es decir, la adaptación mediante la confrontación del acto o contrato con las normas reguladoras del mismo y la declaración, por el notario, de hallarse éste en concordancia con aquellas.

Dicho de otra manera, producir un instrumento público que desarrolle de manera individualizada los derechos declarados en las leyes de manera general, para cada relación contractual documentada. Hacer legítimo el instrumento público, no solo para los otorgantes sino para toda la sociedad en su conglomerado.

- 3. Legitimar actos de jurisdicción voluntaria:** Teniendo claro que legitimar, más que el acto de signar los actos documentados por el profesional de la ciencia notarial, es la labor de intercalar los derechos contenidos en el acto autorizado, en la esfera general del derecho, puede afirmarse con toda certeza que en la jurisdicción voluntaria, el notario encuentra el campo específico y preciso para realizar la función que el Estado le encomienda.

De este modo, se legitima, es decir se le confiere vida jurídica propia a cada una de las diligencias susceptibles de seguirse en la vía no contenciosa. Así podrá hacerse valer ante terceros (la sociedad en su conglomerado nacional o internacional), la ausencia declarada por notario en la jurisdicción voluntaria, la disposición que se hubiere hecho o se pretenda hacer de bienes de menores, incapaces y ausentes, el reconocimiento de preñez y parto, los asientos o enmiendas de que fueren objeto las partidas del Registro Civil, la constitución de patrimonio familiar, la adopción y cualquier otra institución regulada de esta manera.

Legitimar actos de jurisdicción voluntaria, como ya lo expuse, es entonces, una de las finalidades más importantes de la función notarial.





## CAPÍTULO II

### 2 Requisitos de validez del instrumento público

1. Requisitos formales de validez del instrumento publico
2. Requisitos personales de validez del instrumento publico
3. Requisitos esenciales de validez del instrumento publico
4. Efectos en el instrumento publico
5. Nulidad del instrumento publico

#### 2.1 Requisitos formales de validez

1. Formalidades del otorgamiento
2. Formalidades especificas del negocio jurídico

Los requisitos formales de validez del instrumento público, lo constituyen todos aquellos que la ley señala como propios de la forma que deberá revestir un contrato o acto unilateral de voluntad notarialmente documentado para que pueda surtir los efectos perseguidos mediante su otorgamiento.

Estos son totalmente independientes de la condición personal del otorgante del instrumento o del negocio que habrá de contenerse en el documento notarial y son como ya se dijo, los que se aplican a la forma, es decir al continente o envase jurídico que habrá de resguardarlo.

- 1. Formalidades del otorgamiento:** como lo indica Aceituno Ortiz. "Para que el instrumento público ostente subsistencia, firmeza y eficacia jurídica, es menester que en su redacción o elaboración se hayan observado las solemnidades o formalidades legales necesarias, que el acto se haya realizado sin omisiones, mutaciones o irregularidades; en otras palabras, que en su forma haya nacido perfecto a la vida jurídica." <sup>15</sup>

Siendo que el derecho notarial, es eminentemente formal, cada sistema legal registrará las solemnidades que debe observar el instrumento público para que el sistema que lo regula le reconozca validez, siendo esta reconocida y aceptada allende las fronteras, donde la legislación local pudiera exigir otras formas.

De este modo, la Ley del Notariado de España, regula en sus Artículos 24 y 25:

Artículo 24. "En todo instrumento público consignará el notario su nombre y vecindad, los nombres y vecindad de los testigos, y el lugar, año y día del otorgamiento."

Artículo 25. "Los instrumentos públicos se redactarán en lengua castellana, y se escribirán con letra clara, sin abreviaturas y sin blancos. Tampoco podrán usarse en ellos guarismos en la expresión de fechas o cantidades." Los notarios darán fe de haber leído a las partes y a los testigos instrumentales la escritura integra, o de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que la firmen, y a los de

---

<sup>15</sup> Aceituno Ortiz, Juan Carlos, **Ob. Cit.** Pág. 65.



conocimiento lo que a ellos se refiera, y de haber advertido a unos y a otros que tienen derecho de leerla por sí.

Ahondando en lo mismo, el reglamento de la organización y régimen del notariado (español), insiste en regular en su Artículo 143.

“A los efectos del Artículo 1,217 del Código Civil, los documentos notariales se regirán por los preceptos contenidos en el presente título. Los documentos en que intervenga notario público se regirán por la legislación notarial” (Artículo 1.217, C.C.).

Los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, como norma supletoria en todo cuanto no implique modificación de aquellos. La fe pública, debida a la actuación notarial, según las disposiciones del presente título, no podrá ser negada ni desvirtuada en los efectos que legal o reglamentariamente deba producir sin incurrir en responsabilidad.

Por su parte, siempre relativo a las formalidades propias del otorgamiento, la Ley del Notariado para el Distrito Federal de México, consigna expresamente en los Artículos 61 y 62, lo siguiente;

Artículo 61.- “Las escrituras se asentarán con letra clara, sin abreviaturas, salvo el caso de inserción de documentos, y sin guarismos, a no ser que la misma cantidad aparezca con letras. Los blancos o huecos, si los hubiere, se cubrirán con líneas de



tinta, precisamente antes de que se firme la escritura. "

Las palabras, letras o signos que se hayan de testar, se cruzarán con una línea que las deje legibles. Puede enterrrenglonarse lo que se deba agregar. Al final de la escritura se salvará lo testado o enterrrenglonado, se hará constar lo que vale y lo que no vale, y se especificará el número de palabras, letras y signos testados y el de los enterrrenglonados. Si quedare algún espacio en blanco, antes de las firmas, será llenado con líneas de tinta. Se prohíben las enmendaduras y raspaduras.

Artículo 62.- "El notario redactará las escrituras en castellano y observará las reglas siguientes:

1. Expresará el lugar y fecha en que se extienda la escritura, su nombre y apellidos y el número de la notaría;
2. Indicará la hora en los casos en que la ley así lo prevenga;
3. Consignará los antecedentes y certificará haber tenido a la vista los documentos que se le hubieren presentado para la formación de la escritura. Si se tratare de inmuebles, examinará el título o los títulos respectivos, relacionará cuando menos el último título de propiedad del bien o del derecho a que se refiere la escritura, y citará los datos de su inscripción en el registro público de la propiedad, o la razón por la cual no esté aún registrada. No deberá modificarse en una escritura la descripción de un inmueble, si con ésta se le agrega un área que, conforme antecedentes de propiedad, no le corresponde. La adición podrá ser hecha si se funda en una resolución judicial.
4. Al citar un instrumento otorgado ante otro notario, expresará el nombre del notario



y el número de la notaría a la que corresponde, el protocolo en que consta el número y fecha del instrumento de que se trate y en su caso, la de la inscripción en el registro público de la propiedad;

5. Consignara el acto en cláusulas redactadas con claridad y concisión sin palabras o fórmulas inútiles o anticuadas;
6. Designará con precisión las cosas que sean objeto del acto, de tal modo que no puedan confundirse con otras; si se tratare de bienes inmuebles, determinará su naturaleza, su ubicación y sus colindancias o linderos, en cuanto fuese posible, sus dimensiones y extensión superficial;
7. Determinará las renunciaciones de derechos o de leyes que hagan válidamente los contratantes;
8. Dejará acreditada la personalidad de quien comparezca en representación de otro, relacionando o insertando los documentos respectivos, o bien agregándolos en original o en copia cotejada al apéndice haciendo mención de ellos en la escritura;
9. Compulsará los documentos de que deba hacerse la inserción a la letra, los que en su caso, agregará al apéndice;
10. Cuando se presenten documentos redactados en idioma extranjero, deberán ser traducidos al castellano, por un perito oficial, agregando al apéndice, el original y su traducción, los cuales deberán ser certificados, en su caso por el notario;
11. Al agregar al apéndice cualquier documento expresará la letra o, en su caso, el número bajo el cual se coloque en el legajo correspondiente;
12. Expresará el nombre y apellidos, fecha de nacimiento, estado civil, lugar de origen, nacionalidad, profesión y domicilio de los comparecientes o contratantes y de los testigos de conocimiento, de los testigos instrumentales

cuando alguna ley lo prevenga, como en testamentos, y de los intérpretes cuando su intervención sea necesaria, al expresar el nombre de una mujer casada incluirá su apellido materno. El domicilio se anotará con mención de la población, el número de la casa, el nombre de la calle o cualquier otro dato que precise dicho domicilio hasta donde sea posible;

**13. Hará constar bajo fe:**

- a) Que se aseguró de la identidad de los otorgantes y que a su juicio, tienen capacidad legal;
- b) Que les fue leída la escritura a los otorgantes, a los testigos e intérpretes, en su caso, o que la leyeron por ellos mismos;
- c) Que explicó a los otorgantes el valor y las consecuencias legales del contenido de la escritura, cuando así proceda;
- d) Que otorgaron la escritura los comparecientes, mediante la manifestación ante el notario de su conformidad, así como mediante su firma o, en su caso, que no la firmaron por haber declarado no saber o no poder hacerlo. En substitución del otorgante que se encuentre en cualquiera de estos casos, firmará la persona que al efecto elija. En todo caso, el otorgante que no firme imprimirá su huella digital;
- e) La fecha o fechas en que se firma la escritura por los otorgantes o por la persona o personas elegidas por ellos, y por los testigos e intérpretes si los hubiere; y
- f) Los hechos que presencie el notario y que sean integrantes del acto que autorice, como entrega de dinero o de títulos y otros.”

La Ley del Notariado del Estado de Chiapas, al regular las formalidades del

otorgamiento en sus Artículos 91 y 92, hace una repetición casi textual del contenido de la legislación anteriormente citada, situación comprensible si tomamos en cuenta que ambas pertenecen a la misma república mexicana.

Las pequeñas diferencias existentes radican únicamente en el orden de las palabras, del Artículo 61 transcrito anteriormente, al 91 de la Ley Chiapaneca, pero conservando el mismo sentido.

Aunque del Artículo 62 antes referido al 192 de la Ley de Chiapas, existe la diferencia de que ésta recoge en once numerales romanos toda la regulación que en aquel se estableció en trece, conservan similitud hasta en el número de literales empleadas, llegando en ambos casos hasta la f), es decir, también hay regulación de las formalidades a que nos referiremos en este punto.

La legislación colombiana por su parte, al regular las formalidades instrumentales, lo hace por secciones recogiendo en la primera, todo lo relativo a la comparecencia, la cual abarca del Artículo 24 al 29 del estatuto del notariado. La sección segunda, referente a las estipulaciones comprende los Artículos 30 al 34; la tercera, relativa al otorgamiento y la autorización, va desde el Artículo 35 hasta el 41 y finalmente la sección cuarta, de los comprobantes fiscales, se encuentra contenida en los Artículos 43 y 44 del citado estatuto. Nótese en este sistema legislativo la continuidad del articulado que regula las formalidades, en el que únicamente el Artículo 42 derogado, rompe la misma.

En la legislación guatemalteca, es el Artículo 29 del Código de Notariado, el que

contiene las formalidades del otorgamiento del instrumento público, al indicar: “Los instrumentos públicos contendrán:

1. 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 de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles;
4. La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de 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 de otro, describiéndolos e indicando lugar, fecha y funcionario o notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio, para el efecto 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, de orden judicial o proceda de diligencias judiciales o administrativas;

10. La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación.
11. La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos.
12. Las 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 a 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".

Puede ahora afirmarse, que si un instrumento público, llena todos y cada uno de los requisitos que le sean aplicables de los indicados anteriormente por la ley, ese es un documento normativamente perfecto y con toda la fuerza ejecutiva necesaria para modelar en el sentido de su texto, los derechos y obligaciones en él consignadas.

2. **Formalidades específicas del negocio jurídico:** Independientemente, de las formalidades generales del otorgamiento, cada negocio jurídico puede encontrarse sujeto a formalidades específicas cuya omisión es susceptible de causar su nulidad o la inexistencia.

De este modo, el notario al autorizar un instrumento público que contiene un negocio jurídico especial, deberá tomar en cuenta las características del mismo para poder darle debido cumplimiento y la consiguiente existencia vinculante entre los otorgantes y aún ante terceros.

En la legislación guatemalteca es fácil recurrir como ejemplo de lo tratado en el presente punto a:

- I. **La promesa:** Ya que al indicar el Artículo 1674 del Código Civil: "La promesa de contrato debe otorgarse en la forma exigida por la ley para el contrato que se promete celebrar", no tendría sentido referimos a aquellos contratos en los cuales no es necesaria su celebración por un medio cualquiera que no fuera una escritura pública, puesto que ello no constituiría instrumento público, lo cual desvirtuaría la atención que se pretende en el presente capítulo. En tal sentido debemos tener presente que un contrato de promesa solamente nace a la vida jurídica cuando consta en un instrumento público, si así hubiera de celebrarse el contrato prometido, o sea, esa es la formalidad específica del negocio jurídico denominado promesa.
  
- II. **El mandato:** Cuyo requisito formal, es el mismo, salvo las excepciones propias del mismo establecidas por el Artículo 1687 del Código Civil. Ahora bien, si el mismo fuera gratuito, es también una formalidad específica de él, hacerlo constar. Posiblemente la formalidad más relevante del negocio jurídico denominado mandato sea el hecho de constar por escrito, ya que si tal no

fuera su condición, podremos decir que nos encontramos ante una típica gestión de negocios.

- III. **La sociedad:** Básicamente, su formalidad especial la constituye el hecho de tener que constar en escritura pública, con todos los requisitos generales indicados en el punto anterior.
  
- IV. **La compraventa:** "No hay compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo...", según indica el Artículo 1796 del Código Civil, consiguientemente, esa es la formalidad específica de este negocio jurídico, ya que si no hay precio, el negocio a celebrar podrá ser: donación, cesión, arrendamiento, o cualquier otro negocio, menos compraventa.
  
- V. **La donación entre vivos y el comodato:** En los cuales la gratuidad, resulta ser la formalidad individualizada de cada uno de ellos, independientemente de los demás elementos que pudieran serles aplicables. Excepción de lo anterior pudieran serlo las donaciones: onerosa y la remuneratoria, pero ello atenta contra su naturaleza, puesto que únicamente constituye donación en cada caso, el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deducidos los gravámenes o cargas (Artículo 1856 C.C.)
  
- VI. **El arrendamiento:** En el que el precio de la renta es determinante como formalidad específica, puesto que sin ella, podríamos encontrarnos frente a un contrato de uso, habitación o cualquier otra modalidad, menos la comentada.

- VII. **El negocio mercantil en general:** Cuya formalidad específica la constituye el precio, so pena de atentar contra su propia naturaleza. Del mismo modo, existen tantos otros ejemplos para cada contrato en particular, como la creadora actividad notarial tenga a bien considerar, no solo para contratos típicos como los enumerados sino también en la esfera de los contratos atípicos, como son los siguientes:
- VIII. **El factoring:** Cuya formalidad específica consiste precisamente en: determinación del porcentaje en el que habrán de ser descontadas las factura recibidas del cedente en favor del que realiza el cobro por cuenta ajena, así como lo períodos de liquidación de cuentas entre las partes dentro del plazo total del contrato (y el monto del riesgo en el que habrán de absorberse las cuentas incobrables por cada uno de los contratantes.
- IX. **El leasing:** Conocido también como arrendamiento con opción de compra de bienes muebles, en el que resulta preciso, determinar además de la renta que habrá, de pagarse, la forma en que habrá de calcularse el monto del precio residual del bien; trasladado, así como la especificación del mismo con sus características y formas de uso, al igual que el mantenimiento que habrá de prestársele, la asistencia técnica que pueda prestar el arrendador al arrendatario y las condiciones resolutorias en favor de cada una de las partes contratantes.
- X. **Escrow:** Cuyas únicas formalidades específicas son: el depósito condicional, término de documentos, títulos, bonos o dinero, en un tercero imparcial

denominado Escrow Holder, quien está obligado a entregarlos o bien a devolverlos, una vez: verificado el cumplimiento de las condiciones estipuladas por los principales (Grantor y Grantee).

XI. **Conform letter:** También llamada carta de conformidad o de patrocinio donde la formalidad, específica radica en contener en su redacción: sólo la información respecto a la situación financiera o patrimonial de quien la solicita como mera recomendación; o bien, un compromiso vinculante del emisor de dicha carta, para el otorgamiento de un crédito o la celebración de un negocio.

XII. **Aparcería:** Que no es otra cosa que el arrendamiento de bienes inmueble, destinados a la agricultura, la crianza de ganado o la explotación forestal; en el que la renta, regalía o participación, habrá de calcularse, según lo dispongan las partes: en porcentajes o cantidades predeterminadas de los frutos que puedan obtenerse de la explotación del respectivo fundo, bien por cada temporada de cosecha o crianza o de manera global por el plazo total del contrato. Siendo también formalidad específica propia de éste, el hecho de que debe constar por escrito cuando uno de los contratantes pida su inscripción en el registro de la propiedad o bien cuando obligatoriamente deba inscribirse por ser pactado para más de tres años (Artículo 1125' inciso 6°. Del Código Civil). En este contrato, bajo ninguna circunstancia puede anticiparse el pago, debido a su naturaleza.

Como es de apreciar, la mayoría de los contratos atípicos referidos son de naturaleza mercantil y consiguientemente interpretados, ejecutados y cumplidos de conformidad

con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, ya que no están sujetos para su validez, a formalidades especiales (Artículos 669 y 671 del Código de Comercio).

## 2.2 Requisitos personales de validez

Cuando se habla de los requisitos personales de validez del instrumento público, en realidad se hace referencia a las condiciones que deben llenar sus otorgantes para que dicho instrumento pueda ser capaz de cumplir con sus objetivos mediatos e inmediatos. En tal sentido, todo otorgante únicamente necesita tener la suficiente capacidad legal para el otorgamiento y prestar su consentimiento.

1. **Capacidad:** Nuestro Código Civil, reconoce en el Artículo 8°. Que: "La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años..." Como puede apreciarse en el contenido del texto legal transcrito con anterioridad, la capacidad se adquiere por el hecho natural de la edad cronológica de la persona que la ostenta. Siendo cuanto más explícito posible, el texto legal dice: "...para el ejercicio de los derechos civiles...", lo cual deja tácitamente indicado que existe otra forma de capacidad que no es precisamente para ese ejercicio señalado.

Para el maestro Espín Cánovas es: "La aptitud para ser sujeto de derechos y deberes, o sea, la personalidad jurídica, recibe el nombre de capacidad jurídica".<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Espín Cánovas, Diego, **Manual de derecho civil español**, volumen I, pág. 182.

En otros términos, Puig Peña, la define indicando: "...es la aptitud que tiene el hombre de ser sujeto en las relaciones jurídicas, de relacionarse con otras personas bien sean estas individuales o morales, independientemente de su carácter público o privado.<sup>17</sup>

**2. Maneras de adquirirla:** Como queda claro del texto legal referido, únicamente existe una manera de adquirir la capacidad de ejercicio y es, habiendo llegado a la mayoría de edad (18 años), que puede ser diferente, dependiendo de la nacionalidad del titular de la misma, independientemente del lugar en el cual se encuentre. Dicha aclaración se hace en función de que cualquier persona, que hubiere adquirido la capacidad al amparo de la legislación propia de su país, no la pierda, ni la altere por su permanencia en otro, en cuyo territorio el requisito cronológico sea uno superior al que dicha persona no hubiere aún llegado.

Con esa intención de resguardo de los derechos propios de las personas que constantemente se desplazan de un Estado a otro, el Artículo 3° del Código de Derecho Internacional Privado, establece claramente: " Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes: 1.- Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las que las siguen aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno..."

---

<sup>17</sup> Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, volumen I, pág. 248.



En dicho sentido, el capítulo específico del mismo texto legal, regula en los Artículos 101 y 102, lo siguiente: "Artículo 101.- Las reglas aplicables a la emancipación y la mayor edad son las establecidas por la legislación personal del interesado.". "Artículo 102.- Sin embargo, la legislación local puede declararse aplicable a la mayor edad como requisito para optar por la nacionalidad de dicha legislación."Como puede apreciarse, el estatuto personal no se altera por encontrarse la persona fuera del domicilio y así lo regula la Ley del Organismo Judicial, al indicar: ", Artículo 24. Estatuto personal. El estado y capacidad de las personas y las relaciones de familia, se rigen por las leyes de su domicilio."

**3. Maneras de perderla:** "No obstante que es regla general que la capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad, hay casos en que la capacidad de ejercicio se puede perder, en los casos de enfermedad mental permanente, ebriedad consuetudinaria, drogadicción crónica, enfermedad mental transitoria, defectos físicos como la ceguera por nacimiento, la sordomudez, etc. A esta incapacidad se le denomina interdicción si es declarada por el juez."<sup>18</sup>. Según indica Centeno Barillas.

Como es de apreciar, de lo tratado hasta el momento, la capacidad es una presunción legal aplicable a toda persona que llegue a la mayoría de edad. Las excepciones son precisamente aquellas personas que adolecen de defectos físicos que les imposibilitan ejercer sus derechos a quienes no es preciso declararles incapaces puesto que la ley les señala previamente la incapacidad civil. Pero aún dentro de dicha

---

<sup>18</sup> Centeno Barillas, Julio César, *La persona jurídica*, pág. 22.

clasificación, la ley tiene otra excepción concediéndoles a dichas personas la capacidad necesaria para ejercer sus derechos, con la única condición de que puedan expresar su voluntad de manera clara.

En ese sentido, está redactado el Artículo 13 del Código Civil, que indica: "Quienes padezcan de ceguera congénita o adquirida en la infancia, y los sordomudos tienen incapacidad civil para ejercitar sus derechos, pero son capaces los que puedan expresar su voluntad de manera indubitable."

Si se aprecia detenidamente lo expresado antes, se puede observar que esa es la forma de tener o no la capacidad, pero siendo tema principal de este punto la manera de perder, la ya adquirida, es preciso citar al respecto el Artículo 406 del Código Procesal Civil y Mercantil, contenido dentro libro cuarto de dicho cuerpo normativo, referente a procesos especiales y cuyo título I se refiere específicamente a la Jurisdicción Voluntaria, dentro de cuyos capítulos la sección primera es la relativa a la declaratoria de incapacidad.

Al respecto establece el Artículo indicado: "(Procedencia). La declaratoria de interdicción procede por enfermedad mental, congénita o adquirida, siempre que a juicio de expertos sea crónica e incurable, aunque en tal caso pueda tener remisiones más o menos completas. También procede por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, si la persona se expone a ella misma o expone a su familia, a graves perjuicios económicos. La sordomudez congénita y grave, da lugar a la declaración de incapacidad civil, siempre que a juicio de expertos sea incorregible o mientras el inválido

no se haya rehabilitado para encontrarse en aptitud de entender y darse a entender de manera suficiente y satisfactoria. La ceguera congénita o adquirida en la infancia, da lugar a la declaratoria de incapacidad civil, mientras el ciego no se rehabilite, hasta estar en condiciones de valerse por sí mismo."

En resumidas cuentas puede afirmarse que la manera de perder la capacidad, es únicamente mediante declaración judicial, dictada dentro de un proceso especial de jurisdicción voluntaria regulado de los Artículos (genéricos) 401 al 405 y (específicos) del 406 al 410 del Código Procesal Civil y Mercantil.

**4. Interdictos:** En el vocablo jurídico guatemalteco, el término interdicto, tiene dos acepciones. Una propia del derecho sustantivo y la otra del derecho adjetivo o procesal. Siendo de tal manera, se aprecia que en el derecho procesal, los interdictos constituyen una sub-clasificación de los juicios sumarios, procedentes únicamente respecto de bienes inmuebles y que de ninguna manera afectan las cuestiones de propiedad ni de posesión definitiva.

Ahora bien, para los fines del presente trabajo únicamente interesa, el interdicto como institución del derecho sustantivo por la materia tratada. De ese modo, se pretende conocer como interdicto a toda persona que ha sido declarada en estado de incapacidad, mientras ésta dure y no pueda ejercer sus derechos por sí mismo.

**5. Formas:** Como ha quedado insinuado, la capacidad reviste más de una forma, siendo estas: capacidad de goce, que es la poseída por los menores de edad y



que no es otra cosa, que la posibilidad que la ley les reconoce de ser sujetos de derechos más no de obligaciones, es decir, que al no poder obligarse, no es posible pensar en relacionarse contractualmente con sus semejantes; y la capacidad de ejercicio a que anteriormente se refiere el presente trabajo.

Para los efectos del presente trabajo, por no relacionarse desde ningún punto de vista con los titulares de la capacidad de goce (menores de edad), sino únicamente con los sujetos que aún pudiendo perder la capacidad de ejercicio de que pueden ser titulares, llenan los requisitos establecidos en la legislación para considerarse capaces de contratar, nos referiremos exclusivamente a ésta.

**6. Consentimiento:** Se llama consentimiento a la aceptación que una persona hace de una propuesta recibida, bien en un sentido o en otro, o más aún en el sentido original con algunas modificaciones. Consentir es adecuar a su propia condición, tal o cual situación que nos afecta o beneficia.

Consentir es manifestar la voluntad; y el negocio jurídico debidamente documentado exige una voluntad consciente y libre de influencias que disminuyan la conciencia o la buena fe, la confianza que debe imperar en lo que se acepta.

Fue precisamente la doctrina alemana, la que puso de relieve tal importancia de la declaración de voluntad en la formación de los actos jurídicos; mediante ella y mediante su manifestación, se transforma de un mero fenómeno interno de conciencia en un fenómeno volitivo. De ahí que, la manifestación sea necesaria para la existencia misma

de la voluntad y que sea, por consiguiente, falso e impropio hablar de voluntad interna.

<sup>19.</sup> Puesto que al derecho para nada le interesa ni le afecta lo que no trasciende al mundo de lo material, ya que las intenciones del hombre no son capaces de crear obligación o facultad alguna.

Pero dicha manifestación de voluntad, puede clasificarse asumiendo a su vez más de una forma, según corresponda a actos que la requieran previa, simultánea o posterior.

**7. Clases de consentimiento o declaración de voluntad:** Las variedades de consentimiento o declaración de voluntad, solamente pueden ser de dos tipos como se vera a continuación.

**a) Consentimiento puro y simple:** se habla de este tipo de consentimiento cuando el mismo no requiere adoptar formalismo alguno en especial para tenerse por otorgado. Así puede asumirse, que alguien otorga su consentimiento cuando sin haberlo manifestado por ninguna de las formas existentes ejecuta actos para los cuales había sido necesario el otorgamiento previo o simultaneo del mismo.

**b) Consentimiento calificado:** se utiliza el término 'calificado' para referirse a todo aquello que aparte de su naturaleza misma (en el presente caso, el consentimiento), necesita de un elemento externo o complementario para poder producir sus efectos.

---

<sup>19</sup> Puig Peña, Federico, **Ob.Cit**; pág. 458.



En la materia del presente trabajo, el consentimiento calificado, no es otra cosa que la declaración de voluntad, que requiere de un signo externo a la persona que la manifiesta; que asegure su existencia y permanencia para ser perceptible por medio de los sentidos de terceras personas. De ese modo puede ser ejecutar un acto (caminar en tal sentido, colocar un objeto en determinado lugar, pintar o signar tal o cual cosa, etc.). Que pueda con el paso del tiempo demostrar la voluntad externada aún en ausencia de quien la manifestó.

**8. Formas de consentimiento:** son aquellas formas, en las que se da el consentimiento, para dejar plasmada la voluntad de los interesados en otorgar en instrumento público, las cuales son:

- a. Consentimiento verbal
- b. Consentimiento escrito
- c. Consentimiento tácito
- d. Consentimiento expreso

**a. Consentimiento verbal:** Como definición de la palabra verbal tenemos la de Pelayo y Gross, "Que se hace de palabra y no por escrito: promesa verbal. Relativo al verbo"<sup>20</sup>. Pareciera ser que el consentimiento verbal no cuenta con la totalidad de la aceptación de que el mismo debiera gozar, en la vida jurídica, por sus pocas probabilidades de conservación a futuro o sus múltiples

---

<sup>20</sup> García-Pelayo y Gross, Ramón, *Larousse diccionario básico escolar*, pág. 326.

posibilidades de alteración.



Seguramente la falta de aceptación radica en el hecho de no poder incorporarlo como tal al instrumento público. Pero la tecnología moderna, hace cada vez más susceptibles de realizar las cosas que aparentemente son imposibles. En esa virtud, el mejor argumento en defensa del consentimiento prestado de manera verbal, lo constituye el hecho de su conservación mediante cintas magnetofónicas o de video grabaciones.

Precisamente para los efectos del presente trabajo, es la declaración de voluntad prestada verbalmente, la que deberá convertirse en medular, por ser el consentimiento de primera mano, es decir emanado de la misma fuente de origen: los sujetos contratantes e incluso antecedente natural de cualquier otra forma gráfica del mismo.

**b. Consentimiento escrito:** Constituye la materialización documental de la voluntad.

Dicho en otras palabras, el consentimiento emitido mediante el signo gráfico de la escritura, conocido en nuestro medio como la firma, es la aceptación de aquello que se signa.

Nuestra legislación, contempla diseminados en ella, muchos casos en los que se hace imprescindible que el consentimiento sea otorgado por escrito para crear, modificar o extinguir derechos entre particulares.

Genéricamente, el Artículo 29 numeral 12 del Código de Notariado, para todo contrato otorgado en escritura pública, exige como parte de ésta, lo siguiente: "Los instrumentos públicos contendrán: ... 12. Las firmas de los otorgantes."

Específicamente, además de existir muchos otros casos, el Artículo 7 de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, dice: "Consentimiento. Para el trasplante de órgano par o tejido entre personas en vida, se requiere del consentimiento de ambos en forma expresa y escrita."

**c. Consentimiento Tácito:** Como sinónimo de sobreentendido, lo tácito es aquello que no necesita manifestarse por ningún medio para ser lo que es y como tal lo regula el Artículo 1252 del Código Civil, al indicar: "La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita y resultar también de la presunción de la ley en los casos en que ésta lo disponga expresamente."

De ahí que pudiera pensarse que también es sinónimo de silencio o carencia de manifestación alguna, pero el mismo Código en su Artículo 1253, nos aclara: "El silencio no se considerará como manifestación tácita de voluntad, sino en los casos en que existe, para la parte a quien afecta, la obligación de explicarse."

**d. Consentimiento expreso:** Es la forma más segura que adopta el consentimiento, independientemente de que la expresión que lo contenga sea verbal, escrita o mediante otra manera de comunicar nuestra intención a los demás.

Valgan para ilustración de esta forma de manifestación de voluntad, los ejemplos citados para el consentimiento calificado y para el escrito, puesto que ambos se refieren justamente a expresarse mediante actitudes permanentes frente a terceros que delatan nuestra voluntad interior.

**9. Vicios del consentimiento:** se le llama vicios del consentimiento, a todos aquellos hechos o actos contrarios a la libertad y conocimiento con que se declara lo consentido, ejecutados en perjuicio de quien declara la voluntad viciada.

El Artículo 1257 del Código Civil, al referirse a estos, taxativamente previene: "Es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia..."

**a. Error:** Este tipo de vicio constituye ciertamente una formación de juicio subjetivo diferente de su concreción objetiva, la cual es ajena a lo que realmente se pretende. Es un concepto distinto de la verdad, sin la conciencia ni la intención propia de la mentira.

Está constituido por un conocimiento equivocado, distinto totalmente de la ignorancia, por ser ésta, carencia de conocimiento.

Con absoluta independencia de las clases de error que pudieran encontrarse en la actividad notarial (error accidental o no esencial, común, de cálculo, de cuenta, de derecho, de diagnóstico, de hecho, en el pago, en la persona, esencial o

determinante, grosero, impediendo, insignificante, judicial, invencible, vencible, sustancial, etc.), y sin, entrar en detalle específico, consideraremos al error como una especie particular de los vicios que puede presentar el consentimiento y que son susceptibles de causar la anulabilidad del negocio jurídico en cuya declaración de voluntad hubiere estado presente.

El Código Civil en su Artículo 1258 nos indica. "El error es causa de nulidad cuando recae sobre la sustancia de la cosa que le sirve de objeto, o sobre cualquiera circunstancia que fuere la causa principal de la declaración de voluntad."

Como se puede apreciar del texto legal transcrito, este vicio es causa de nulidad, sin embargo, cuando el mismo se presenta únicamente en cuenta, solo dará lugar a su corrección, sin importar el monto del yerro.

Ahora bien, nuestra legislación únicamente comprende esas posibilidades de error además del que se comete sobre la persona, que invalida el negocio cuando la consideración a ella hubiere sido el motivo principal del mismo. Verbigracia: las virtudes propias de un artista, un deportista, un profesional especialista, etc.

- b. Simulación:** palabras que indican alteración de la verdad; ya que su objeto consiste en engañar acerca de la autentica realidad de un acto. Ficción, imitación, hipocresía, disimulación. ". Acción lograda con el uso de la mentira y el consiguiente elemento subjetivo de una persona para engañar a otra, respecto



de aquello sobre lo cual habrá de declararse la voluntad.<sup>21</sup>

El Código Civil de la Argentina al referirse a este vicio, indica textualmente en su Artículo 955: "La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten."

A diferencia de otros vicios del consentimiento regulados por el Código Civil guatemalteco, la simulación comprende un capítulo completo, que inicia en el Artículo 1,284 al 1,289. En los cuales se indica cuando tiene lugar, se le clasifica en absoluta y relativa; y por encima de cualquier otra característica propia de la misma, se le considera imprescriptible.

En cuanto a su clasificación, basta recordar las palabras del maestro Espín Cánovas, al indicar: "...a voluntad verdadera puede ser no celebrar ningún negocio (simulación absoluta) o celebrar un negocio diverso del simulado (simulación relativa)."<sup>22</sup>, para tener por aclarado el perfil exacto de diferenciación entre la una y la otra.

c. **Dolo:** El Código Civil guatemalteco, en su Artículo 1,261, define el dolo como:

"... toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a

<sup>21</sup> Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Tomo VI, pág. 167.

<sup>22</sup> Espín Cánovas, Diego, **Ob. Cit;** volumen I, pág. 393.

alguna de las partes."



En un panorama general dentro del mundo del derecho, el dolo significa la maldad jurídica; el perjuicio consciente; la práctica voluntaria del mal; la perfidia, la mala intención, la saña," la crueldad, la mala fe, la traición, en resumen, el repertorio o síntesis de lo negativo en los valores sociales y en la conducta individual...

En Derecho Civil, El dolo constituye la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia constitutivas aquellas y éstas de otros vicios jurídicos"<sup>23</sup>

De suma importancia resulta el carácter voluntario que el dolo revista para la doctrina, como un vicio en la declaración de voluntad necesaria para la celebración de cualquier contrato.

**d. Violencia:** Esta puede revestir el carácter físico propio de la misma o bien el moral, propio de la intimidación. "Situación o estado contrario a naturaleza, modo o índole. Empleo de fuerza para arrancar el consentimiento. Ejecución forzosa de algo, con independencia de su legalidad o ilicitud. Coacción, para que alguien haga aquello que no quiere, o se abstenga de lo que sin ello se querría o se podría hacer. Presión moral, opresión, fuerza... Todo acto contra justicia y razón. Proceder contra normalidad o naturaleza. Modo compulsivo o brutal para obligar a

<sup>23</sup> Cabanellas, Guillermo, *Ob. Cit*; tomo II, pág. 777.



algo... 1. En Derecho Civil. La violencia puede ser física o material, en cuyo caso se denomina fuerza; y obrar sobre el ánimo, en que se habla de intimidación o miedo. En todos esos casos se está ante otros tantos vicios del consentimiento.”<sup>24</sup>

Considerada la violencia como uno de los tantos vicios del consentimiento, el Código Civil, indica en el Artículo 1,264: "Será ineficaz el consentimiento prestado por violencia o intimidación."

Si el consentimiento es prestado en condiciones de absoluta libertad para el declarante del mismo, de manera expresa y por demás calificado, es decir cumpliendo con todos los formalismos que la ley aplicable le señalen, podemos asegurar que el negocio jurídico para el cual dicho consentimiento hubiera sido prestado, se encuentra debidamente perfeccionado y el instrumento público que lo contenga, llena todas las condiciones aplicables a las partes, para poder surtir los efectos buscados mediante su otorgamiento.

Por esas razones, todo ordenamiento jurídico prevé que el consentimiento deberá ser otorgado libre de vicios que pudieran afectarle directa o indirectamente, creando con ello las condiciones de seguridad jurídica, que toda sociedad necesita.

### **2.3 Requisitos esenciales de validez**

Todo instrumento público tiene requisitos de validez, que pueden ser considerados:

---

<sup>24</sup> Cabanellas, Guillermo, *Ob. Cit*; tomo VI, pág. 715.



unos como generales y otros esenciales. Cuando hablamos de requisitos esenciales, nos referimos a aquellos que taxativamente la ley señala como tales, cuya inexistencia o falta puede alterar la consecución de los resultados perseguidos mediante la celebración del contrato contenido en dicho instrumento.

Así, el Código de Notariado indica en el Artículo 31: "Son formalidades esenciales de los instrumentos públicos: 1. El lugar y fecha del otorgamiento. 2. El nombre y apellido o apellidos de los otorgantes. 3. Razón de haber tenido a la vista los documentos que acreditan la representación legal suficiente de quien comparezca en nombre de otro. 4. La intervención de intérprete, cuando el otorgante ignore el español. 5. La relación del acto o contrato con sus modalidades." 6. Las firmas de los que intervienen en el acto o contrato, o la impresión digital en su caso."

Lo anterior se traduce, en que no puede otorgarse ningún instrumento público si previamente se tiene conocimiento que será imposible el cumplimiento de alguno de los requisitos indicados, puesto que con ello se estará alterando la esencia del instrumento mismo.

Ahondando en ello y en sus posibles consecuencias, el Artículo 32 del mismo cuerpo legal reza: "La omisión de las formalidades esenciales en los instrumentos públicos, da acción a la parte interesada para demandar su nulidad, siempre que se ejercite dentro del término de cuatro años, contados desde la fecha de su otorgamiento."



La obscuridad en la redacción de dicha norma radica en el hecho de que si la formalidad esencial omitida fuera precisamente: El lugar y fecha del otorgamiento, no existe punto de partida temporal, para contar los cuatro años dentro de los cuales pueda ejercitarse la acción a que dicha anomalía da lugar.

Ahora bien, si se sitúa en el hipotético caso de un otorgante que fue víctima de un incendio a consecuencia de lo cual, por un largo período, no puede plasmar su impresión digital (de manos ni de los pies), mucho menos firmar y sin embargo, siendo titular de su patrimonio y encontrándose en el pleno uso de sus facultades volitivas, es decir ostentando la capacidad de goce que la ley le reconoce, es capaz de externar su consentimiento de manera verbal y libre de vicio.

De antemano se conoce la imposibilidad de cumplir con la formalidad esencial aplicable al instrumento público, que la voluntad del otorgante pretende. Civilmente no existe limitación para disponer de su patrimonio, sin embargo la legislación notarial imposibilita el ejercicio de los derechos propios de una persona a quien no le faltan atributos legales para actuar en el mundo de las relaciones jurídico-patrimoniales.

Esas situaciones, que no gozan de publicidad muchas veces por la gravedad de cada caso y que limitan el ejercicio de los derechos patrimoniales de quien sufre esa afección temporal o permanente, sin que tengan una limitante civil (señalada por la ley específica), son las que obligan a considerar la posibilidad de llenar la laguna jurídica existente para casos especiales, siempre que se encuentre debidamente demostrada la imposibilidad relacionada.

Sin embargo, tratando de evitar caer en la vieja tentación de adelantarse a los acontecimientos, diré que eso es precisamente la materia desarrollada en el capítulo siguiente. No debe olvidarse también, que en relación a los requisitos generales del instrumento público, el Artículo 33 del Código de Notariado, indica: "La omisión de las formalidades no esenciales hace que incurra el notario en una multa de cinco a cincuenta quetzales según el caso.", con lo cual queda aclarado que dicho instrumento notarial, desde ningún punto de vista pierde fuerza ejecutiva o validez jurídica.

## **2.4 Efectos del instrumento público**

Ordinariamente el contenido de todo instrumento público es un contrato. Entonces si se toma en consideración que conforme a la ley: "hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación." (Artículo 1,517 del Código Civil), estaremos en posibilidades de afirmar que los efectos del instrumento público correctamente elaborado son según el caso: crear, modificar o extinguir una o varias obligaciones.

Como caras de una misma moneda, toda obligación conlleva el ejercicio de un derecho que le está contrapuesto. En tal virtud, puede afirmarse valederamente también, en sentido inverso a la afirmación anterior, que los efectos del instrumento público son crear, modificar o extinguir derechos.



## 2.5 Nulidad del instrumento público

Regularmente la nulidad del instrumento público conlleva la nulidad del contrato que contiene. Pero se debe entender el hecho de que la primera de las enunciadas nulidades es puramente notarial, mientras que la segunda se refiere a una nulidad esencialmente contractual pudiendo ser civil o mercantil, según el caso.

1. **Definición de nulidad:** En concordancia con la doctrina, "dentro de la técnica jurídica, nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos." <sup>25</sup>

Puesto que la misma no es más que la carencia de valor de aquello que adolece de ella, pudiendo incluso llegarse a considerar como inexistente o inútil.

2. **Clases de nulidad:** Como la mayoría de instituciones jurídicas, la nulidad goza de una clasificación, que atiende a la gravedad de los hechos o circunstancias que la producen. De este modo, existe la nulidad absoluta y la relativa, que siendo materia de estudio de otra disciplina, únicamente nos interesa en la medida que la misma pudiera aplicarse al instrumento público en virtud de la naturaleza del tema que desarrollamos.

- a. **Nulidad absoluta:** El Código Civil en su Artículo 1,301 indica: "Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o

---

<sup>25</sup> Cabanellas, Guillermo, **Ob. Cit;** tomo IV, pág. 587.

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

Basados en la definición legal, se puede indicar que nulidad absoluta es la que conlleva el acto que carece en su totalidad de valor jurídico y consiguientemente incapaz de producir efecto legal alguno.

Pero lo antes enunciado, únicamente se refiere a la materia civil, es decir al contrato contenido en un instrumento público, no a la nulidad de éste propiamente dicho, puesto que cabe la posibilidad de encontrarse frente a un instrumento legalmente perfecto, cuyo contenido adoleciera de nulidad absoluta; es decir, nulidad de fondo.

Lo anterior obliga a reconocer que adolece de nulidad absoluta, todo instrumento público que carezca, de cualesquiera de las formalidades consideradas como esenciales por el Artículo 31 del Código de Notariado, transcrito con anterioridad.

- b. Nulidad relativa:** Sin contener una definición legal de nulidad relativa, el Código Civil textualmente hace referencia a ella, al indicar en el Artículo 1,304: "Los negocios que adolecen de nulidad relativa pueden revalidarse confirmándolos expresamente o dando cumplimiento a la obligación, a sabiendas del vicio que los hace anulables."

El contenido del citado Artículo, indica tácitamente que la nulidad relativa se utiliza

como sinónimo de anulabilidad, o sea aquella nulidad que para surtir efectos como tal, debe ser invocada por la parte que pudiera ser afectada.

Esta apreciación se ve reforzada por el contenido del Artículo 1,309 del mismo código; al indicar: "El negocio que adolece de nulidad relativa surte todos sus efectos mientras en sentencia firme no se declare dicha nulidad.", es decir que, si nunca es señalada la misma o habiéndolo sido, los efectos del negocio que la adolece están sujetos a su cumplimiento en una fecha anterior a que una sentencia pudiera declararla, dicha nulidad en ningún momento afecta a la producción de los efectos propios del negocio jurídico, como si la misma no hubiera existido.

Nuevamente urge aclarar que lo indicado hasta el momento se refiere al negocio jurídico y no al instrumento que lo contiene, razón por la cual se afirma que al referirse a éste la nulidad relativa se ve limitada a la omisión de formalidades no esenciales, en las que hubiera podido incurrir el notario y no las partes; que las mismas son subsanables y desde ningún punto de vista pueden limitar la producción de los efectos respectivos, para los cuales el instrumento público hubiera sido faccionado.

Dato por demás curioso, lo constituye la existencia en nuestra legislación de una nulidad que casi podría ser considerada como ecléctica, es decir, relativa y absoluta a la vez, dependiendo: A) De la gravedad de la misma; B) De la parte que la invoque; C) Del momento en que fuera invocada; D) Los efectos que se hubieran producido al momento de ser invocada; y E) La posibilidad o imposibilidad de la realización de los fines perseguidos por el negocio.



La misma se encuentra contenida en el Artículo 689 del Código de Comercio, que dice: "La nulidad que afecte las obligaciones de una de las partes, no anulará un negocio jurídico plurilateral, salvo que la realización del fin perseguido con éste resulte imposible, si no subsisten dichas obligaciones."

En todo caso, el notario debe cuidar que tanto en la forma como en el fondo del instrumento público se satisfagan todos los requisitos legales, cumpliendo así en forma efectiva con su función, y con la autenticación de los hechos, al plasmar en el instrumento público, la voluntad de los interesados, con forme a la ley.



## CAPÍTULO III



### 3 Función de la firma o de la impresión digital

La función, no solo de la firma o de la impresión digital del otorgante en el instrumento público, sino de cualesquiera otros elementos de éste, es la que el sistema pretenda ubicar bajo cuyo análisis le asigne. Hay que recordar que la legislación no siempre le asigna una función expresa a cada parte del instrumento público, sino antes bien, como ocurre en Guatemala, la firma de los otorgantes o su impresión digital, únicamente se encuentra regulada como un requisito esencial del instrumento público, sin indicar la función que la misma habrá de desempeñar en el mismo.

De este modo, se puede indicar que la única función que cumple es la de ser un elemento esencial, regulado por el Artículo 29, numeral 12 y jerarquizado como esencial, en el Artículo 31, numeral 6 del Código de Notariado.

La Ley del Notariado de España, solo refiere la firma como un elemento de la escritura matriz, al indicar en el Artículo 17: "El notario redactará escrituras matrices, expedirá copias y formará protocolos. Es escritura matriz la original que el notario ha de redactar sobre el contrato o acto sometido a su autorización, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales, o de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo notario..."

Debemos poner énfasis, en el hecho de que no es posible la utilización de los



testigos rogados en la legislación notarial española, lo cual se traduce en que si una persona no puede firmar, tampoco es susceptible de ser otorgante en instrumento público alguno, puesto que no existe la posibilidad de imprimir la huella digital en lugar de la firma. Además de eso, la firma no tiene una función legalmente asignada.

Ahora bien, en la República de Honduras, la Ley del Notariado, tampoco le asigna función específica alguna a la firma, como tampoco exige la sustitución de ésta cuando fuere procedente, por la impresión digital, sino únicamente el relevo del firmante, cuando sea necesario. Al respecto, el Artículo 38 de dicho ordenamiento jurídico notarial indica: "Si los otorgantes o alguno de ellos no supiere o no pudiere firmar lo expresará el Notario y firmará por el que no lo haga, uno de los testigos instrumentales, sin necesidad de que escriba en la antefirma que lo hace por sí, como testigo y por el otorgante u otorgantes que no sepan o no puedan hacerlo, porque el notario cuidará de expresar estos conceptos en el mismo instrumento."

La Ley Orgánica de Notariado de Costa Rica, aún sin asignar función determinada a la firma, si permite su sustitución por la impresión digital a juicio del notario autorizante del Instrumento, en el cual resultare necesario hacer uso de este recurso.

Al respecto, el Artículo 76, clasificado dentro del capítulo II, titulado escrituras matrices, de la mencionada Ley costarricense, en sus numerales 7 y 10, textualmente dice: "La conclusión contendrá: ... 7- Constancia de que firman el notario, los intérpretes y los testigos instrumentales, así como los demás comparecientes, o el motivo por el cual alguno de estos últimos no puede hacerlo; ... 10- Firma de todos los que intervienen

en la escritura, con la excepción que indica el inciso 7) de este Artículo, caso en el cual podrá dejarse estampada si el notario lo estimare necesario, huella digital de los comparecientes que no firmaron."

Dicho lo anterior, resulta preciso que tratemos de encuadrar la firma del otorgante de cualquier instrumento público, en una de las posibles funciones que podrían corresponderle. Al efecto, es importante dejar constancia, que fue preciso respaldar el aporte que el sustentante del presente trabajo pudiera proporcionar, con la opinión de varios notarios, que mediante su respectivo criterio, emitieron sus opiniones respecto a las opciones planteadas a cada punto del desarrollo del mismo. Las funciones consideradas más acordes y sometidas a consideración de una muestra del total de notarios guatemaltecos, fueron las que a continuación se presentan.

- 1. Legitimar el contenido:** Se hizo referencia en el capítulo primero de la presente exposición, al hecho de legitimar el instrumento público por parte del notario autorizante, lo cual se debe tener presente para no confundirlo con el desarrollo del presente punto, ya que ahora no se refiere a la legitimación del instrumento, sino del contenido del mismo, es decir la voluntad plasmada por parte de los otorgantes.

Mientras en la parte citada se hace referencia a la posibilidad de hacer valer el producto de la función notarial, en la presente es el contenido lo que interesa, pero referido directamente a los otorgantes. Dicho de otra manera, la firma o la impresión digital que hace presumir a futuro, que lo escrito, refleja exactamente la voluntad de los



signatarios al momento del otorgamiento.

Hacer legítimo el contenido del instrumento público calzado mediante la firma o la impresión digital, puede decirse que es una de las funciones propias de dicha expresión gráfica. Y es que signar una declaración o contrato, no resulta otra cosa que aceptar, que el contenido plasmado en dicho documento es lo que se quiere.

Así entendido, la Ley del Notariado para el Distrito Federal de México, únicamente la considera como un requisito a observarse, pero que sin decirlo expresamente legitima el contenido, al hacer mención expresa de ella en el Artículo 60, que reza: "Para los efectos de esta ley, se entiende por escritura cualquiera de los siguientes instrumentos públicos:  
I. El original que el notario asiente en el libro autorizado, conforme al Artículo 46 de este ordenamiento, para hacer constar un acto jurídico, y que contenga las firmas de los comparecientes y la firma y sello del notario... El documento deberá llenar las formalidades que señala este capítulo, ser firmado en cada una de sus hojas y al final por los comparecientes y el notario;... El extracto hará mención del número de hojas de que se compone el documento, y relación completa de sus anexos y será firmado por los comparecientes y el notario... "

Puede observarse que, aún y cuando en ninguna parte del citado Artículo habla de legitimar el contenido de lo plasmado en el instrumento público, hasta los extractos que el notario haga del documento necesariamente deberán ser firmados por los comparecientes, lógicamente se deduce que es para legitimar su contenido.

Lo que hasta el momento no está dicho es que la firma, también en la legislación citada, es susceptible de ser relevada por la impresión digital, tal y como lo establece el Artículo 62 numeral XIII, literal d), de la misma ley al indicar: "El notario redactará las escrituras en castellano y observará las reglas siguientes;... XIII. Hará constar bajo fe :... d) Que otorgaron la escritura los comparecientes, mediante manifestación ante el notario de su conformidad, así como mediante su firma o, en su caso, que no la firmaron por haber declarado no saber o no poder hacerlo. En substitución del otorgante que se encuentre en cualquier de estos casos, firmará la persona que al efecto elija. En todo caso, el otorgante que no firme imprimirá su huella digital".

De la muestra de campo tomada, se deduce, si la misma es realmente representativa del criterio generalizado, que en Guatemala existe un treinta y siete por ciento (37%), de Notarios que identifica la firma o impresión digital del otorgante como cumplidora de esta función, es decir que la presencia de cualquiera de éstas, legítima el contenido del instrumento público que la contenga.

- 2. Probar el consentimiento:** Si la firma no es capaz de legitimar el contenido del instrumento público que calza es decir no abarca la posibilidad de hacer legítimo todo lo convenido en el mismo, sí es posible que pruebe que quien la plasmó consintió al momento de imprimirla, el contenido total del documento o lo que es lo mismo, tanto lo que le aprovecha como lo que le perjudica. Al menos esa es la forma de pensar sostenida por el cuarenta por ciento (40%) de los profesionales encuestados.



Observando desde otra perspectiva: no todo el contenido de un instrumento público es creación de un solo otorgante (lógicamente moldeado notarialmente por el profesional autorizante) lo que representa su parte legítima en la creación del documento, sino también contiene obligaciones, contraprestaciones, plazos, formas de cumplimiento y algunas otras condiciones a las que gustosamente renunciaría, si la única voluntad imperante para la redacción fuera la suya, sin embargo generalmente existe una contraparte que también aporta elementos legítimos al negocio que se celebra.

El hecho de que ambos otorgantes firmen el instrumento público o lo signen mediante la impresión de su huella digital, si prueba que consintieron no solo su aporte de creación, sino también el de la otra parte.

Con la función analizada, identifica a la firma el Artículo 144 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado de España, al decir: "...Contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases..." y siendo que, la tantas veces citada ley del notariado de dicho país, en su Artículo 17 se refiere a que: "Es escritura matriz la original que el notario ha de redactar sobre el contrato o acto sometido a su autorización, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales, o de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo notario...", podemos afirmar que la función de la firma en dicho sistema jurídico notarial, es probar el consentimiento.

Resulta necesario aclarar que en España, de conformidad con la ley antes citada no

existe la posibilidad de sustituir la firma por la impresión digital, ni siquiera en casos especiales como en otras legislaciones. Antes bien, el hecho de no aparecer impresa la firma de los otorgantes, es causa de nulidad del instrumento. Así lo dice el Artículo 27 inciso 3º de dicha ley: "Serán nulos los instrumentos públicos: ...3. Aquellos en que el notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes, o no. supla esta diligencia en la forma establecida en el Artículo 23 de esta ley; o en que no aparezcan las firmas de las partes y los testigos cuando deban hacerlo, y la firma, rúbrica y signo del notario."

Para la legislación de Colombia, la firma o la huella digital también cumple la misma función, la que es expresamente reconocida en el Artículo 35 del Estatuto del Notariado, que dice: "Extendida la escritura será leída en su totalidad por el notario, o por los otorgantes, o por la persona designada por estos, quienes podrán aclarar, modificar o corregir lo que les pareciere y al estar conformes, expresarán su asentimiento. De lo ocurrido se dejará testimonio escrito en el propio instrumento y la firma de los otorgantes demuestra su aprobación."

Aparte del expreso señalamiento de la función de la firma, la legislación colombiana, también prevé la eventualidad de sustituirla por la impresión digital cuando fuere menester hacerlo.

Al respecto dice el Artículo 39 del Estatuto del Notariado: " Si alguno de los otorgantes no supiere o no pudiese firmar, el instrumento será suscrito por la persona a quien él ruegue, cuyo nombre, edad, domicilio e identificación se anotará en la escritura. El otorgante imprimirá a continuación su huella dactilar de lo cual se dejará testimonio escrito

con indicación de cual huella ha sido impresa."



Cosa similar ocurre en el Estado Mexicano de Chiapas, donde la función de la firma o la impresión digital es expresa, con la variante de que es, una sola literal, en donde se indican: tanto la función, como la probabilidad del uso de una en lugar de la otra, en caso de necesidad.

El Artículo 92, numeral XI, literal D), de la Ley del Notariado del Estado de Chiapas, textualmente prevé: "el notario redactara las escrituras en castellano, sin perjuicio de adicionar, cuando las partes lo pidieren traducciones en otro idioma, hechas por el perito oficial que las mismas designaren. se observaran las reglas siguientes:...XI hará constar bajo su fe:...d) que otorgaron la escritura los comparecientes mediante la manifestación ante el notario de su conformidad así como mediante su firma o en su caso que no la firmaron por haber declarado no saber o no poder hacerlo. En substitución el otorgante que se encuentre en cualquiera de estos casos, firmara la persona que al efecto elija, en todo caso, el otorgante que no firme imprimirá su huella digital."

- 3. Otorgar seguridad jurídica:** A nuestro criterio, esta función es la menos idónea para serle asignada a la firma o impresión digital, tanto en el aspecto práctico como legal.

Sería aventurado afirmar que la seguridad jurídica, que un instrumento público conlleva, derive de la firma o la impresión digital del otorgante, puesto que dicha



característica, es más bien, propia de la autorización del mismo, que la del notario.

Más que seguridad jurídica, podría decirse que simplemente resume en el espacio material que ocupa el signo gráfico, el contenido total de hechos que representa lo escrito.

Sin embargo existe un diecinueve por ciento (19%) de notarios guatemaltecos que opina lo contrario, o sea que el hecho de otorgar seguridad jurídica, es la precisa función de la firma o la impresión digital plasmada en el instrumento público.

Preciso es dejar constancia del restante cuatro por ciento (4%) de la muestra tomada del ámbito notarial guatemalteco, opina que la firma cumplirá cualquier otra función en el Instrumento, pero nunca alguna de las planteadas. Porcentaje que aún siendo mínimo, no fue unánime en cuanto a la función que pudieran tentativamente asignar al signo gráfico comentado.

### **3.1 Presunciones derivadas de la carencia de dichas formalidades**

Presunción es la certeza que se tiene de la existencia de algo que no consta. Si una declaración de cualquier tipo lleva estampada la firma, se presume la conformidad de su autor, pero si carece de ella y también de cualquier otro signo que pudiera sustituirla, lógico es presumir lo contrario, es decir no existe conformidad.

Entonces, si un instrumento público carece de firma o impresión digital del otorgante, ¿qué podría presumirse?

- 1. Falta de consentimiento:** Si se toma en consideración que la firma o la impresión digital del otorgante es la forma gráfica del consentimiento, puedo manifestar que éste no existe, si no consta por escrito dicho signo.

La falta de signación del instrumento público por parte de la persona que supuestamente declara su voluntad, inclusive puede hacer presumir que el contenido final del documento no refleja la voluntad de quien debió firmarlo o dejar su impresión digital.

Como se menciona con anterioridad, las escrituras públicas tienen como contenido propio aquellas declaraciones de voluntad que implican la prestación de consentimiento, el cual dicho sea de paso, solo encuentra una forma de perpetuarse a futuro ante la incertidumbre del momento en que habrá de hacerse valer, en el espacio físico propio del cierre del instrumento público: la firma o en su defecto la impresión de la huella digital.

La redacción de una escritura pública, refleja en todo caso, el primer paso de la relación contractual entre los supuestos otorgantes del negocio jurídico que pretenda documentarse, sin embargo, la falta de firma o el signo que haga valer la verdadera presencia del compareciente al momento del faccionamiento de dicho documento, demuestra la falta de convencimiento suficiente para llegar al verdadero otorgamiento y perfeccionamiento del negocio jurídico documentado. Esto por su puesto, en Guatemala implicaría una cancelación de la escritura pública que se hubiera redactado y lógicamente su falta de nacimiento a la vida obligacional entre los particulares, representaría el derecho particular pretendido, pero no creado y así lo considera el treinta



y uno por ciento (31%) de la muestra consultada.

- 2. Inexistencia de acuerdo de voluntades:** En el Artículo 25 de la Ley No. 50 de las Notarías Estatales, de la República de Cuba, se establece literalmente: "Los comparecientes son los sujetos del documento notarial y su presencia por sí o por representación es obligatoria en el acto de autorización."

Si se piensa en la obligatoriedad de la presencia de los otorgantes en el faccionamiento del instrumento público, precisamente tiende a proteger los derechos de todos aquellos que sin haber comparecido, podrían ser directamente perjudicados en su patrimonio, igualmente puede sostenerse que la falta de firma de un documento notarial que contiene un contrato bilateral o multilateral, justamente demuestra y prueba la existencia de una voluntad que no es conteste con lo escrito y consiguientemente no puede ser perjudicada ni beneficiada en el sentido establecido por el mismo.

Podría pensarse que el acuerdo de voluntades existe, pero los contratantes o uno de ellos, simplemente se niega a documentarlo y que esta intención subjetiva no debiera limitarse a una expresión gráfica. Pero entonces, si hay una negativa documental qué sentido tendría que exista un documento sin firma, cuando podría ni siquiera redactarse el mismo. Lo cual constituiría el exacto reflejo de la voluntad subjetiva en la voluntad objetiva, que es la que al final de cuentas crea derechos y obligaciones.

Sin la firma o la impresión digital, no hay voluntades confluyentes, porque aquella es precisamente la materialización documental de éstas. Además el instrumento público,

sigue siendo el documento legal por excelencia, mediante el cual se crea el derecho entre particulares, y que las relaciones de derecho son de consenso y las de poder de sometimiento, debe reflejar el consenso o acuerdo de voluntades inicialmente discrepantes o incluso antagónicas que encontraron., el punto de equilibrio suficiente y necesario para poder asumir tal o cual obligación ante las facultades, igualmente creadas por él.

Si no existe firma o en su caso huella digital, no existe tampoco acuerdo de voluntades, aunque la intención hubiera sido de lo más pura y ecuánime., porque solo los actos materiales crean el derecho y en el presente caso, el acto material necesario es la signación del documento notarial. Al menos eso considera el diecinueve por ciento (19%) del gremio notarial guatemalteco y el sustentante incluido en este número.

- 3. Nulidad absoluta del instrumento:** La carencia de firma del instrumento, ni siquiera debiera ser capaz de llevarnos a pensar en la nulidad absoluta del mismo, puesto que en Guatemala dicho instrumento ni siquiera existe, ya que al regular el Artículo 29 del Código de Notariado: "Los instrumentos públicos contendrán: ..." ,y exigir entre otros requisitos las firmas de los otorgantes o su impresión digital, bien claro deja que si falta la firma o el signo que la suple, no existe instrumento público y al documento redactado podrá llamársele: documento notarial, instrumento imperfecto, o de cualquier otra forma pero mientras no cuente con todos los requisitos que le son aplicables, no hay aún instrumento público.

Igualmente nulos considera a tales documentos la Ley cubana, al expresar en su Artículo 16: "Son nulos los documentos notariales: ... b) En que no conste la identidad y firma del notario o la identidad, el juicio sobre el conocimiento o la capacidad y firma, de los comparecientes y de los testigos en su caso;". Relevante resulta el hecho de llamar únicamente comparecientes a aquellas personas que en caso de firmar el instrumento público elaborado por el notario, pasarían a ostentar la calidad de otorgantes, puesto que mientras no se signe el documento su presencia ante el notario no deja de ser una simple comparecencia.

Sin embargo, a pesar de lo considerado, existe un cuarenta y siete por ciento (47%) de notarios guatemaltecos, que ante la falta de firma o impresión digital, presume la nulidad absoluta del Instrumento.

Fuera de los porcentajes antes comentados, aún existe un tres por ciento (3%) que considera que ninguna de las posibilidades satisface la presunción que su subjetividad podría evidenciar, de la falta de signación de la escritura respectiva, ampliando incluso la mejor opinión obtenida que ni siquiera puede existir documento público como se pretende y por consiguiente ni siquiera se puede presumir nada de lo que no existe.

### **3.2 La ética profesional en la autorización**

La moral, cuya significación etimológica es lo mismo que ética, comienza con la costumbre o una forma de actuar individual reiterada y generalmente aceptada como buena dentro de la colectividad, que ordinariamente representa una complacencia o

una sanción interna, está representada en el mundo de los actos materiales del hombre, por la aprobación o desaprobación social.

Por ello, "... cada individuo en la sociedad, constantemente, se considera obligado a obrar en determinado sentido, ya porque se lo exijan, ya porque estima digno para su vida el realizarlo; tiene conciencia, por decirlo así, dé lo que debe hacer. Esta conciencia, o darse cuenta del deber, de la norma o regla a que se somete se ha denominado... con gran exactitud la conciencia normativa. Pero esta multitud de reglas o normas no solamente se dirigen a él; más bien son patrimonio común; afectan por igual a grupos, más o menos numerosos de la colectividad..."<sup>26</sup>

Es este tipo de normas, las que se transmiten juntamente con la formación académica de los notarios, a través del bien intencionado señalamiento axiológico de lo bueno y lo malo en el actuar profesional, para resguardar la utilización de la fe pública que como profesional ostenta. Por eso la ética desde siempre se ha considerado una ciencia filosófica, ocupada básicamente de la conducta moral del hombre. Dicho en otras palabras, la moral es el conjunto de actos idóneamente ejecutados por los individuos, en el cual se desenvuelven y la ética es la ciencia que los estudia y clasifica. También se conoce como ética, al convencimiento interno poseído por cada persona para actuar de la manera que lo hace, sea ésta, conforme o contraria al orden moral y en esa medida en correcta observancia de los valores regularmente aceptados por el conglomerado social de concordancia o contrariedad, es apreciada en el ambiente regular de convivencia.

---

<sup>26</sup> Larroyo, Francisco, **Los Principios de la ética social**, pág. 62.

Tan importante es mantener una conducta que resguarde los valores medianamente poseídos por la sociedad, que existe el Código de Ética Profesional, cuya observancia es obligatoria para todos los profesionales del derecho, según lo establece su Artículo 44.

**1. La ética y el deber de asesoría del notario:** Todo notario, como parte de su formación académica y ética, tiene la intrínseca obligación profesional de brindar la asesoría que su capacidad le permite, al otorgante de cualesquier instrumento que ante sus oficios hubieran de autorizarse, independientemente de lo complicado que fuera el contrato que se contenga en el mismo, con la finalidad de que los particulares, sepan discernir lo que realmente quieren otorgar, para evitar litigios justamente una de las primeras obligaciones profesionales que tiene el notario ante el cliente, es la de asesorarle no solo respecto del tipo de contratación a efectuar, sino también de los posibles efectos futuros de la misma. Pero esta asesoría, debe fundarse en un profundo respeto a la ley, para que la misma pueda considerarse ética. Cuando ese respeto falta, puede conducir a efectos no deseados por el otorgante y posiblemente ni siquiera previstos por el mismo notario.

Cuando se cumple el deber de prestar asesoría en la autorización, el notario debe tener presente, que está guiando una conducta totalmente ajena a un acto con inevitables consecuencias patrimoniales y para realizarlo, él personalmente debe gozar de libertad de acción y ésta misma solamente se adquiere y amplía tanto en cuanto a la actualización y conocimiento de las leyes vigentes puedan atribuirse a su persona: "Para guiar su conducta, en las cosas en que un hombre disfruta de libertad, necesita una

moral personal."<sup>27</sup>, y más aún de una profesional, por la naturaleza de su función.



Puede decirse entonces, que la asesoría profesional, necesariamente deberá estar éticamente orientada a futuro, es decir al momento en que los derechos por crear en el instrumento público, deban hacerse valer, los cuales no deberán encontrar obstáculo alguno derivado de su elaboración o encuadramiento al sistema normativo vigente al momento de su autorización, ésta constituye una labor de asesoría apegada a la moral.

Hay que tener muy en claro que prestar una asesoría ética no siempre significa moldear la voluntad de los particulares, puesto que lo moral o ético de la actuación profesional, radica precisamente en la observancia de la ley y la posibilidad de negar sus servicios cuando resulte procedente y más conveniente, tanto para el mantenimiento del orden jurídico vigente como para su propia reputación profesional, ya que "la honorabilidad y caballerosidad (del notario) residen no en autorizar instrumentos, sino en saber, en el momento oportuno, negarse a autorizarlos." <sup>28</sup>

Porque "es preferible no faccionar el instrumento, que hacer algo que no tiene eficacia..." <sup>29</sup>

### 3.3 La ética profesional en la interpretación

¿Qué decirse de la interpretación, si lo que habrá de interpretarse es el contenido de

<sup>27</sup> Russell, Bertrand, **Autoridad e individuo**, Pág. 183.

<sup>28</sup> González Enríquez, Manuel, Citado por Nery Roberto Muñoz, **Introducción al estudio del derecho notarial**, Pág. 183.

<sup>29</sup> Muñoz, Nery Roberto, **Ob. Cit**; pág. 183.



un instrumento público, que a excepción de la firma o la impresión digital del otorgante, llena tantos requisitos legales, cuantos le son aplicables? Simplemente que dicho instrumento no es tal y que el contrato redactado representa una intención pero desde ningún punto de vista una declaración de voluntad capaz de surtir efecto alguno, a la luz de la legislación notarial guatemalteca, si dicha obra notarial fue elaborada en este país. Vendrá dicho documento a constituir una serie de axiomas, valores o buenas intenciones, internas del otorgante, pero incapaces de producir efectos en el mundo material del derecho. Pero claro está, esto tendría lugar únicamente si de dicho instrumento, en ignorancia o franca inobservancia de la ley, hubiera sido extendido testimonio; puesto que con apego a la legislación, al momento de presentarse la imposibilidad aludida y siempre que esta fuera posterior a la redacción de tal instrumento, el mismo debiera ser cancelado por el notario requerido para su elaboración.

Ahora bien, si se tratara de un instrumento que contando con todos los pases legales necesarios para su validez, adolece de la misma falta, la cual ha sido suplida en este caso por testigos, o más aún sin que dicha carencia hubiese encontrado una forma de sustitución; la misma ética notarial obliga al profesional consultado a servirse de un estudio histórico de la legislación extranjera aplicable a dicho instrumento, según la fecha de su autorización, y su análisis en cuanto a la producción de los efectos pretendidos mediante su otorgamiento, si estos hubieran de producirse en Guatemala, pero en ninguna circunstancia interpretar el mismo sin una base legal debidamente cotejada, para que su accionar pueda considerarse ético y su interpretación verdadera, ya que la perfecta comprensión del objeto conocido, es la verdad.

Es preciso recordar que toda autorización de instrumento público, resulta ser teleológica y por lo mismo, la necesidad de interpretación resulta ontológica y no casuística, aún y cuando en las circunstancias comentadas sus fines terminaran resultando utópicos.

### **3.4 La seguridad y la ética notarial**

Uno de los principios del derecho notarial lo constituye precisamente la seguridad jurídica, puesto que la conservación y resguardo de los derechos, adquiridos o transmitidos mediante la intervención notarial, así como su acreditación ante los registros públicos y terceras personas, tiene su fundamento en la permanencia propia del instrumento público, bastión imprescriptible de la seguridad que el mismo confiere a su contenido.

Cuando el notario de antemano, conoce de la imposibilidad de signación del instrumento que se le solicita autorizar, es el momento en el cual deberá hacerse alarde de la ética personal y profesional poseídas, revelando con su actuar toda su condición moral, ejerciendo sus capacidades axiológicas motivado necesariamente por lo bueno, a la luz de la conveniencia de quien requiere su intervención profesional.

Es por esto, que la función notarial a ejercer en estos casos particulares, deberá desarrollar todas sus fases, es decir: se debe permitir al solicitante que declare su voluntad ante el notario y éste, mediante la interpretación ontológica determinará el acto jurídico pretendido e igualmente el acto notarial a que aquella intención pudiera

conducir.



En resguardo siempre de la seguridad jurídica que su intervención conlleva, deberá recurrir a la interpretación de las voluntades que se le declaren para configurarlas mediante la acción notarial y en este caso, como en cualquier otro en el cual resultara imposible el cumplimiento de una formalidad esencial, apegado a la digna conducta que le es acreditable a la investidura notarial que ejerce, abstenerse de formar instrumento público alguno, pero en ninguna circunstancia y bajo ningún pretexto, dejar de prestar la consultoría jurídica, que la necesidad de los particulares que han recurrido a su destreza profesional le solicitan.

Procediendo de la manera anteriormente indicada, actuará el notario con total apego a la ética sin desaliño de la seguridad jurídica.

Pero lo anterior no siempre tendrá plena aplicación y por ello considerarse ético o anti ético cuando se ejercitara inversamente. Esto porque el acto ético en sí mismo, que no deja de ser una actuación voluntaria, independientemente de que se ejerza o no la función notarial según el territorio y ocasión, puede variar de una sociedad a otra o incluso aún en la misma sociedad, de una época a otra, según el derecho vigente; lo persistente e invariable será sin duda que el notario por el influjo de su comunidad y como consecuencia de su ética personal, que no se puede separar de la profesional, se proponga fines incondicionados con su accionar, objetivos que individualmente pueda considerar válidos y que frente a ellos decida su acción. "De este modo, todo sujeto de mero individuo se eleva al rango de persona, pues la idea de persona, es inconcebible sin la noción de



responsabilidad; tiene por decirlo así, a modo de columna vertebral la voluntad ética." y su accionar podrá siempre ir en resguardo de la seguridad jurídica que representa su intervención.<sup>30</sup>

Sin embargo, es preciso tener en cuenta la seguridad jurídica y la ética notarial, "no atañe únicamente el deber hacia el prójimo, por muy importante que sea este deber... El deber para con el prójimo, y menos tal como éste lo concibe, no puede ser mi único deber. Si tengo una convicción profunda de conciencia de que debo obrar de una manera condenada por la autoridad gubernamental, mi deber será obrar de acuerdo con mi convicción. Y, recíprocamente, la sociedad debería concederme la libertad necesaria para poder seguir mis convicciones salvo cuando existan razones muy poderosas para impedírmelo."<sup>31</sup>

### **3.5 La función social del notario**

Al igual que en toda profesión, el ejercicio notarial tiene intrínsecamente una función social que cumplir, la cual impone al notario la obligación de prestar sus servicios de manera gratuita a los desposeídos y siempre con estricto apego y respeto a la ley así como al orden público, evidenciando en cada uno de sus actos la rectitud, honradez e integridad de pensamiento y acción.

Como profesional íntegro que es, debe conducirse con lealtad, eficiencia y honorabilidad al prestar sus servicios, ignorando por completo la contraprestación que los

<sup>30</sup> Larroyo, Francisco, **Los principios de la ética social**, pág. 118.

<sup>31</sup> Russell, Bertrand, **Autoridad e individuo**, pág.125.

mismos pudieran representar en condiciones remuneradas, para que la función social ejercida por su ministerio, tenga el verdadero carácter de social, teniendo presente que su desenvolvimiento, abarca íntegramente consecuencias sociales que siempre atañen, para bien o para mal, a su propia reputación profesional y con ella a la clase profesional que representa.

Dicho lo anterior, resulta conveniente recordar la exaltación que Carral y de Teresa, hace del notariado al indicar: "La labor del notario, bien entendida y bien desempeñada, constituye un verdadero apostolado y puede asegurarse que sin notarios competentes y honorables, muchísimas personas, pero especialmente de humilde condición, serían víctimas diarias del abuso y del engaño."<sup>32</sup>, especialmente en países como el nuestro, en los cuales el nivel de analfabetismo tiene absorbida a gran parte de la población.

Entendida la función social del notario como ese aspecto beneficioso que puede prestar a la comunidad, sin que su actividad pueda representarle una remuneración y hasta algunas veces le repute inversión de recursos de su propio peculio, comprensible resulta que encontrándose en una situación de suyo complicada, como lo es la necesidad del otorgamiento y autorización de un instrumento público cuyo consentimiento no puede ser traducido a un signo gráfico, bien sea la firma o bien la huella digital del otorgante, a pesar de encontrarse éste, libre de todo vicio, su actividad misma sea enderezada solamente a realizar el estudio correspondiente de la situación y poder emitir su apreciación calificada al respecto, pero siempre velando por el

---

<sup>32</sup> Carral y De Teresa, Luis, **Derecho notarial y derecho registral**, pág. 13.

mantenimiento del orden social y sin que pueda pretender ninguna clase de honorarios.

Esta es justa y precisamente la clase de función social que el notariado en pleno, debe realizar cuando las circunstancias le limitan su accionar a pesar de concurrir casi la totalidad de elementos indispensables, pero aquel que los hace incompletos, tiene el carácter de esencial y por lo mismo imposible de ser subsanado o sustituido por otro.

Hechas las anteriores reflexiones, debe tenerse siempre presente que los servicios profesionales, en su diversidad de actividades, deben dirigirse a conseguir la justa, pacífica, armónica y funcional convivencia del conglomerado social y deber prestarse ajustados a claras normas éticas y morales, que exigen de cada profesional honor, decoro, rectitud, respeto y dignidad en todas y cada una de sus actuaciones, dignidad profesional que exige de cada miembro una conducta recta y ejemplar, pues debe ser un paradigma de honestidad y como tal se encuentran reconocidas por el considerando cuarto del Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, promulgado el treinta de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Del mismo modo y con un carácter más específico para la profesión de notario, el considerando tercero del mismo texto, señala literalmente: "Que el notario ejerce su función pública realizando el derecho en la sociedad, lo cual abarca integralmente el desenvolvimiento de la vida del hombre."

He ahí la función social del notario.

## CAPÍTULO IV



### 4 Limitación de la fe pública notarial y registral

La fe pública, como cualquier otra institución jurídica tiene sus facultades o posibilidades de contener o ejecutar a su amparo, con veracidad de autoridad legítima, hasta cierto grado de actos, hechos o contratos producidos en presencia de quien la ostenta, es decir, que el titular de la misma goza de la confianza generalizada, derivada de la ley, para tenerse por ciertos los actos ejecutados con su auxilio.

Sin embargo, al indicar que la confianza depositada en el ostentante de ella es generalizada, desde ningún punto de vista quiere decir ilimitadamente, sino antes bien, en general para todo aquello que la misma ley le permite, resguardando siempre por mandato legal el derecho ajeno de las extralimitaciones que pudieran producirse por cualquier causa que fuera.

Desde esta perspectiva, la fe pública en las distintas clasificaciones adolece de limitación total para manifestarse ante la falta de firma o impresión digital de instrumento público alguno, como también para poder crearlo.

1. **Fe pública notarial:** Sabido es, que la única fuente del derecho notarial es precisamente la ley, en este contexto debe reconocerse de cualquier forma y aún en contra del propio interés de los notarios, que su propia fe pública, tiene como una actividad fuera de campo de aplicación la posibilidad de faccionar y



menos aún autorizar instrumento público alguno carente de la signación correspondiente por parte de los otorgantes.

En las tipologías de fe públicas existentes, la notarial es la realmente limitada para la creación del instrumento público, que de antemano se sabe carecerá de firma o impresión dactilar, ya que el profesional que la ostenta es el creador único del instrumento que al carecer de tal signo, también carece de vida en el mundo de lo jurídico.

Todas las demás clases de fe públicas existentes y reconocidas por la ley, única y exclusivamente tienen la facultad de calificar el instrumento, por su propia función dentro de la sociedad, pero desde ningún punto de vista tienen la posibilidad siquiera de crearlo.

**2. Fe pública registral:** Es preciso recordar que la fe pública registral es la que tienen los titulares de los distintos registros públicos y que la misma se manifiesta en la presunción de autenticidad que tienen todos los documentos signados por aquellos en el legítimo ejercicio de su cargo.

De este modo la fe pública registral jamás podría ser empleada en el otorgamiento o autorización de instrumento público alguno, ya que el mismo es producto del ejercicio profesional del notariado y el registrador, cualquiera que sea su especialidad (de la propiedad, mercantil, civil, de marcas y patentes, de ciudadanos, etc.), no precisamente tendría por qué ser notario.

Ahora bien, en la misma legitimidad de su accionar, todo registrador, se vería obligado a rechazar cualquier documento que pretendiendo hacer las veces de instrumento público carente de firma o huella digital, se le presentara para su inscripción, ya que el mismo no tiene cabida en la legislación guatemalteca como un documento legítimo y con validez.

**3. Fe pública Administrativa:** La similitud existente entre esta y la analizada anteriormente, nos hace pensar que prácticamente no existe la más remota posibilidad de respaldar mediante la fe pública administrativa, la expedición o autorización de documento público propio de ella que le confiera carácter de valedero a instrumento público alguno, que no contuviera en su correspondiente cierre la firma o huella digital de quien lo ha otorgado, así tuviera cuantas firmas o huellas digitales hubiera sido posible obtener para respaldarlo.

Dicho lo anterior, sobreentendido queda que aún y cuando el poder probatorio de los documentos emitidos al amparo de la fe pública administrativa, deriva únicamente de la signación del funcionario o empleado público en el legítimo ejercicio de su cargo, respaldada con los correspondientes sellos públicos, esta autenticidad es propia de las copias certificadas emitidas de los testimonios, copias o hijuelos de la matriz respectiva, previamente remitidos a la dependencia pública que las emite y no del instrumento público como tal.

**4. Fe pública Judicial:** Siendo que ante las judicaturas es precisamente, donde se hacen valer las bondades de la legitimidad de cualquier documento presentado,

para que ésta se forme juicio y que ellas sean las titulares de este tipo de fe pública, se hace preciso considerar el inminente rechazo de cualquier documento autorizado por notario, que pretendiendo tener la calidad de instrumento público, fuera presentado carente de cualesquiera de los requisitos establecidos por la ley (en este caso: la firma o la impresión digital), ya que en aplicación del principio procesal, "lura novit curia", que traducido indica que "el juez debe conocer el derecho", su titular haría valer ipso jure su calidad de concedor de la ley.

Ante tal rechazo, mucho menos podría concebirse la emisión de fallo alguno (que lógicamente conlleva la fe pública judicial implícita), basado en un documento con tales características ya que el mismo ni siquiera tendría la posibilidad de ser incorporado al proceso al cual se refiriera.

#### **4.1 Carencia de poder probatorio**

Para mejor asimilación del presente punto, bien vale la pena tener presente el contenido del primer párrafo del Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil (Decreto Ley No. 107), que indica: "Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad."

Ya se dijo en el capítulo anterior que un instrumento público sin firma ni huella dactilar del otorgante es susceptible de producir nulidad absoluta del mismo, con la



agravante de haber contradicho en el mismo punto esta afirmación, al considerar que mientras dicho requisito hiciera falta al documento, el mismo ni siquiera existiría como instrumento público, consiguientemente lo que no existe no puede producir nada, ni siquiera su propia nulidad.

Teniendo claras ambas ideas, podría hacerse referencia a las dos por separado, indicando para el efecto que en el primer caso, lo que es nulo absolutamente, es incapaz de probar hecho, acto o cuestión alguna, es decir que carece o no tiene forma de probar lo que tampoco contiene.

Ahora bien, no existiendo como tal, tampoco existe afirmación o contenido del mismo que probar. Ni siquiera puede pensarse en argumento alguno que pudiera contener, mucho menos alguna intención contractual entre los susceptibles otorgantes. Lo que no existe, tampoco tiene poder alguno y mucho menos probatorio, si ni siquiera existe la materia sobre la cual se manifiesta.

#### **4.2 Inexistencia de fe pública notarial**

En Guatemala como en cualquier otro país en el que se utilice el Sistema Notarial Latino, es la ley la que confiere al notario la fe pública suficiente y necesaria para el desempeño de su función en la sociedad y es esta misma ley la que expresamente señala las áreas del desempeño profesional en las cuales es susceptible de utilizarse esa fe pública.



En ese contexto, indica el Artículo 1 del Código de Notariado: "El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte."

Ahora bien, el mismo cuerpo legal establece en su contenido, todos y cada uno de los requisitos que habrán de contener los documentos notariales en general y los instrumento públicos en particular, señalando como esencial, para estos últimos, las firmas de los que intervienen en el acto o contrato, o la impresión digital en su caso. (Artículo 31 numeral 6).

Como puede apreciarse, si un instrumento público es faccionado, dicha actuación notarial debió haber sido requerida o dispuesta por la ley. Para los efectos de la presente exposición no interesan aquellos instrumentos que pudieran autorizarse por disposición de la ley, hay que centrar la atención únicamente en los precedidos del requerimiento de parte que les es propio.

En ese orden de ideas, debe apreciarse que si la firma o impresión digital de una persona cualquiera que ella sea, no aparece plasmada en un instrumento público determinado, lógico resulta suponer que no intervino en el faccionamiento del mismo o es totalmente ajena al contenido de aquel, pero si interviene declarando su voluntad, como es necesario, para haber creado el mismo por parte del notario, es esencial que exista ese signo histórico que le confiere plena validez a lo plasmado en tal instrumento, al momento en que quiera hacerse valer su contenido.



Dadas tales características puede pensarse que en Guatemala, al encontrarse en una situación de tal naturaleza, bien podría haberse elaborado el instrumento necesario, ser signado (mediante firma o impresión digital, indiferentemente), por todas aquellas personas que carecen de impedimento para hacerlo, dejando constancia de aquella que padeciera la imposibilidad y por aparte, autorizar un acta notarial en la cual el notario, hiciera constar los hechos que presencié y circunstancias que le consten de la diligencia de conformidad con el Artículo 60 del mismo código.

Ante esta forma de proceder, aún se ve, como obstáculo el hecho de que el instrumento matriz, carece en sí mismo de una formalidad esencial que le es imputable al mismo, puesto que con el acta notarial, que aún podría carecer de cualquier firma que no fuera la del notario, lo cual no le resta ninguna validez; solamente se tiene por probada la forma en que se procedió, pero sin conferirle por ello valor probatorio y menos aún ejecutivo al instrumento como tal.

Siendo la anterior, la única probabilidad práctica conforme a la ley, que podría acercarse a una posible solución, al problema de la imposibilidad de signación del instrumento público por alguno de los otorgantes contenida en nuestra legislación, sin que la misma deje de ser totalmente hipotética e irrealizable, resulta evidente que no existe fe pública en el notario, para autorizar ningún instrumento público en el cual hubiera sido imposible consignar la firma o la impresión digital del otorgante, aún y cuando las necesidades de otorgamiento de este modo fueran vitales, puesto que en ese caso nos encontraríamos ante un acta válida a todas luces y un instrumento público inválido por naturaleza, totalmente independientes el uno del otro.



No existe pues en el notario guatemalteco, fe pública que le permita autorizar instrumentos públicos en los que es imposible consignar la firma o huella digital del otorgante.

## CAPÍTULO V



### 5 Derecho comparado

En el presente capítulo se pretende hacer un análisis genérico de algunas legislaciones que siguiendo el Sistema del Notariado Latino, pueden tener algunas características similares al regular el ejercicio notarial, independientemente de que en algunos de estos países se ejerza al amparo de la tesis funcionalista o profesionalista, y aún siguiendo la misma corriente, se diferencien unas de las otras en la forma de ejercicio mediante el notariado de números o de profesión libre.

Para los efectos del presente punto, se presenta un breve esbozo de cada legislación en particular, con la intención de que el lector pueda crearse una idea clara de las posibilidades existentes en cada una de las consultadas.

#### 5.1 En Guatemala

Como se ha venido desarrollando en el transcurso de las presentes notas, por parte del autor con el auxilio de la opinión externada por los notarios entrevistados mediante la encuesta realizada, en una muestra tomada al azar, se coincide en que aún y cuando a primera vista, en Guatemala, no existe la probabilidad de crear un instrumento público que conteniendo todos los elementos aplicables al negocio que pudiera contener, a excepción de la firma o la impresión dactilar del otorgante, si existen algunas fórmulas que previa la reforma legal necesaria, harían viable tal posibilidad.



Lo que es preciso no olvidar, es el hecho de que cualquier reforma legal en ese sentido, debe ser motivada directamente por una necesidad generalizada y que se tome muy en cuenta, ya que para muchas personas, existe la necesidad de llenar ese vacío en la ley imperante. En el presente trabajo se ha prestado atención a esas personas, que pudiendo ser otorgantes por estar en la capacidad de sus derechos civiles, se ven imposibilitados de otorgar en instrumento público, por no tener los miembros superiores como lo son las manos, y que no pueden dejar de ser considerados como casos especiales y por lo mismo, cubiertos por el derecho emanado por la Constitución Política de la República de Guatemala.

Sea dicho pues, que en Guatemala no existe la posibilidad de autorizar instrumento público alguno, si este no habrá de ser signado mediante la firma o la huella digital del otorgante, de conformidad con los Artículos 29, numeral 12 y 31, numeral 6 del Código de Notariado.

## **5.2 En Honduras**

En la Legislación Notarial de Honduras, Ley del Notariado, contenida en el Decreto número ciento sesenta y dos (162) del Congreso Nacional, del veintitrés (23) de marzo de mil novecientos treinta (1,930), con sus respectivas modificaciones, se encontró que la misma deja abierta la posibilidad de que se autoricen instrumentos públicos sin la firma de los otorgantes.

Pero, la Ley de Honduras, en ninguno de sus Artículos permite la sustitución, ni



Pero, la Ley de Honduras, en ninguno de sus Artículos permite la sustitución, ni siquiera la posibilidad de complementar esta forma de signación, con la impresión dactilar.

La Ley del Notariado de Honduras, contiene en el capítulo V de las escrituras matrices, todo lo relativo a lo que en Guatemala conocemos como tales y además las actas notariales. Qué según esta ley, también deberán formar parte del protocolo del notario que las autorice, salvo lo establecido en disposiciones especiales.

Este capítulo comprende los Artículos del 22 al 54 inclusive;

En este sentido y para conocer algunas diferencias conceptuales, es preciso tener presente que en esta legislación, única y exclusivamente se denomina instrumentos públicos a las copias que puedan expedirse de los documentos otorgados y autorizados dentro del protocolo. Es decir, a lo que en Guatemala se refiere a los testimonios o copias, que comprenden el documento físico y material con el cual el particular podrá ejercer el derecho consignado en la escritura matriz y original que consta en el protocolo. La ley comentada establece: Artículo 22. "Escritura matriz es la original redactada por el notario sobre el acto o contrato sometido a su autorización, firmada por los otorgantes y testigos, que sepan y puedan, y firmada y sellada por el notario."

Apréciese en ese texto que existiendo imposibilidad de firma por el otorgante, la misma no le resta carácter alguno a la escritura matriz, ni mucho menos efectos.

Sin embargo, ahondando un poco más en el análisis del texto legal se aprecia que el Artículo 38, del mismo cuerpo legal está redactado de la siguiente manera: " Si los otorgantes o alguno de ellos no supiere o no pudiere firmar, lo expresará el notario y firmará por el que no lo haga, uno de los testigos instrumentales, sin necesidad de que escriba en la antefirma que lo hace por sí, como testigo y por el otorgante u otorgantes que no sepan o no puedan hacerlo, porque el notario cuidará de expresar estos conceptos en el mismo instrumento."

Como puede apreciarse, esta ley prevé la posibilidad de que alguno de los otorgantes, sabiendo firmar, no pudiera hacerlo al momento del otorgamiento de la escritura matriz, justa y precisamente por cualquiera de los casos hipotéticos que hemos venido manejando o aún por cualquier otro. En este caso simplemente se recurre a un testigo rogado quien firmará en su defecto y el notario lo hace ver en la misma escritura.

En todo el cuerpo legal comentado, no hay Artículo que se oponga a lo previsto por el Artículo 38 antes comentado, pero si puede dar lugar a confusión la forma en que se encuentra redactado el Artículo 93 que también vale la pena analizar, el cual se encuentra contenido en el capítulo IX referente a las disposiciones transitorias, el cual indica: "Cuando hecha una escritura, por cualquier causa no se firmare por los interesados, el notario la cancelará poniendo razón al final de las causas de la cancelación, sin alterar los folios ni la numeración."

Lo que posiblemente puede confundir sea el término "los interesados", puesto que podría pensarse que éstos precisamente tienen que ser los otorgantes. Sin embargo,



nótese que cuando el otorgante no firma por imposibilidad, el interesado de hacerlo viene a ser el testigo rogado que lo hace en su lugar.

Hecha esa aclaración se puede afirmar al amparo de la Ley del Notariado de Honduras, que en dicho país, aunque resulte imposible acreditar la presencia de un otorgante al momento de la autorización de un instrumento público, porque en el mismo no existe una impresión gráfica puesta por aquel, que sirviera de indicio de tal afirmación, bien fuera ésta mediante el auxilio directo de sus órganos físicos o de recursos materiales susceptibles de ser utilizados por dicha persona, el instrumento público es formalmente válido y capaz de producir los efectos jurídicos para los cuales fue otorgado.

### **5.3 En México, Distrito Federal**

Dadas las características de la República Federal Mexicana, cada Estado cuenta con su legislación notarial específica y no existe por ello una Ley Federal del Notariado, razón por la que nos limitaremos a conocer en este punto las disposiciones referentes al tema, contenidas en la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Esta ley al considerar el aspecto investigado, cierra todas las puertas a la posibilidad de extenderse y otorgarse escritura alguna sin la signación correspondiente por aquel que figure en la misma como otorgante.

Al respecto indica el Artículo 60 numeral 1:

"Para los efectos de esta ley, se entiende por escritura cualquiera de los siguientes instrumentos públicos: I. El original que el notario asiente en el libro autorizado, conforme al Artículo 46 de este ordenamiento, para hacer constar un acto jurídico, y que contenga las firmas de los comparecientes y la firma y sello del notario"

Con ello nos indica dicho cuerpo normativo dos cosas: que los instrumentos públicos, son una categoría genérica susceptibles de ser considerados escrituras públicas, siempre que se adecuen a los requisitos específicos señalados para ello; y que deberán forzosamente comprender en su cuerpo la firma de todos los comparecientes, entre los cuales lógicamente deben constar ante todo, los otorgantes.

Más determinante aún resulta el texto del Artículo 62 numeral XIII, al establecer en sus literales d) y e), lo siguiente: "El notario redactará las escrituras en castellano y observará las reglas siguientes: ...XIII, Hará constar bajo su fe: ...d) Que otorgaron la escritura los comparecientes, mediante la manifestación ante el notario de su conformidad, así como mediante su firma o, en su caso, que no la firmaron por haber declarado no saber ó no poder hacerlo. En sustitución del otorgante que se encuentre en cualquiera de estos casos, firmará la persona que al efecto elija. En todo caso, el otorgante que no firme imprimirá su huella digital; e) La fecha o fechas en que se firma la escritura por los otorgantes o por la persona o personas elegidas por ellos, y por los testigos e intérpretes si los hubiere;"

Como puede apreciarse, no se puede autorizar instrumento público en que no conste gráficamente la presencia de las personas que lo otorgaron, ya que ese antecedente

escrito (bien sea firma o impresión digital), es el continente de la voluntad contractual expresada en palabras por el notario al faccionar la escritura. Pero por las propias características de la ley que se comenta, podría decirse que lo afirmado no ostenta toda la veracidad que parece, porque la misma no exige como requisito especial que el instrumento sea firmado inmediatamente luego de su redacción. Las firmas respectivas pueden ser impresas con posterioridad, sin que ello altere la validez de lo pactado, ni del instrumento como tal. Durante ese lapso puede pensarse que efectivamente existió el instrumento con la deficiencia comentada. Sin embargo, tal documento aún hasta ese momento carece de autorización, que es precisamente lo que nos interesa

Al respecto indica el Artículo 72: "Si los que aparecen como otorgantes, sus testigos o intérpretes no se presentan a firmar la escritura dentro de los treinta días naturales siguientes al día en que se extendió ésta en el protocolo, el instrumento quedará sin efecto y el notario le pondrá al pie la razón de "no pasó", y su firma."

Es decir que la escritura deberá ser automáticamente cancelada por el propio notario.

Pero suponiendo que de alguna manera, la escritura lograra pasar todo ese filtro legal, por cualquier circunstancia, la misma ley la declara nula según el Artículo 103, el cual indica: "La escritura o el acta será nula: ...V. Si no está firmada por todos los que deben firmarla según esta ley, o no contiene la mención exigida a falta de firma;..."

Dicho de otro modo, es imposible autorizar una escritura sin firma o huella digital, en el

Distrito Federal de la República de México, de conformidad con la ley específica.



#### 5.4 En Cuba

En la República de Cuba, se tiene la individualización de la actividad notarial ejercida por funcionarios públicos nombrados por el Estado, claro está, siempre que ostenten la calidad profesional de doctor o licenciado en derecho.

En toda la Ley no. 50 de las Notarias Estatales, de Cuba; únicamente se encuentra una referencia al tema investigado, y ésta se encuentra en la literal b) del Artículo 16, que se refiere a las nulidades consideradas, el cual indica: "Son nulos los documentos notariales: ...b) en que no conste la identidad y firma del notario o la identidad, el juicio sobre el conocimiento o la capacidad y firma de los comparecientes y de los testigos, en su caso;..."

Como se nota en la cita textual, ni siquiera existe la más remota posibilidad de substituir la firma por la impresión digital del otorgante y si así se hiciera, de todas formas el instrumento público que se otorgara en dichas circunstancias no dejaría de ser nulo, por la falta de aquella. En términos más sencillos, autorizar un instrumento público sin firma del otorgante en Cuba, es imposible. Sin la huella digital, mucho menos, puesto que la ley ni siquiera la considera.



## 5.5 En España

La legislación española ofrece formas muy particulares, en cuanto a considerar el tema, ya que mientras la Ley del Notariado, ofrece una forma muy rígida al considerar el tema, el reglamento de la organización y régimen del notariado, que también regula formalidades de otorgamiento se muestra más flexible. A esto es preciso señalar, que mientras la ley, cuenta ya con más de un siglo de haber sido promulgada (28 de mayo de 1,862); el reglamento fue decretado hace cincuenta y cuatro años (2 de junio de 1,944); ofreciéndonos una complejidad un poco superior a las legislaciones analizadas hasta el presente punto.

Así considerada la Ley del Notariado, en su título III, del protocolo y copias del mismo que constituyen instrumento público, al considerar la importancia de la firma en el instrumento, regula en los Artículos 17 y 27 respectivamente: "El notario redactará escrituras matrices, expedirá copias y formará protocolos. Es escritura matriz la original que el notario ha de redactar sobre el contrato o acto sometido a su autorización, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales, o de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo notario... "Serán nulos los instrumentos públicos: ...3. Aquellos en que el notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes, o no supla esta diligencia en la forma establecida en el Artículo 23 de esta ley, o en los que no aparezcan las firmas de las partes y testigos cuando deban hacerlo, y la firma, rúbrica y signo del notario."

Como puede apreciarse, no existe ni siquiera mención alguna de testigos rogados,

como para poder suponer que en caso necesario pudiera utilizarse su presencia para signar el instrumento público ante la imposibilidad del otorgante.

Encima de ello, en el último Artículo transcrito, se puede apreciar que las firmas requeridas para la validez del instrumento, son precisamente las de las partes y como tales en materia notarial únicamente pueden reputarse los otorgantes, ya que para los testigos existe expresamente la previsión correspondiente en el mismo Artículo.

Cabe preguntarse ahora, ¿el legislador omitió a propósito prever el otorgamiento de instrumentos públicos, por aquellos que no supieran o no pudieran firmar? Si la respuesta a esa cuestión fuera afirmativa, ¿en ciento treinta años, no ha surgido necesidad para enmendarla en ese sentido? Cualquier notario español nos respondería: si, pero eso lo regula el reglamento.

Entonces es necesario revisar el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, que establece en el Artículo 180: "En la autorización de las escrituras públicas no será necesaria la intervención de testigos instrumentales, salvo que la reclamen el notario autorizante o cualquiera de las partes, o cuando alguno de los otorgantes no sepa o no pueda leer ni escribir... Son testigos instrumentales los que presencien el acto de la lectura, consentimiento, firma y autorización de una escritura pública..."

De igual manera, de nada sirve si el otorgante de todos modos no puede firmar, los testigos únicamente presencian el otorgamiento del instrumento público sin ninguna participación.

Pero ocurre que sin denominarlos testigos rogados, pueden no ser siquiera testigos según el texto, el Artículo 195 del mismo reglamento, indica: "Se firmarán las escrituras matrices con arreglo al párrafo segundo del Artículo 17 de la ley, y con la presencia del número de testigos que señala para actos inter-vivos el Artículo 20 de la misma, en los casos en que conforme al Artículo 180 sea necesaria su intervención, y salvo que por leyes especiales se exija otro número; pero si los otorgantes o alguno de ellos no supiese o no pudiese firmar, lo expresará así el notario y firmará por el que no lo haga, la persona que él designe para ello o un testigo, sin necesidad de que escriba en la antefirma que lo hace por sí y como testigo, o por el otorgante y otorgantes que no sepan o no puedan verificarlo, siendo el notario quien cuidará de expresar estos conceptos en el mismo instrumento."

Traducido a otros términos, puede firmar cualquier persona designada por el otorgante que no precisamente debe figurar en el instrumento como testigo rogado, y aquel no necesita dejar impresa huella dactilar alguna. Notemos que en este caso, el otorgante es la persona que presta su consentimiento y quien firma por su designación, lo hace como tal.

Pero aún hay más. El Artículo 196, indica: "Los que suscriban un instrumento público, en cualquier concepto, lo harán firmando en la forma que habitualmente empleen. El notario, a continuación de las firmas de otorgantes y testigos, autorizará la escritura y en general los instrumentos públicos, signando, firmando y rubricando..."

Dicho en términos por demás claros e indubitables, de conformidad con el

Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado de España, si es posible autorizar instrumentos públicos sin la firma o impresión digital del otorgante, pero conforme a la ley del notariado, no.

Ahora surge la real duda, ¿cuál de ambos cuerpos normativos prevalece?, ¿La ley, en virtud de la jerarquía de las normas? o ¿el reglamento por la fecha de su promulgación?

### **5.6 En el Derecho sajón**

Para los efectos realmente sencillos y lógicos del presente punto, basta decir que en la práctica notarial sajona, ni siquiera existe el instrumento público como producto de la misma, razón por la cual tampoco puede analizarse a la luz de ninguna legislación en particular. En este sistema, llamado también de evolución frustrada, el notario es simplemente un fedatario, puesto que su actividad se limita a dar fe de la firma o firmas de los documentos que previamente elaborados se le presentan.

## CAPÍTULO VI



### 6 Propuestas para suplir formalidades esenciales

Ya por propia naturaleza, el título del presente punto resulta bastante sugestivo, especialmente si se toma en consideración el hecho de que si tal requisito (la firma o huella digital, en su caso), considerado por nuestra ley como esencial, faltara en un instrumento público, no existiría siquiera la posibilidad de darle a dicho documento el adjetivo de instrumento público.

Esto es cierto al amparo de la legislación notarial guatemalteca, especialmente si se tiene presente que la única fuente del Derecho Notarial es la ley, de conformidad con la doctrina regularmente aceptada. Sin embargo, es también preciso tener en cuenta que las necesidades reales de la sociedad exigen en múltiples ocasiones encontrar salidas a casos concretos que la misma legislación en su desarrollo no ha alcanzado aún y es en esas oportunidades en las que el profesional de la materia debe hacer alarde de su espíritu creador. Para ello es preciso recordar que la ley, se va formando justamente de las necesidades, que la fuente real del derecho, entendida ésta como el conjunto de factores y elementos que determinan su contenido, le pueda ir presentando en épocas y espacios sociales y convencionalmente determinados.

Se retoma tiempo y espacio y a la fecha del presente trabajo, no se ha encontrado la posibilidad de concebir la idea de un instrumento público carente de firma o impresión digital, la necesidad de existencia del mismo es imperante, siempre con las debidas

reservas y garantías que tiendan a evitar su abuso, y puedan implementarse. Claro está que esta necesidad se refiere únicamente a casos muy especiales, como el hipotético comentado en el capítulo II, numeral 2.3 del presente informe. No es posible que la capacidad de ejercicio, se vea limitada y ligada a un simple acto de impresión.

Tomando en cuenta la necesidad anteriormente comentada, me atrevo a plantear cinco posibles soluciones que detenidamente se investigaron, siendo estas: anexar acta notarial al testimonio, adicionar una cláusula especial y transcripción fiel de la certificación médica al instrumento público, valerse de testigos específicos, por declaración judicial, dejando la impresión digital de los ortejos, (dedos de los pies) tratando de que sean la solución certera, a la laguna detectada en nuestra legislación, y así poder contar con una salida más, para los interesados que a ruego buscan los oficios del notario, pues su deseo es otorgar en instrumento público y que por los motivos expuestos en el capítulo II, de la presente tesis, no puedan realizarlo sin tener la validez jurídica. La idea es realizarlo aún sin poder plasmar su firma o su impresión digital, ya que ello no altera en ningún sentido su capacidad de obrar en materia patrimonial.

### **6.1 Anexando acta notarial al testimonio**

Si se toma en cuenta, que el acta notarial tiene plena validez y conlleva la fe pública que el notario le imprime, aún y cuando no sea firmada por el solicitante de los servicios notariales, siempre que llene todos los requisitos legales que le son aplicables, existiría la posibilidad de faccionar y aún autorizar un instrumento público sin firma ni huella digital del otorgante. Claro está que dicho instrumento, en su propio cuerpo

debiera consignar las razones suficientes y necesarias para proceder de esta manera.



A tal instrumento público, le sería indispensable que se le consignara la hora de su faccionamiento, la que debe ser anterior al acta notarial, pero de la misma fecha, e indicar (en el mismo instrumento), que el testimonio que haya de emitirse del mismo, debe necesariamente comprender el acta notarial, sin que pueda ser posible extenderse más de un testimonio. Y, si por razones de fuerza mayor, el testimonio se extraviara o deteriorara, se pudiera reponer con copia del mismo, dictada por orden de juez competente.

Igualmente deberá considerarse como obligatorio, en este caso el hecho de consignar al margen de la escritura matriz, la razón de haber extendido el testimonio correspondiente, indicando en la misma: la fecha, el nombre completo y de ser posible la identificación por los medios legales de la persona a quien se le extienda y la fecha de remisión del testimonio especial correspondiente.

Si el contenido del instrumento autorizado en estas condiciones, fuera en contrato bilateral o multilateral; el acta notarial que deba anexarse, deberá contener las comparecencias de los otorgantes que si firmaron o imprimieron su huella digital en el mismo e igualmente en esta.

## **6.2 Cláusula especial y certificación médica**

Esta es una de las alternativas de solución con más aceptación, si se toma en

consideración que se plasmaría en el mismo instrumento público. En la cláusula especial deberá consignarse cuál es la facultad específica del otorgante y por qué razón se está incorporando al instrumento público dicha cláusula, haciendo mención en la misma, el impedimento físico que le aqueja al interesado, como se dijo anteriormente un problema de la falta de los miembros superiores (las manos), pudiendo reforzarse esta cláusula especial con una certificación extendida por un médico en funciones, por el peso que conlleva, ya que el Estado de cierta forma le ha conferido fe médica y se considera muy aceptable, puesto que si se desea comprobar, si una persona ha sufrido algún accidente y ha quedado sin los miembros superiores (las manos) o sufre de una enfermedad en las manos, por ejemplo; (artritis) es obvio que el diagnóstico aceptable sería el de un médico, siendo este un profesional en la materia de la medicina.

Se hace necesario considerar que si tal fuera la opción adoptada por la ley, el instrumento público objeto de la misma también debiera revestir formalidades exclusivas de aplicación.

Primero que nada, se hace necesaria la comparecencia del profesional de la medicina, en su caso del médico, para que haga constar de forma personal, que la certificación extendida pertenece al interesado en otorgar en instrumento público. Seguidamente, el notario procederá a transcribir fielmente en la escritura matriz la certificación extendida por el profesional en funciones, y en dicho instrumento público, en lugar de firmar el interesado o dejar impresa su huella digital lo hará por él, como testigo instrumental, el médico que extendió la certificación.



### 6.3 Valiéndose de testigos específicos

Indudablemente ésta, es una solución muy aceptada. Y al hablar de aceptación, no se refiere únicamente a notarios, sino también a cualquier interesado que se encuentre en la imposibilidad de signar el instrumento público, puesto que de este modo podría recomendar la firma del mismo a varias personas de su entera confianza, se realiza esta propuesta con el fin, de no dejar sin derecho a otorgar en instrumento público a los interesados, de cuyas capacidades mentales y volitivas gozan, y encontrándose en el libre ejercicio de sus derechos civiles, sería antijurídico y antitécnico que la misma ley que los protege, los limite a realizar contratos, en escritura pública, ya que los interesados se encuentran en el pleno goce de sus facultades mentales y volitivas.

Y la respuesta a esta laguna legislativa, la proporcionaron varios connotados y respetados notarios de la casa de estudios universitarios de la Universidad de San Carlos de Guatemala, de la Facultad de Derecho, quienes apoyando esta alternativa, dieron su visto bueno, ya que en materia notarial, no existe el fundamento legal, para poder suplir la firma o la impresión digital de los otorgantes, cuando los mismos se encuentran imposibilitados de dejar plasmada cualquiera de estas formalidades.

Cabe aclarar que desde ningún punto de vista constituiría dicho acto una gestión de negocios, ya que el instrumento respectivo forzosamente tendría que contar con la comparecencia del auxiliado (otorgante) y las referencias de los auxiliares (testigos), sin que se encontrara sujeto el negocio celebrado a ratificación alguna, así como que en el presente caso existiría un convenio previo de auxilio en el otorgamiento sin

trascendencia patrimonial, salvo el acuerdo privado que pudiera existir entre los involucrados.

Y para esto, lo aclara el Código de Notariado en sus Artículos 51 y 52. Los cuales textualmente indican: “El notario podrá asociarse de testigos instrumentales en los actos o contratos que autorice. Pero si se tratare de testamentos o donaciones por causa de muerte, está obligado a asociarse de los testigos que exige la ley”. Y el siguiente indica: “Los testigos deben ser civilmente capaces, idóneos y conocidos por el notario. Si el notario no los conociere con anterioridad, deberá cerciorarse de su identidad por los medios legales, (cédula de vecindad). Claramente pone de manifiesto que la ley, permite que un interesado en otorgar en instrumento público, pueda asociarse de dos testigos instrumentales, con el fin de retomar una actitud preventiva, tanto para el notario como para el interesado, así con esto se protegería al interesado, para que en el futuro, alguna persona que tenga interés manifiesto en el acto o contrato, no hiciera uso de su derecho impugnando dicho documento, manifestando que el otorgante por carecer de sus miembros superiores (las manos), no pudo hacer valer el otorgamiento en instrumento público para lo cual fue creado.

#### **6.4 Por declaración judicial**

Esta alternativa no puede pasar desapercibida, siendo esta una forma legal de solucionar el problema que se plantea en el presente trabajo, por la legitimidad que la misma representa, al emanar la competencia de un órgano del Estado, en este caso del Organismo Judicial, pues sería un juez el que dictaminara si es procedente o no el



negocio jurídico.

Tomando en cuenta que lo que se pretende es la validez de un contrato, (compraventa) y que más aceptable, que el fallo del aplicador de la ley, puesto que se haría con el consentimiento dictado en sentencia de un juez, en el momento que se requiera suplir la signación del instrumento público, aunque esto conlleve los respectivos medios de prueba, lógico resulta pensar que si él interesado pretende otorgar en instrumento público, que más seguridad jurídica habría, que la misma emanada por un aplicador de justicia.

Además de lo planteado, solicitar una declaración judicial para poder signar un documento en representación del legítimo afectado en su patrimonio, y darle audiencia a la Procuraduría General de la Nación, para que resulte un completo negocio jurídico con validez, revistiendo de fe pública, ya que el interesado en otorgar en instrumento público se encuentra en el pleno goce de sus facultades mentales y volitivas.

#### **6.5 Dejando la impresión digital de los dedos de los pies, (ortejos)**

Realizo este breve comentario, para dejar en claro lo del ortejo y luego retomar el asunto para lo que concierne. En cada pie también hay cinco dedos, llamados ortejos, pero a diferencia de los de la mano no tienen un nombre específico. Para referirse a ellos se hace por el número que ocupan, empezando a contar desde la parte de dentro del pie al que corresponden es decir, (desde el dedo gordo). Por ejemplo, el dedo gordo sería el

"primer dedo" o "primer orjejo" (también llamado orjejo mayor), el siguiente el "segundo dedo, o segundo orjejo ", y así sucesivamente.

Es por eso que sale a relucir de nuevo el Artículo 29, numeral 12, del Código de Notariado, el cual indica: "si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, podrá la impresión de su dedo pulgar derecho y en su defecto, otro que especificara 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. Nótese, en ningún momento menciona que a falta de los miembros superiores (las manos), el interesado podría dejar plasmada la impresión digital del dedo del pie, y é allí en donde cabe argumentar la posición de los notarios antes mencionados, porque haciendo alarde de su buen conocimiento, indicaron que la impresión digital del pie o de ambos pies, no esta regulado en la ley, y a su criterio, ni siquiera fue pensado por el legislador creador de la misma; puesto que si así hubiese sido, hubiera quedado plasmado en dicha ley. Es aquí en donde se hace mención de la propuesta realizada por mí persona, ya que si las circunstancias lo permiten, y llegara a analizarse profundamente, podría darse una reforma legal a los Artículos 29, numeral 12, y 31, numeral 6, del Decreto 314, del Congreso de la república, Código de Notariado. Haciendo constar en dicho cuerpo legal, que a falta de la impresión digital de los dedos de la mano, se podría utilizar la impresión digital de los dedos de los pies (orjejos), seguidamente de los demás requisitos generales comunes y esenciales, los cuales deben cumplirse obligatoriamente para que el negocio jurídico se perfeccione, y así quede plasmada la voluntad de las partes, las cuales se encuentran en el goce de sus facultades mentales y volitivas.



Al momento de realizar dicha reforma legal, es prudente efectuar la ampliación o modificación, en el mismo Código de Notariado, para salvaguardar la intención que se requiere del mismo. Y para ello, me baso en el presente Artículo.

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

Esto significa, que debe incorporarse al mismo cuerpo legal, no quedando dispersa, en un Decreto solitario, y como resultado confundir la unidad de contexto, indicada en dicho Artículo.





## **CONCLUSIONES:**

- 1. Existe legislación vigente que regula de manera amplia la forma y los requisitos que debe llevar un instrumento público, sin embargo, ésta legislación es limitativa porque reduce de manera drástica las posibilidades de poder suplir la firma o impresión digital de los contratantes en los instrumentos públicos, por otros medios, en el caso de personas que carecen de miembros superiores, (las manos).**
- 2. La legitimación del instrumento público, a través de la función de la firma de los otorgantes o su impresión digital, únicamente se encuentra regulada como un requisito esencial del instrumento público, no obstante la falta de dicho requisito en el instrumento público, por falta de los miembros superiores, deja una laguna legislativa, al no mencionar cuales son los otros medios posibles a utilizar.**
- 3. Existe imposibilidad del otorgamiento en instrumentos públicos, si una de las partes contratantes, no puede firmar o dejar su impresión digital, por un impedimento físico, como lo es la falta de los miembros superiores, (las manos).**
- 4. En la actualidad, el Código de Notariado de la Legislación guatemalteca, no regula forma alguna de poder suplir la impresión digital de los dedos de las manos por la impresión digital de los dedos de los pies, (ortejos). Por lo que crea una laguna legislativa al respecto de lo regulado.**





## **RECOMENDACIONES:**

1. El Congreso de la República de Guatemala, debe crear, otros medios alternativos con los cuales se pueda, sustituir la firma o impresión digital en los instrumentos públicos, y así poderle dar una solución al problema que tienen personas con impedimentos físicos, ya que por la falta de los miembros superiores (las manos), no pueden ser contratantes, y la finalidad es encontrar una salida a esa laguna legislativa.
2. La Universidad de San Carlos de Guatemala, debe tomar en cuenta que es relevante una reforma o ampliación al Código de Notariado, realizando un estudio a profundidad, indicando las formas que pueden suplir el requisito esencial, como lo es la firma o impresión digital de los contratantes, para que las personas que no tengan las extremidades superiores (las manos), puedan ser otorgantes en el instrumento público.
3. El tribunal Supremo Electoral, debe solicitar reformas al Código de Notariado, para aunar a los requisitos esenciales del mismo, formas de poder suplir la firma o impresión digital de los contratantes, para que con esto, las personas que sufran de impedimentos físicos, como lo son la falta de los miembros superiores, (las manos), puedan otorgar o ser contratantes en instrumentos públicos, por medio de testigos instrumentales, que firmarán y dejarán su impresión digital por el contratante.
4. El Congreso de la República de Guatemala, debe reformar o ampliar, el actual Código de Notariado, para que el interesado, que no pueda firmar o dejar su impresión digital en el instrumento público, debido a la pérdida de sus miembros superiores, ya sea por



enfermedad o por accidente, pueda sustituir dichas formalidades, con la impresión digital de los dedos de los pies, (ortejos), o por otra de las cuatro soluciones que se brindan en el presente trabajo de tesis.



**ANEXO**





**ANTEPROYECTO LEGISLATIVO PARA AMPLIAR UNA DE LAS FORMALIDADES  
ESENCIALES DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, EN EL CÓDIGO DE NOTARIADO**

**ORGANISMO LEGISLATIVO  
CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

**DECRETO NÚMERO 314**

**El Congreso de la República de Guatemala**

**CONSIDERANDO:**

**Que se hace necesaria la reforma de la actual Ley de Notariado, toda vez que contiene disposiciones que son una rémora para la libre y pronta contratación;**

**CONSIDERANDO:**

**Que es imperativo modernizar los preceptos de la referida ley, y unificar en un sólo cuerpo claro y congruente todas las disposiciones que se refieren a la actividad notarial;**

**POR TANTO:**

**En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala;**



**DECRETA:**

**La siguiente:**

**“REFORMA AL ARTÍCULO 29, NUMERAL 12 DEL DECRETO NÚMERO 314 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, CÓDIGO DE NOTARIADO”**

**ARTÍCULO 1.- Se reforma el Artículo 29, numeral 12, el cual queda así:**

**Artículo 29.-** Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del Notario, precedidas de las palabras: “Ante mí”. Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho u otro en su defecto, y a falta de estos, el del ortejo mayor u otro que especificara 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”.

**PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.**

**DADO EN EL PALACIO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA: EN LA CIUDAD DE GUATEMALA A LOS.....DÍAS, DEL MES DE.....DEL AÑO.....**



## BIBLIOGRAFÍA

CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. Ed. Porrúa, S.A. 3ª. ed.; México 1976.

CASTÁN TOBEÑAS, José. **Función notarial y elaboración notarial del derecho**. Instituto Ed. Reus, S.A. España 1949.

CENTENO BARILLAS, Julio César. **La persona jurídica**. Instituto de investigaciones jurídicas y sociales. Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala 1986.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Ed. Revista de Derecho Privado. España 1968.

LARROYO, Francisco. **Los principios de la ética social**. Ed. Porrúa, S.A. México 1946.

MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco. **Función notarial**, ediciones Jurídicas Europa-América. Argentina: (s.e.), 1961.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Ed. Mayté. 10ª. ed.; Guatemala 1991.

MUÑOZ, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial**. Ed. Mayté. 10ª. ed.; Guatemala 1955.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Ed. Pirámide, S.A. España 1976.

RUSSELL, Bertrand. **Autoridad e individuo**. Ed. Gráfica Panamericana. México 1949.

### **Legislación:**

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

**Código Civil**. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.

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

**Código de Notariado**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 314, 1947.

**Ley del Organismo Judicial**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 2-89, 1989.



**Ley de Notariado.** Decreto No. 162 del Congreso Nacional de Honduras.

**Ley del Notariado para el Distrito.** Decreto del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1980.

**Ley de las Notarias Estatales.** Ley No. 50 de la Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba.

**Ley del Notariado.** Ley del 28 de mayo de 1862 de España.