

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

LA FE PÚBLICA NOTARIAL Y EL DELITO DE FALSEDAD MATERIAL

NORA SOFÍA GARCÍA PÉREZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2013

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

LA FE PÚBLICA NOTARIAL Y EL DELITO DE FALSEDAD MATERIAL

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

NORA SOFÍA GARCÍA PÉREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre de 2013

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Héctor Aníbal de León Velasco
Vocal:	Lic.	Epifanio Monterroso Paniagua
Secretario	Licda.	Waleska Romelia García

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Emilio Gutiérrez Cambranes
Vocal:	Licda.	Telma Annabella González Alonzo
Secretario:	Licda.	Carmen Patricia Muñoz

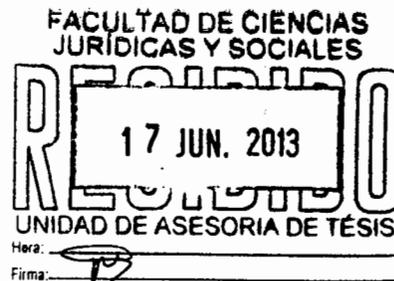
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



Lic. Carlos Humberto Morales Pérez
Abogado y Notario
8va. Avenida 4-05, Zona 19 Col. La Florida.
Tel. 57192925
Colegiada No. 11,086

Guatemala, 17 de junio de 2013.

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



Doctor Bonerge Amilcar Mejía Orellana:

En atención a la resolución de fecha **once de abril de dos mil trece**, emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en la cual fui nombrado asesor de tesis de la **Br. NORA SOFÍA GARCÍA PÉREZ**, sobre el tema titulado **“LA FE PÚBLICA NOTARIAL Y EL DELITO DE FALSEDAD MATERIAL”**, en virtud de lo cual rindo a usted el dictamen siguiente:

Los métodos de investigación: científico, deductivo-inductivo e histórico, fueron utilizados adecuadamente durante la elaboración de la tesis en mención. Así como las técnicas de investigación entre ellas la técnica bibliográfica, técnica jurídicas, técnica de campo y técnica documental. En la elaboración del trabajo de tesis la redacción del informe final fue adecuada y acorde al contenido de la investigación.

Las conclusiones y recomendaciones que se desprenden de la investigación son coincidentes, ya que para su elaboración fueron tomados en consideración los aspectos fundamentales de cada capítulo desarrollado en el trabajo de investigación y la bibliografía que apoyó el análisis técnico es pertinente.

El contenido científico y técnico de la tesis representa un aporte significativo en virtud de que la investigación referida estableció un análisis relacionado con la problemática, ha desarrollado aspectos propios del Derecho Notarial y el Derecho Penal y a propuesto la forma en que se puede alcanzar una legislación idónea que llene vacíos legales existentes y que favorezcan al fortalecimiento del Instrumento Público.



En virtud de lo anteriormente expuesto, el trabajo de investigación descrito reúne los requisitos de forma y de fondo que se establecen en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. En consecuencia rindo **DICTAMEN FAVORABLE** por lo que la misma puede continuar con el trámite para su revisión y aprobación.

Sin otro particular me suscribo de usted con muestras de consideración y respeto.

*Licenciado
Carlos Humberto Morales Pérez
Abogado y Notario*

Lic. Carlos Humberto Morales Pérez
Colegiado No. 11,086



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio 5-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 05 de julio de 2013.

Atentamente, pase al LICENCIADO JORGE AUGUSTO FUENTES ANTONIO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante NORA SOFÍA GARCÍA PÉREZ, intitulado: "LA FE PÚBLICA NOTARIAL Y EL DELITO DE FALSEDAD MATERIAL".

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


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

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
GUATEMALA, C. A.

cc.Unidad de Tesis
CMCM/iyf.

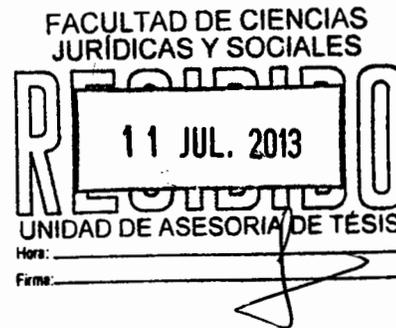
Lic. Jorge Augusto Fuentes Antonio

Abogado y Notario
Colegiado 3,646
8° Calle 4-63 zona 1, Mixco, Guatemala.
Tels. 24344856 47401034



Guatemala, 11 de Julio de 2013

Doctor
BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA.
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Ciudad de Guatemala.



Señor Jefe de la Unidad de Tesis:

En cumplimiento a la resolución dictada por la Jefatura a su cargo, por medio de la cual se me designó como Revisor de Tesis de la bachiller **NORA SOFÍA GARCÍA PÉREZ**, en la realización del trabajo de investigación intitulado "**LA FE PÚBLICA NOTARIAL Y EL DELITO DE FALSEDAD MATERIAL**", respetuosamente me permito informar a usted lo siguiente:

1. La redacción es idónea para la exposición y sustento de cada uno de los argumentos legales que fundamentan el trabajo de investigación, realizada en forma detallada y minuciosa a las contradicciones normativas oportunamente detectadas. En cuanto al aporte científico del tema desarrollado, contiene argumentos de consistencia para una razonable y adecuada solución a ésta especial temática.
2. El contenido científico y técnico de la tesis, se concluye que se fundamenta en la ciencia que constituye una edificación teórica, tomando como punto de referencia la ley, denominando aspectos conceptuales básicos, se estableció que la investigación la realizó de manera puntual y específica. En la metodología se pudo observar que utilizó adecuadamente los métodos inductivo, deductivo, analítico, sintético y científico, juntamente con las técnicas de investigación como la bibliográfica, de fichero, observaciones, consultas e información electrónica con el fin de recabar opinión respecto al tema.
3. De la lectura del contenido del trabajo de tesis elaborado, se infiere la importancia que reviste el análisis del desenvolvimiento del Notario en el ejercicio de su profesión, lo fundamental de la fe pública notarial y lo sensible que resulta esta institución del Derecho Notarial ante la comisión del delito de Falsedad Material.

Lic. Jorge Augusto Fuentes Antonio

Abogado y Notario

Colegiado 3,646

8° Calle 4-63 zona 1, Mixco, Guatemala.

Tels. 24344856 47401034



4. Las conclusiones y recomendaciones formuladas son producto de un amplio estudio sobre la trascendencia de la fe pública Notarial y la comisión del delito de Falsedad Material, así como las circunstancias en que se comete este ilícito en el desenvolvimiento mercantil y del negocio jurídico en general, en todo el proceso económico y de desarrollo comercial de la sociedad. Están redactadas en forma clara y sencilla, en consecuencia con el trabajo investigado.
5. En virtud de haberse cumplido con las disposiciones establecidas en el Artículo 32 del normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General público, emito **DICTAMEN FAVORABLE** a la investigación realizada, por ajustarse a los requisitos exigidos para la elaboración de una tesis de graduación, considerando que puede ser sometida al examen público respectivo.

Sin otro particular, me suscribo de usted, atentamente.

**Licenciado Jorge Augusto Fuentes Antonio,
Abogado y Notario
Colegiado 3,646.**



Jorge Augusto Fuentes Antonio
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 27 de agosto de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante NORA SOFÍA GARCÍA PÉREZ, titulado LA FE PÚBLICA NOTARIAL Y EL DELITO DE FALSEDAD MATERIAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyr.


 Lic. Avidón Ortiz Drellana
DECANO



Rosario 
SECRETARIA
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 GUATEMALA, C. A.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por tus infinitas bendiciones, por ser mi guía, mi fortaleza y mi luz.
- A MARÍA SANTÍSIMA:** Por tu manto protector, tu intercesión y tu amor.
- A MIS PADRES:** Joel García García y Nora Pérez de la Cerda. Por su incansable esfuerzo, paciencia, dedicación, enseñanzas y amor que me han inculcado durante la vida. Una victoria académica dedicada a ustedes.
- A MI HERMANA:** Olga Quetzalí García Pérez, por ser más que una hermana mi amiga incondicional.
- A MI SOBRINO:** Julio Daniel Valdés García, porque eres una muestra de las bendiciones de Dios en la vida de nuestra familia.
- A MIS AMIGOS:** Ingrid, Armando, Gabriela, Ángela, Luis Pedro, Jorge Eduardo, Marcel, Selvin, Mario, José, Brenda, Cristófer, Javier, Josúe, Alejandra y a todas mis amigas Asuncionistas en especial a María de los Ángeles, Nancy Mayorga y Ana Lucía Escoto, por su apoyo incondicional.
- A LOS LICENCIADOS:** Avidán Ortiz, Nery Muñoz, Monica Teleguario y Emilio Gutiérrez Cambranes, por su apoyo, su consejo e interés en mi superación integral.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** Por ser fuente invaluable conocimientos



**A LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS
Y SOCIALES:**

Por abrirme las puertas del saber jurídico, por poner en mi vida personas de alta estima y formación integral recibida.

A USTED:

Que dedica su tiempo a la lectura de este documento.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. La fe pública	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Definición.....	2
1.3. Caracteres básicos de la fe pública.....	3
1.3.1. Exactitud.....	3
1.3.2. Integridad.....	3
1.4. Clases de fe pública.....	4
1.4.1. Fe pública judicial.....	4
1.4.2. Fe pública administrativa.....	5
1.4.3. Fe pública registral.....	7
1.4.4. Fe pública legislativa.....	8
1.4.5. Fe pública notarial.....	9

CAPÍTULO II

2. El instrumento público.....	15
2.1. Antecedentes.....	15
2.2. Definición.....	16
2.3. Clases de instrumentos públicos.....	18
2.3.1. Principales.....	18
2.3.2. Secundarios.....	18
2.4. Fines del instrumento público.....	19
2.5. Formalidades del instrumento público.....	20
2.6. Requisitos del instrumento público.....	25



CAPÍTULO III

Pág.

3.El negocio jurídico.....	27
3.1.Antecedentes.....	27
3.1.1.Hecho jurídico.....	28
3.1.2.Acto jurídico.....	29
3.2.Definición.....	29
3.2.1.Negocio jurídico.....	29
3.2.2.Contrato.....	31
3.3.Elementos del negocio jurídico.....	35
3.3.1.Esenciales.....	35
3.3.2.Naturales	40
3.3.3.Accidentales.....	40
3.4.Efectos del negocio jurídico.....	41
3.4.1.Efectos entre las partes	42
3.4.2.Efectos con relación a terceros.....	42
3.5.Interpretación del negocio jurídico.....	43
3.5.1.Criterios doctrinarios.....	43
3.5.2.Criterio del Código Civil, Decreto Ley 106.....	44
3.6.Ineficacia del negocio jurídico.....	46
3.6.1.Nulidad.....	46
3.6.2.Rescisión.....	48
3.6.3.La resolución	50
3.7.Clasificación de los negocios jurídicos.....	51
3.7.1.Unilaterales y bilaterales.....	51



	Pág.
3.7.2. Personales y patrimoniales.....	51
3.7.3. De disposición y de obligación.....	52
3.7.4. De atribución patrimonial y no atributivos.....	52
3.7.5. A título oneroso y a título gratuito.....	52
3.7.6. Inter vivos y mortis causa.....	53
3.7.7. Solemnes y no solemnes.....	53
3.7.8. Causales y abstractos.....	53

CAPÍTULO IV

4. Responsabilidad penal del notario.....	55
4.1. Antecedentes.....	55
4.2. Responsabilidad penal del notario.....	56
4.3. Delitos en el ejercicio de la función notarial.....	59

CAPÍTULO V

5. La falsedad material.....	71
5.1. Antecedentes.....	71
5.2. Definición.....	72
5.2.1. La falsedad.....	72
5.2.2. Falsedad material.....	73
5.2.3. Visibilidad o no de la falsedad.....	73
5.2.4. Relación de la forma y el contenido con la genuidad y la veracidad documentales.....	74
5.3. Regulación en el Código Penal guatemalteco.....	75



Pág.

5.3.1.Elementos del delito.....	76
5.4.Sujeto activo del delito.....	78
5.5.Sujeto pasivo del delito.....	79
5.6.Bien jurídico tutelado.....	79
5.7.El delito de falsedad en los instrumentos públicos.....	80
5.8.El proceso penal por el delito de falsedad material.....	83
5.8.1.Proceso penal por el delito de falsedad material.....	86
5.8.2.La pena en el delito de falsedad material.....	88
5.9.La fe pública notarial y el delito de falsedad material.....	90
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97



INTRODUCCIÓN

En el devenir histórico de la sociedad se experimenta una evolución constante. En concordancia con el avance social en todo los ámbitos de la convivencia humana, se hace necesario la promulgación de nuevas leyes, nuevos cuerpos normativos que deben responder al progreso, avance y desarrollo de las instituciones sociales. Esto con el afán que prevalezca en los individuos y en las sociedades la convivencia armoniosa y en paz y que el desarrollo sea siempre en beneficio de los pueblos en sus procesos sociales, humanos y de desarrollo técnico y científico. A la par del desarrollo humano, van surgiendo nuevas instituciones de derecho por la necesidad de regular las relaciones sociales de convivencia. Ante esto, es de vital importancia que las instituciones del derecho sean constantemente revisadas, actualizadas y mejoradas, a efecto no pierdan su efectividad, su función originaria y sigan siendo el soporte legal y contractual en concordancia con la evolución, el desarrollo y el progreso de la Sociedad y sus relaciones de comercio y de convivencia armoniosa.

Es donde surge la necesidad inmediata de la creación de nuevas instituciones de derecho y la revisión constante de las existentes, con el ánimo de establecer si responden efectivamente a las exigencias sociales, si están acorde con el avance tecnológico y científico o si es necesario incorporarles nuevas figuras, nuevos enfoques o nuevas alternativas que hagan la vida en sociedad más práctica, más expedita pero también más humana.

Se estableció la hipótesis en el presente trabajo que el negocio jurídico al decretarse nulo por resolución judicial de órgano competente, es necesario que el mismo órgano jurisdiccional decrete la falsedad material en el instrumento público y ordene su persecución penal.

Y como objetivo de este trabajo de tesis, el cual mediante la investigación se pudo establecer que la fe pública notarial, siendo esta una de las instituciones más antiguas de derecho, es vulnerable y como consecuencia de dicha vulnerabilidad se comete el



delito de falsedad material. La fe pública notarial se ha mal utilizado, ocasionando serios perjuicios a la sociedad en cuanto a la certeza del negocio jurídico, a la confiabilidad de las compraventas y en detrimento del prestigio, la ética, el decoro, el profesionalismo y rectitud del notario en el ejercicio de su profesión.

El presente trabajo de investigación está estructurado en cinco capítulos: en el capítulo primero se trata sobre la institución de la fe pública, en el segundo de el instrumento público, el capítulo tercero el negocio jurídico, el cuarto sobre la responsabilidad penal del notario y en el capítulo quinto se hace un análisis de la falsedad material.

Las técnicas utilizadas fueron de interpretación de las normas jurídicas siendo la exégesis y la hermenéutica jurídica y la metodología empleada en el proceso de la investigación es el método científico y analítico, integrando los conocimientos lógicos de las instituciones de derecho para obtener conclusiones y recomendaciones en el análisis jurídico. La tesis está elaborada con el fin que los estudiantes y profesionales del derecho encuentren la importancia de la vulnerabilidad de la fe pública notarial al autorizar un negocio jurídico, para así no cometer el delito de falsedad material.



CAPÍTULO I

1. La fe pública

1.1. Antecedentes

La fe pública notarial es tan antigua como el instrumento público y el notario propiamente. Es una facultad exclusiva del notario que desde sus inicios estuvo indisolublemente ligado a él y por lo consiguiente al documento que este elaboraba y con su firma autorizaba. De tal suerte entonces, que la fe pública surge en el uso profesional con el surgimiento del fedante, del notario. La sociedad, por medio de su representación, sea esta el Estado o como se le llamara en cada época al ente que regulaba las relaciones en sociedad, le confería fe pública al notario o a quien elaboraba un escrito o un documento relativo a negociaciones, historias o relaciones de comercio entre las personas. Si un documento, escrito o relato lo escribía esa persona que el ente regulador de las relaciones de sociedad reconocía, se le daba carácter de verdadero, cierto, original, autentico, con plena validez y certeza absoluta en cuanto a lo que este escrito contenía. Entonces se decía que ese escrito o documento estaba investido con la fe pública.

La fe, consiste en creer en algo desde la superficie, sin tener conocimiento racional, es decir, no hay un proceso de discernimiento, de noción de reglas o motivos que producen un fenómeno. Un acto de fe es la afirmación de tener conocimiento de algo que va a suceder o ha sucedido, sin que para ello haya una razón que sea demostrable o comprobable con métodos reales, es decir, no existe un conocimiento



racional. La fe, por lo tanto, es opuesta a la razón, a la ciencia y sus métodos y a la búsqueda consciente de la verdad mediante el uso de la razón.

1.2. Definición

Para definir a la fe pública notarial es necesario tener conocimiento de lo que es la fe pública como ese concepto genérico y abstracto que impulsa al hombre a buscar la verdad de los fenómenos sociales o de los acontecimientos y circunstancias fenomenológicos en su diario vivir, ante esto la fe pública notarial es definida como "La autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para acreditar fehacientemente que los documentos que autorizan en debida forma son auténticos, salvo prueba en contrario, unas veces en cuanto a la veracidad de su contenido, y otras respecto a las manifestaciones hechas ante dichos fedatarios"¹

También puede ser definida la fe pública como "La función específica de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo"²

¹ Ossorio. Manuel, *Diccionario de ciencias políticas y sociales*, Pág. 429

² Gimenez Armau, Enrique, *Introducción al derecho notarial*, Pág. 23

1.3. Caracteres básicos de la fe pública

1.3.1. Exactitud

La fe pública supone exactitud, es decir que lo narrado por el fedatario resulte fiel al hecho por él presenciado.

La exactitud de la fe pública señala la relación verdadera existente entre el instrumento y la realidad, debido a que el primero recoge hechos y sucesos reales y veraces. Hace referencia a la igualdad entre lo dicho y lo actuado e instrumentado, así como asevera su cualidad de exacta fidelidad y adecuación de lo descrito, a lo acaecido. En este aspecto, la fe pública es la garantía de veracidad entre lo sucedido y lo narrado, o entre el hecho y lo relatado (que luego es recogido en un instrumento). La exactitud, a pesar de su integridad puede dividirse esquemáticamente en:

- **Exactitud natural:** Esta referida a la descripción total de uno o más hechos o actos enmarcados en determinados límites de tiempo y unidad de actos.
- **Exactitud funcional:** Se circunscribe a lo que le interesa a la legislación sobre un tema o asunto específico.

1.3.2. Integridad

La fe pública supone integridad, es decir que lo narrado bajo fe pública se ubique en un tiempo y lugar determinado y se preserve en el tiempo sin alteración en su contenido.



Es la cualidad que garantiza la permanencia de lo documentado en un estado de completitud. Es la exactitud proyectada hacia el futuro. La integridad hace a la completitud e inmutabilidad. Como carácter de la fe pública, garantiza su permanencia indemne e irresoluta. Por tanto, los hechos auténticos propios del oficial público o pasado en su presencia, son inmutables y subsisten completos. Tampoco extinguen ni se alteran por el paso del tiempo.

1.4. Clases de fe pública

1.4.1. Fe pública judicial

Es la fe pública que dispensan los funcionarios de justicia, especialmente los secretarios de juzgados, quienes dan fe de las resoluciones, autos y sentencias de los jueces o tribunales en los cuales actúan, refrendándolos con su firma.

Regulada en la Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas, en el Artículo 172 el cual preceptúa que: "Copia Certificada. Se comprende bajo la denominación de copia certificada o certificación la que se extiende a mano, a máquina o utilizando cualquier medio de reproducción mecánica, electrónica u otro similar, y cuya autenticidad certifique los secretarios de los tribunales. En las copias certificadas o certificaciones se consignará el valor del papel empleado o de los timbres fiscales y de los honorarios que causen." En el referido artículo expresamente le da la facultad al secretario de los tribunales de dar autenticidad a las certificaciones que se extiendan. Así mismo está regulada en el



Artículo 173 del mismo cuerpo legal en el cual indica que: “Copia Secretarial. Si el secretario del tribunal fuere notario, podrá dar fe plena de las actuaciones judiciales de que conozca el tribunal al cual sirve, sin precisar la intervención de ningún otro funcionario, bajo su responsabilidad dejando razón en los autos.” En el texto de ambos artículos citados, es evidente que al secretario de los juzgados el legislador le confiere ese poder, el mismo estado a través de la ley le delega esa potestad de dar certeza, confiabilidad, integridad y exactitud a todos los documentos que extiende el secretario en el ejercicio de su función judicial en todas las actuaciones que como tal está llamado a desempeñar. Es decir en este caso, sobre los asuntos meramente judiciales y que se ventilen en los juicios que conoce como auxiliar de quien imparte justicia.

Esta fe pública judicial conlleva una fuerza probatoria privilegiada, derivada de la actuación del secretario judicial, o quien lo sustituya legalmente (en ausencia del secretario, la ley establece que deben firmar dos testigos de asistencia, regularmente lo hacen trabajadores del juzgado de donde es titular el secretario ausente). Este fedatario en virtud de la función que le ha atribuido el estado garantiza la realización del acto y el cumplimiento de las formas que la ley impone para su realización.

1.4.2. Fe pública administrativa

“Es la que tiene por objeto dar notoriedad y valor de autenticidad a los actos realizados por el estado o por las personas de derecho público dotadas de soberanía, de autonomía o de jurisdicción. Esta fe pública administrativa se ejerce a través de documentos expedidos por las propias autoridades que ejercen la gestión administrativa



en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones de la administración.”³

La fe pública administrativa es manifiesta en todas las dependencias del estado y demás en todos los entes y órganos que la administración pública ya que los funcionarios públicos que ejercen jurisdicción y se desempeñan actos propios del que hacer del gobierno y de todo el engranaje gubernamental, cada documento expedido para emitir una orden, una disposición, un mandato, una recomendación o cualquier otra disposición de gobierno, ésta lleva implícita notoriedad, autenticidad, certeza, veracidad, porque tiene su origen y es emitida por una autoridad administrativa sea esta de carácter electoral o nominal, es decir emanada de un funcionario que ha sido electo popularmente o de un jefe que ha sido nombrado por una autoridad nominadora. En fin, esta fe pública es la que le da certeza y confiabilidad a todo el desenvolverse de la administración pública y a todo el desarrollo gubernamental de una nación.

Está conferida a los secretarios, quienes son los facultados para autenticar ciertos actos que se consideran relevantes de la vida social y que la administración pública les confiere ese carácter.

Lo esencial de esta fe pública administrativa como una facultad conferida a los secretarios, consiste en:

- a) Autenticar, es decir autorizar o legalizar con la presencia del fedatario actos y acuerdos ajustados a un rito o formulismo legalmente previsto;

³ Ibid, Pág. 41

- b) Formalizar, es decir la actividad creadora, redactándose unos documentos que por autorizarlos el fedatario que los ha redactado adquieren el carácter de públicos y auténticos.

- c) Certificar, la certificación es el documento que bajo la fe y palabra de la persona que la autoriza con su firma, se hace constar un hecho, acto o cualidad, a fin de que pueda surtir los correspondientes efectos jurídicos. Es una función de la fe pública derivativa, en cuanto se acredita un hecho ya producido o el contenido de otro documento ya preexistente.

Todos los actos de la administración pública para su validez en juicio u otra circunstancia, se requiere que sean certificados, es decir al secretario se le confiere esa facultad, ese privilegio de dar certeza, confiabilidad, seguridad y autenticidad a los actos de la administración pública.

1.4.3. Fe pública registral

Es la fe pública que poseen los registradores, para certificar la inscripción de un acto que consta en un registro público, el cual tiene autenticidad y fuerza probatoria desde que fue inscrito, por ello extienden certificaciones de las inscripciones dotadas de fe pública.

En el Artículo 1179 del Código Civil, Decreto Ley número 106 del Congreso de la República de Guatemala preceptúa que: "La liberación o gravamen de los bienes



inmuebles o derechos reales sobre los mismos, sólo podrán acreditarse por la certificación del registro en que se haga constar el estado de dichos bienes”. Así mismo el Artículo 1183 del mismo cuerpo legal regula que: “Las certificaciones se extenderán por medio de fotocopias, fotostáticas, transcripción mecánica o por cualquier medio de reproducción físico informático, magnético o electrónico y llevarán la firma y sello del registrador que la extiende y sello del Registro,... Las certificaciones pueden ser sustituidas por copias fotográficas legalizadas por el registrador”. En dichos artículos se manifiesta la fe pública registral dotándole al registrador dicha atribución sin la cual no es posible acreditar como la misma ley lo indica la liberación o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos. Esta facultad regulada, es para todos los registradores, es decir para todas aquellas dependencias del estado que su función es mantener un registro, inscripción o control de los ciudadanos, sus actos y negocios, así como personas jurídicas y todos aquellos sujetos de derecho que deben estar en un registro y control estatal. Esta fe pública es únicamente para el funcionario que dirige estas dependencias, es decir para el registrador, como tal, únicamente.

1.4.4. Fe pública legislativa

Es la que posee el Organismo Legislativo y por medio de la cual creamos en las disposiciones emanadas del mismo, las cuales pasan a ser leyes de la República. Esta es de tipo corporativo, ya que la tiene el Congreso de la República de Guatemala como órgano y no sus representantes en lo individual.



1.4.5. Fe pública notarial

La fe pública notarial es la autoridad otorgada por el estado en el ejercicio legítimo del Ius Puniendi, a todo profesional de las ciencias jurídicas y sociales y que ostenten el título de Notario, egresado de las distintas Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales o Derecho de las Universidades del país, para dar seguridad, certeza y confiabilidad a los actos, contratos, distintos negocios jurídicos y demás actuaciones legales en donde el notario interviene y autoriza con su firma y sello.

El Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República de Guatemala no define ni da un concepto de lo que es la fe pública notarial, sin embargo su fundamento legal se encuentra plasmado en el Artículo uno de dicho Decreto el cual establece: “El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.”

Doctrinariamente la fe pública es definida como: “una facultad del estado otorgada por la Ley al Notario y esta es pública porque proviene del estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad.”⁴

Según González Palomino, “la fe pública notarial consiste en la certeza y eficacia que da el poder público a los actos y contratos privados por medio de la autenticación de los notarios.”⁵

⁴ Pérez Fernández del Castillo. Bernardo. *Derecho notarial*, Pág. 125

⁵ González, Carlos Emérito. *Derecho notarial*, Pág. 209

"Es la potestad de asegurar la verdad de hechos y de acontecimientos o actos jurídicos que constan a quien la ejerce y que, en virtud de sus aseveraciones, serán tenidos por auténticos, ciertos y validos mientras no se demuestre judicialmente su falsedad."⁶

La fe pública notarial tiene como características las siguientes:

- Única porque solo el notario la posee.
- Personal porque no necesita de ninguna otra persona para ejercitarla.
- Indivisible porque no puede dividirla o fraccionarla.
- Autónoma en el ejercicio de las funciones y responsable conforme la ley, porque en su aplicación el Notario no depende de superior jerárquico.
- Imparcial porque no debe inclinarla a favor de ninguna de las partes.

No delegable, porque no la puede compartir con ninguna otra persona, ni mucho menos delegar en otro su función

Por la fe pública notarial el documento, contrato o escrito que el notario tiene a la vista y con su firma y sello autoriza, recibe el distintivo de instrumento legal y se convierte en público y de reconocimiento y cumplimiento obligatorio para quienes intervienen en el mismo o por la suscripción de este se ven afectados o compelidos a cumplirlo. Por aparte, en el ámbito puramente judicial, un documento autenticado por Notario hace plena prueba en juicio, puesto que está investido de certeza, de confiabilidad, de legitimidad.

⁶ Pelosi. Carlos. El documento notarial. Pág. 98



A partir de la firma del notario y de estampar su sello, se le confiere al documento certeza jurídica y la confiabilidad total, es decir carente de duda su suscripción y por lo tanto legítimo. En tal virtud el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley ciento siete, del Congreso de la República, en su Artículo 186 preceptúa que “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.”

-Principios de la fe pública notarial

- **Evidencia**

Este principio implica que el Notario debe describir el documento, lo que percibe a través de sus sentidos, para imprimirlos con la fuerza pública. Es decir debe plasmar lo que es evidente e inmediato, lo que se le impone a través de la objetivación de la realidad.

El principio de evidencia fundamental entre los elementos de la fe pública notarial, ya que se asegura el soporte auténtico que exhibe el instrumento público.



- **Inmediatez**

Este es un principio que se expresa en las distintas etapas de la función notarial. La intermediación obliga a que el notario tenga un contacto directo con los requirentes del servicio notarial, así con la matriz, a fin de asegurar un buen cumplimiento de su función pública. Implica que el escribano ha recibido por si mismo las manifestaciones de las partes para luego poder interpretar cual es su voluntad e instrumentarla jurídicamente. Solo podrá dar verdadera fe si ha estado presente en el acto, con lo que la intermediación es de cumplimiento obligatorio.

- **Coetaneidad**

Este elemento de la fe pública notarial implica que los hechos percibidos y su instrumentación pública deben ser hechos en un intervalo contemporáneo. Más precisamente, los sucesos receptados deben ser coetáneos con el acto de la documentación. Esto garantiza transparencia y fidelidad tanto documental cuanto temporalmente.

- **Objetividad**

La objetividad como elemento de la fe notarial comprende, además la posición de que debe de tener el escribano respecto a las partes y el acto. El notario debe ser plenamente ajeno para que su obrar no pueda estar teñido de subjetivismos, no debiendo tener comprometido ningún interés personal en la actuación.



- **Formalización**

La fe pública notarial no se encuentra fuera de los documentos notariales. Sin el elemento de la formalización a través de la debida instrumentación, carecer de todo valor o significación. Este principio permite volcar la voluntad de las partes, o los hechos o actos jurídicos, en un instrumento público. La formalización logra imprimir en un documento el negocio jurídico, que de este modo queda plasmado en el presente y para todo el tiempo futuro en el que sea necesario probar su existencia. Este elemento de la fe pública notarial implica que el escribano tiene el derecho y el deber de formalizar los instrumentos públicos dotándolos de autenticidad fedante.

- **Solemnidad**

Este principio tipifica la fe pública notarial en cuanto implica el cumplimiento de la forma legal solemne impuesta por el Código de fondo, a determinados actos, con el fin de que los mismos gocen de fe pública, sean oponibles erga omnes y tenidos por todos como ciertos y verdaderos, hasta la argución de falsedad triunfante. Presupone entonces la obligación del notario de ajustarse fielmente a los presupuestos solemnes prescritos por la ley, en todos los actos y contratos que las partes deseen efectuar ante él. "La fe pública notarial gracias a este tipo de principio, siente asegurado sus presupuestos y su naturaleza, ya que los escribanos deberán, en cumplimiento de sus deberes, ajustar la voluntad de las partes al derecho, y a sus formas legales y solemnes." ⁷

⁷ Sierz. Susana Violeta, **Derecho notarial concordado**, Págs. 304 a la 308



-La vulnerabilidad de la fe pública notarial

El ejercicio de un derecho, ostentar una calidad o una categoría, ejercer la representación de una entidad, de una institución o del estado mismo, está expuesto y sujeto a que este ejercicio, calidad o representación que se ejercite sea mal utilizado, mancillado, alterado o afectado en cualquiera de sus manifestaciones. La fe pública notarial, es decir, ese ejercicio de autoridad y de derecho que el estado otorga a los notarios para dar fe, certeza, confiabilidad, autenticidad a determinados actos de la vida pública, puede ser objeto de mal uso, mancillarla o abusar de ella, creyendo o pretendiendo dar certeza jurídica, dar confiabilidad, legitimación a un acto público o a un negocio jurídico, resultando de ese mal uso o abuso, un perjuicio de orden legal, que repercute a la vez en perjuicio económico y en afectación directa a la institucionalidad del estado y a la confiabilidad en los negocios, en el trato comercial, mercantil y económico en general de la sociedad. La fe pública notarial es la autoridad legítima que el estado concede a los notarios para dar autenticidad, certeza, credibilidad y confiabilidad a los documentos expedidos, autorizados y firmados por ellos. Es decir únicamente por los notarios. Ninguna otra persona, funcionario público, empleado de la administración o ningún particular puede arrogarse esa calidad de notario, puesto que es un grado académico conferido por las facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades; en esa virtud, la fe pública notarial, además de ser una delegación de autoridad del estado, es un privilegio al conferirle al notario esa investidura, esa autoridad, esa calidad de fe datario, que lo hace digno de toda credibilidad y de confiabilidad.

CAPÍTULO II

2. El Instrumento Público

2.1. Antecedentes

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

Esta distinción entre los instrumentos se conoce desde la antigüedad en el Derecho Romano y en el Canónico era instrumento todo aquello con lo cual se podía integrar una causa. En este último Derecho se hablaba además de instrumento en sentido estricto, que se refería a cualquier escritura y en especial a la escritura pública, que tenía fe por sí misma.”⁸

En sentido jurídico instrumento es todo lo que sirve para instruir una causa, o lo que conduce a la averiguación de la verdad. Según la acepción académica, instrumento proviene del instrumentum, que significa escritura, papel o documento con que se justifica o prueba una cosa. Sin embargo, en opinión de Falguera, “la palabra

⁸ Avila Álvarez, Pedro. *Estudios de derecho notarial*, Pág. 81

instrumento dimana de las latinas instruens y mentem, porque instruye al entendimiento, por eso se llama instrumento a cierta escritura que prueba cualquier negocio realizado. Atento al sostenido de Escriche la voz instrumento deriva del verbo latino instruere, que significa instruir, de ahí que instrumento se aplique a todo escrito que instruye o informa sobre lo que ha pasado. En el sentido propio y riguroso no se entiende por instrumento sino el escrito en que se perpetúa la memoria de un hecho, el papel o documento con que se justifica o prueba alguna cosa, la descripción, memoria o nota de lo que uno ha dispuesto o ejecutado o de lo que ha sido convenido entre dos o más personas.

Etimológicamente, instrumento y documento son términos similares, pues documento, que es palabra que deriva del latín documentatum, y esta, a su vez, de docere, que equivale a enseñar, importa el escrito donde se hace constar alguna cosa.”⁹

2.2. Definición

Se denomina instrumento público a todo documento autorizado por notario a requerimiento de parte interesada, en el cual se hacen constar declaraciones que tienen validez entre los particulares y ante terceros, el cual por la intervención del notario se tienen como ciertos y sirven de prueba en juicio y fuera de él.

⁹ Ibid, Pág. 5

Enrique Giménez-Arnau define al instrumento público como “el documento público, autorizado por notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos.”¹⁰

Carlos Emérito González, menciona la definición de Fernández Casado: “Es el documento notarial autorizado a instancia de parte, en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho

Para Gonzálo Casas: Es el escritor auténtico en que se consigna y perpetúa un título o un hecho

Torres Aguilar: Son los documentos autorizados por notario en que constan las relaciones jurídicas de los partícipes, para que sirvan de leyes entre los mismos o se refieren a los hechos relacionados con el derecho.”¹¹

La ley les denomina instrumentos públicos a todos aquellos documentos autorizados por notario en el ejercicio de su profesión y cuyo contenido confiere derechos y obligaciones en igualdad de condiciones a los signatarios, es decir, por medio de un instrumento público dos o más personas contraen obligaciones y derechos, ejercen libremente sus derechos de contratación o suscripción de negocios entre ellos y es el mecanismo por excelencia en el trato comercial y mercantil en todas las sociedades.

¹⁰ Giménez Arnau, Enrique. *Ob. cit.*, Pág. 403

¹¹ Avila Alvarez, Pedro. *Ob. cit.*, Pág. 305

2.3. Clases de instrumentos públicos

En Guatemala, el instrumento público por excelencia es la escritura pública, que se redacta en el protocolo, por estar así regulado en el Decreto 314 que contiene el Código de Notariado específicamente en el Artículo 29, sin embargo no podemos dejar sin mencionar el acta de protocolización, que también se redacta en el protocolo; así como la razón de legalización de firmas, que por ley debe hacerse en el protocolo notarial.

2.3.1. Principales

Son todos aquellos que de conformidad con la ley deben ir redactados en papel especial de protocolo o insertados dentro del mismo registro notarial que cada notario debe llevar de todos los instrumentos notariales que redacta y autoriza cada año, esto es como condición esencial de validez, entre esos están la escritura pública, el acta de protocolización y la razón de legalización.

2.3.2. Secundarios

Son los instrumentos públicos que van fuera del protocolo, entre esos se encuentran las actas notariales, actas de legalización de firmas o auténticas y actas de legalización de copias de documentos. Así como testimonios, avisos y certificaciones.

2.4. Fines del instrumento público

Norberto Falbo se expresa: “Tradicionalmente se ha contemplado el instrumento público únicamente en su aspecto meramente adjetivo, es decir, como forma y como prueba”.¹²

Por su parte Carlos Emérito González, indica entre sus fines los siguientes:

- “La prueba preconstituida,
- Dar forma legal,
- Dar eficacia al negocio jurídico.

Y cita a Fernández Casado, que afirmó que dos son los fines principales que llena el Instrumento Público:

- Perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad
- Servir de prueba en juicio y fuera de él.”¹³

Uno de los fines del instrumento público es el la prueba pre-constituida ya que esta es preparada con anterioridad al momento de crear el instrumento público y si ocurriere algún pleito en el futuro se presenta el instrumento creado para hacer valer nuestros derechos; el otro fin es el del valor jurídico del instrumento público este valor toma en el caso de que el instrumento no adolezca de nulidad ni falsedad, dicho instrumento tiene valor formal cuando se refiere a su forma externa o el cumplimiento de todas las

¹² Salas, Oscar A. *Derecho notarial de Centroamérica y Panamá*. Pág. 227

¹³ González, Carlos Emérito, *Derecho notarial*. Pág. 313



valor formal cuando se refiere a su forma externa o el cumplimiento de todas las formalidades esenciales y no esenciales que el Código de Notariado regula; y valor probatorio en cuanto al negocio que contiene internamente el instrumento. Ambos deben complementarse.

2.5. Formalidades del instrumento público

Todos los instrumentos públicos para que surtan efectos legales y sean reconocidos en el intercambio comercial y para su celebración, otorgamiento y para su cumplimiento, deben llenar ciertos requisitos y formalismos, siendo estos definidos como “conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato”¹⁴. Los cuales deben estar regulados plenamente en la ley.

Doctrinariamente las formalidades han sido clasificadas en *ad solemnitatem* y *ad probationem*. Los formalismos *ad solemnitatem* son aquellos que son necesarios para la existencia del mismo. A esta formalidad suele llamársele *ad substantiam*, porque esta forma en los actos jurídicos es substancia, de tal manera que no existen si no se sujetan a la forma ordenanda”. Así mismo Miguel Gual Vidal indica que: “El legislador al prescribir la forma *ad solemnitatem* la prescribe con carácter obligatorio: como un elemento esencial del negocio, de tal suerte que no nacen, no se crean derechos y obligaciones entre las partes, si la forma ha sido observada”. Por otro lado, los formalismos *ad probationem* son las formalidades que no son necesarias ni para la

¹⁴ Fernández, del Castillo. *Derecho notarial*, Pág. 68



existencia ni para la validez del acto jurídico, sino sólo para probarlo eficazmente. El acto es válido aunque los formalismos legales no hayan sido observados.

En atención al tipo de contrato o negocio que se celebre en un instrumento público, así la ley regula los requisitos. No obstante existen requisitos comunes y de observancia obligatoria para todos los negocios jurídicos celebrados mediante un instrumento público, regulados en el Artículo 29 del Decreto Número 314 del Congreso de la República, Código de Notariado:

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,



describiéndoles e indicando lugar, fecha y funcionario o notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio, para el acto o contrato.

6. La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignore el idioma español, el cual de ser posible, deberá ser traductor jurado. Si el intérprete no supiere o no pudiere firmar, lo hará por él, un testigo.
7. La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato.
8. La Fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que corresponda, según la naturaleza del acto o contrato.
9. La transcripción de las actuaciones ordenadas por la ley o que a juicio del notario, sean pertinentes, cuando el acto o contrato haya sido precedido de autorización u orden judicial o preceda de diligencias judiciales o administrativas.
10. La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación.
11. La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos.



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

En el inciso cuatro, antes mencionado, con la entrada en vigencia del Decreto 90-2005 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Registro Nacional de las Personas que establece y crea para identificar a las personas el documento personal de identificación, es mediante tal documento que se deben identificar a los otorgantes, de tal suerte que el inciso cuatro del Artículo 29 del Código de Notariado tendrá que ser reformado en cualquier momento que los legisladores así lo acuerden. Por otro lado, es el único documento personal válido legalmente para identificar a las personas y el pasaporte es un documento legalmente válido para identificar a los extranjeros que se encuentren temporalmente viviendo en el país o que estén de paso y en determinado momento sean otorgantes de cualquier instrumento público o comparecientes a celebrar cualquier negocio jurídico o documento ante notario.

Las formalidades esenciales son todos aquellos requisitos, formas y disposiciones legales de observancia obligatoria, que los contratos celebrados y contenidos en documentos públicos deben contener y observarse a la hora de su elaboración y de la



autorización. Estas formalidades esenciales son las que le dan esa investidura legal de solemnes a determinados contratos y los hacen dignos de un cumplimiento estricto y una legitimidad real que trasciende lo meramente objetivo para convertirse en un compromiso, una obligación solemne y hasta un sacrificio moral y humano su estricto cumplimiento. Estas formalidades son de observancia obligatoria y general, están regulados en el Artículo 31 del Decreto Número 314 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Notariado:

1. “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.”

2.6. Requisitos del instrumento público

Efectivamente el Decreto Número 314 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Notariado, en los Artículos 29 y 31, regula plenamente las formalidades y solemnidades que deben observarse en la redacción, elaboración y autorización de un instrumento público. Estas condiciones y circunstancias necesarias, son preceptos legales y por lo tanto de observancia obligatoria y general; y, la misma ley regula lo relativo al incumplimiento de estas formalidades y del derecho que le asiste a la persona que resulte perjudicada por la no observancia de las formalidades y requisitos mencionados. Por otro lado, existen instrumentos notariales que contienen negocios jurídicos especiales, manifestación de voluntad especiales y propios del giro comercial y de la convivencia social y de familia, tales como la escritura constitutiva de una sociedad mercantil, de cualquier giro comercial que ésta se desee constituir, el instrumento público de constitución de una institución civil de derecho público, como una asociación civil no lucrativa, una organización no gubernamental, un comité de vecinos y otras. Para la constitución y creación de estas personas jurídicas, los Artículos del 46 al 50 del Código de Notariado, establecen plenamente estos requisitos y formalidades que deben observarse y no obstante, la ley específica que regula a estas personas jurídicas, contempla otros requisitos y formalidades que también son de carácter general y obligatorio. Por otro lado, los Artículos 42 y 43 también del Código de Notariado, regulan los requisitos y formalidades especiales de observancia general y obligatoria para los testamentos y la donación por causa de muerte, es decir, esta clase de instrumentos públicos se consideran especiales puesto que en ellos no se plasma una expresión de voluntad de dos o más personas, sino, es una expresión de última

voluntad, es una decisión personalísima y que debe surtir efectos después del fallecimiento de quien manifiesta y expresa su voluntad última, su deseo final. Estas formalidades son importantes y se enumeran de la manera siguiente:

1. Debe consignarse en el instrumento la hora y el sitio donde se otorga el testamento.
2. La nacionalidad del testador.
3. La presencia de dos testigos que reúnan las calidades que exige el Código de Notariado.
4. El notario debe dar fe de la capacidad mental y volitiva del testador a su juicio.
5. El testador debe expresar por sí mismo su voluntad.
6. Que el testamento se lea clara y distintamente por el testador o la persona que el elija y al fin de cada cláusula se debe averiguar viendo y oyendo al testador si lo contenido en ella es la expresión fiel de su voluntad.
7. Si el testador no habla el idioma español deben intervenir dos intérpretes elegidos por el mismo para que le traduzcan sus disposiciones de última voluntad.
8. Que todos deben firmar el instrumento en el mismo acto, testador, testigos, intérpretes en su caso y notario.
9. Si el testador no sabe o no puede firmar debe dejar impresa la huella digital y firmar un testigo más, con las mismas calidades que los instrumentales.

Estos mismos requisitos y formalidades deben observarse para la elaboración, redacción y autorización de un instrumento público de donación por causa de muerte.

CAPÍTULO III

3. El negocio jurídico

3.1. Antecedentes

El negocio jurídico tiene una definición amplísima, que supera el campo de lo patrimonial. Es el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o disolver entre sí un vínculo jurídico. La sociedad entera se basa en el contrato y este constituye la figura central para explicar o construir todo género de instituciones jurídicas. Desde la creación del mismo Estado, justificada por el contrato social o la imposición de la pena aceptada de antemano por quien había de cumplirla, hasta la organización del mundo internacional, regulado por tratados de esencia contractual. Desde el matrimonio basado en el consentimiento de los contrayentes hasta los derechos reales, el contrato lo era todo. Aunque la tendencia actual es de reducir el concepto del contrato a negocio de contenido patrimonial, es decir al derecho de tráfico. Es de gran trascendencia para la vida social y económica, hasta tal punto que la contratación y el progreso siguen en la historia una curva ascendente paralela, llegándose a afirmar que: “La sociedad moderna se distingue principalmente de las que le precedieron por el gran puesto que en ella ha obtenido el contrato”. Los hombres para la satisfacción de sus necesidades, tanto del orden primario como de matiz accesorio, entran en relaciones entre sí, dando vida a multiplicidad de acuerdos o convenciones que constituyen el entrecruce de toda intensa y variada actividad; representan el exponente de la solidaridad humana, sin la cual no pueden aquellos vivir en el trato con sus semejantes.

Estas convenciones descubren la gama extraordinaria del contenido sobre el cual puede versar el trato con los demás, relaciones patrimoniales, de amistad, de favor, de complacencia, de diversión. Desde el momento que entramos en estas relaciones con un interés jurídico, entonces el derecho se hace cargo y verifica todo un deslinde de este conglomerado convencional. Estamos entrando en el terreno del contrato que tienen de momento, aquel basamento inicial, es decir la convención y un polo especial de referencia como lo es el objeto con interés jurídico. El contrato es la base y justificación de un ordenamiento jurídico ya que el derecho vale en cuanto procede de un contrato. El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra o de otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio. Esto último se sustenta en la tesis obligacional pura y que reduce el contrato al acuerdo de constitución de un vínculo obligatorio. Modernamente el contrato es pues, un medio de satisfacción económica que, como todas las instituciones fundamentales, quedan articuladas en la sociedad para el bien común.

3.1.1. Hecho jurídico

Es todo suceso que se le atribuye la virtud de producir por sí o en unión de otros, un efecto jurídico, es decir la adquisición, la pérdida o la modificación de un derecho. Es el acontecimiento del hombre o natural que se caracteriza porque produce un efecto de derecho que no ha sido querido. Es un evento que se constituye por una acción u omisión involuntaria o por una circunstancia de la naturaleza que crea, modifica o extingue derechos.

3.1.2. Acto jurídico

Es la manifestación de voluntad, hecho o acción de lo acorde con la voluntad humana que tiene por objeto crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. El acto de voluntad se ejecuta con la intención de realizar consecuencias de derecho. Para la producción de efectos jurídicos el derecho toma en cuenta la conciencia que regularmente lo acompaña y la voluntad que, normalmente lo determina. La conceptualización que del acto se tenga repercute de inmediato en toda la concepción de las instituciones jurídicas e incluso en la perspectiva jurídico-política que se tenga.

El derecho valora un hecho como categoría de acto, si se ha llevado a cabo por el hombre de modo consiente y queriendo sus consecuencias prácticas. Y por función de esa conciencia y voluntad del resultado, el derecho le atribuye o niega los efectos jurídicos correlativos con aquella intención consiente; luego, los efectos jurídicos están determinados por la valoración que haga el derecho de esa intervención humana y no por la circunstancia de producirse la intervención misma, sin colorido alguno que la matice.

3.2. Definición

3.2.1. Negocio jurídico

El negocio jurídico, tal y como lo define Federico de Castro: "Es la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado,



que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos.”¹⁵

Se define también el negocio jurídico como un “Acto jurídico de declaración de voluntad que tiende a la consecución de un fin práctico, efecto que se produce precisamente como consecuencia de la expresión de voluntad y en virtud de la tutela que le brinda el ordenamiento jurídico.”¹⁶

Dos o más personas en una manifestación de voluntades llegan a acuerdos y a poner en común sus intereses, puesto que inicialmente sus posturas resultan en yuxtaposición. Una de ellas pretende obtener un bien, un servicio, una prestación o extinguir una obligación que con antelación han contraído, pero se da una yuxtaposición puesto que, no siempre la voluntad de una persona está en completa sintonía con la del otro; y, al llegar a un verdadero acuerdo de voluntades encuadrando estas a un formalismo de derecho, creado con anterioridad por una autoridad del estado, se da esa manifestación voluntaria de crear derechos y asumir obligaciones que genera satisfacción y bienestar para los contratantes. Es decir, una persona que obtiene beneficios, réditos por la prestación de un servicio o la enajenación de un bien y otra que obtiene una satisfacción por la adquisición de ese servicio o la utilización o explotación de un bien que ha adquirido o un derecho o uso que ha logrado. Ambas partes a la vez, adquieren obligaciones recíprocas y estas circunstancias de beneficios, derechos, réditos, satisfacciones, bienes y obligaciones, son las manifestaciones de

¹⁵ De Castro, Federico, *El negocio jurídico*, Pág. 34

¹⁶ Aguilar Guerra, Vladimir, *El negocio jurídico*, Pág. 22

voluntad intangible que quedan en el ámbito de la manifestación inmaterial del individuo. Esta manifestación de voluntades, para quedar plasmada en un instrumento real y tangible, se vale del derecho y de la creación por el órgano gubernamental del estado de todo un soporte legal, de un mecanismo formal que crea o define los derechos y las obligaciones plasmadas en una ley que revisten carácter obligatorio para los contratantes, es decir para todos aquellos que deciden traducir su manifestación de voluntad en un contrato, en un convenio o en un acuerdo real de derechos y obligaciones.

3.2.2. Contrato

“La palabra contrato viene del latín Contractus, que a su vez viene del latín Contrahere que quiere decir reunión, logro, acción de concretar. El contrato es una norma individualizada porque es un acuerdo de voluntades que sólo le rige a las partes.”¹⁷

Capitant lo define como el: “Acuerdo de voluntades, entre dos o más personas, con objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones; y también documento escrito destinado a probar su convención. Los contratos han de ser celebrados entre las personas capaces no han de referirse a cuestiones prohibidas, contrarias a la moral o a las buenas costumbres. Los contratos lícitos obligan a las partes contratantes en iguales términos que la ley.”¹⁸

¹⁷ Roca Méndez Vicente, *Derecho de obligaciones de los contratos en particular*, Pág. 17

¹⁸ Osorio, Manuel Ob. cit. Pág. 167

Por su parte Guillermo Cabanellas, lo define como “El acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.¹⁹”

Según el Código Civil guatemalteco en el Artículo 1517: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.” siendo pues la obligación, ese vínculo de derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa.

Es el negocio jurídico por el que una o más partes crea, modifican o extinguen una relación jurídica patrimonial. El derecho romano reconoció en el contrato un concurso de voluntades (consensus) que creaba un vínculo (iuris vinculo) si se actuaba de acuerdo con la formalidad prescrita en la ley. La importancia del contrato se fija en el pensamiento liberal individualista cuyo triunfo hizo posible una noción del contrato que se identifica con el simple convenio o mero concurso de voluntades, concurso que genera una fuerza maravillosa y que se erige absoluta en todos los órdenes, que está encima y más allá de la ley.

En el plano filosófico el ius naturalismo racionalista elevaría el contrato como la fuente u origen de la sociedad. Tal y como lo afirmaban Tomás Hobbes y Juan Jacobo Rosseau que en el estado de naturaleza de la sociedad como fase previa al estado, fue utilizado y hasta abusado el concepto de contrato para justificar y garantizar ciertas libertades individuales que la burguesía ascendente deseaba asegurar, como para justificar el

¹⁹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario derecho usual*. Tomo I, Pág. 498



monarca la sujeción contra aquellas libertades que se le reclamaban. En el Derecho político el contrato se manifiesta en la Constitución de los Estados, puesto que esta se constituye en el pacto político social de una sociedad. El contrato es la manifestación típica y única del negocio jurídico; sin embargo, este concepto ha sido superado, puesto que la idea de contrato como entrecruce de voluntades se modifica y orienta hacia su visión como yuxtaposición de intereses y voluntades concorde con una función económico-social. Los intereses de las partes ya no son opuestos, sino también vehículo de realización de un fin social superior. El contrato es instrumento para satisfacer intereses, pero conforme con un fin superior, es un instrumento creador de relaciones unitarias en que aquellos pueden también realizarse. Es concebido también como el instrumento para satisfacer intereses particulares de índole patrimonial, con una gran importancia vinculante y con fuerza jurídica que deriva de la ley.

-Principios de la contratación

- **Consensualismo:** "Para que un contrato se perfeccione sólo se necesita el consentimiento de los contratantes por medio de la oferta, que ofrece a su vez mayor interés jurídico, constituyendo el consentimiento inicial de uno de los contratantes, por otro lado la aceptación, que constituye una manifestación del consentimiento concorde como productor de efectos jurídicos, constituye el acto de aceptación, que consiste en admitir la proposición hecha o el encargo conferido. Tanto la aceptación como el consentimiento serán expresos o tácitos"²⁰

²⁰ Roca Menendez Vicente, Ob . cit. Pág. 17



- **Formalismo:** Para que un contrato se perfeccione no basta el consentimiento libremente manifestado, sino que hay casos en los cuales la ley establece o exige ciertas y determinadas formalidades para que el contrato exista, sin las cuales no sería perfecto.
- **Autonomía de la voluntad:** Los sujetos de una relación pueden diseñarla a su gusto, estableciendo los derechos y deberes que tengan por convenientes, su contenido, alcance y sentido, van encaminados a que se puedan alcanzar los objetivos propuestos, teniendo esta manifestación de voluntad límites, entre los cuales se encuentran: 1. La voluntad de las partes es libre respecto de todo aquello que la ley no le prohíba o le ordene, 2. En todo contrato operaran las cláusulas que se refiere a los requisitos esenciales, 3. Lo que no está expresamente prohibido estará permitido, 4. Las normas relativas al orden público y a las buenas costumbres son inderogables por voluntad de las partes, 5. Las consecuencias derivadas de la buena fe, el uso o la ley resultan aplicables en los contratos por encima de los que se hubiesen pactado.

El Código Civil Guatemalteco en el Artículo 1251 preceptúa: “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.” En esta norma se encuentra plasmado el principio de consensualismo. Por otro lado, en el Artículo 1574 del mismo cuerpo legal se encuentra el principio del formalismo, el cual regula: “Toda persona puede contratar y obligarse: 1° Por escritura pública; 2° Por documento privado o por acta levantada ante el Alcalde del lugar; 3° Por correspondencia; y 4° verbalmente.” Así



como el Artículo 1577 el cual preceptúa que: “Deberán constar en escritura pública los contratos calificados expresamente como solemnes, sin cuyo requisitos esencial no tendrán validez.” Como la misma normativa sustantiva civil establece, los contratos que se les denomina solemnes, son todos aquellos que para su celebración deben estar redactados en escritura pública, es decir constar en papel protocolo, como requisito esencial entre estos están: La compraventa de bien inmueble, el testamento, la constitución de sociedades, la donación, el arrendamiento, el mandato. Y por último, en el Artículo 1518 se encuentra plasmado el principio de autonomía de la voluntad, éste regula que: “Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.” Ambos contratantes con su consentimiento establecen los derechos y deberes que tengan por convenientes según el negocio jurídico que van a celebrar.

3.3. Elementos del negocio jurídico

3.3.1. Esenciales

Son aquellos sin los cuales el negocio no puede darse y están sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes.

- **Consentimiento:** Es el acuerdo entre dos o más voluntades acerca de la producción, transformación o extinción de derechos y obligaciones. Si un acto jurídico es unilateral su elemento esencial o de existencia será de carácter subjetivo y será la manifestación de dicha voluntad, ahora bien si en el acto jurídico participan

dos o más voluntades el consentimiento existe cuando ambas partes convienen en un mismo objeto y unas mismas condiciones.

- **Elementos:** a) dos o más declaraciones de voluntad, b) expresados en forma consciente y libre, c) que impliquen acuerdo pleno, d) sin vicios que lo invaliden, y e) que exista coincidencia entre la voluntad real y la voluntad declarada.
- **Oferta y aceptación:** Cabanellas afirma que: la oferta ofrece a su vez mayor interés jurídico constituye el consentimiento inicial de uno de los contratantes y la aceptación es la manifestación del consentimiento concorde como producto de efectos jurídicos, constituye el acto de aceptación que consiste en admitir la proposición hecha o el encargo conferido.
- **Vicios del consentimiento:** Si el consentimiento se ha dado pero está viciado, no anula el contrato, pero si es motivo para promover una acción de anulabilidad, que quiere decir que el negocio jurídico sí existe y que si surge a la vida jurídica, pero que da derecho al afectado por un error o vicio pedir una nulidad judicial. Esto queda plasmado en el Artículo 1257 que establece: “Es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia. La nulidad no puede pedirla o demandarla la parte que hubiere causado el vicio.”
- **Error:** consiste en el conocimiento equivocado de una cosa, bien por ser incompleto o por ser inexacto. Este puede dividirse en: error obstativo o impropio, es el error que recae en la declaración, que provoca una divergencia entre la voluntad y su

declaración, no implicando por consiguiente un vicio de la voluntad. Y el error propio, de nulidad o de vicio el cual es el error que recae sobre la voluntad, este es un falso conocimiento que influye en la determinación interna de la voluntad e induce al agente a querer una cosa que no hubiere querido de haber tenido un conocimiento exacto. El Artículo 1258 regula que: “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.”

- **Dolo:** Es sinónimo de mala fe, en sentido estricto es definido generalmente en la doctrina “como la maquinación o artificio de que se sirve uno de los contratantes para engañar al otro o lo que es lo mismo, todo fraude encaminado a arrancar a otro el consentimiento de un acto jurídico.”²¹ El dolo se divide en dolo causante, el cual determina la voluntad de tal forma que sin él, el negocio jurídico no se hubiere realizado y el dolo incidental el cual si el negocio jurídico se hubiere verificado, de todas formas, lo hubiera sido sin concurrencias en condiciones diversas y, en general menos onerosas. El Código Civil en el Artículo 1261 preceptúa que: “Dolo es toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes.”
- **Simulación:** El autor Ferrara citado por Puig Peña define a la simulación como: “la declaración de un contenido de voluntad real, emitida conscientemente y de entre

²¹ Roca Menendez Vicente, Op. Cit. Pág. 37.

las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”.²²

Entonces la simulación está dirigida para engañar a terceros estando concertada entre las partes. En el Artículo 1284 del Código Civil, Decreto Ley 106 se regula que: “La simulación tiene lugar: 1°. Cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, dándose la apariencia de otro de distinta naturaleza; 2°. Cuando las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas; y 3°. Cuando se constituye o transmiten derechos a personas interpuestas, para mantener desconocidas a las verdaderamente interesadas.” Así mismo, el Artículo 1285 del mismo cuerpo legal hace una clasificación entre la simulación absoluta, siendo ésta cuando la declaración de voluntad nada tiene de real y la simulación relativa la cual se refiere cuando a un negocio jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

- **Violencia:** Es la coacción física ejercida sobre un individuo para obligarle a realizar o no un negocio jurídico. El Artículo 1265 del citado Código, regula: “La violencia o intimidación debe ser de tal naturaleza que causen impresión profunda en el ánimo de una persona razonable y le inspiren el temor de exponer su persona o su honra o la de su cónyuge o conviviente de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos, a un mal grave o a la pérdida considerable de sus bienes.” La violencia a que se refiere puede ser física, psicológica, moral, patrimonial o bien económica.

²² Puig Peña, Federico. *Tratado de derecho civil español*. Tomo IV. Pág. 40



- **Capacidad para contratar:** El Código Civil Decreto Ley 106 regula la capacidad para contratar en el Artículo 1254 el cual preceptúa: “Toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquellas a quienes la ley declara específicamente incapaces.” Siendo capaz esa condición jurídica de una persona en virtud de la cual puede ejercitar sus derechos y contraer obligaciones, celebrar contratos y celebrar cualquier acto jurídico y según el Artículo 8 del mismo cuerpo legal, se regula: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad”. La capacidad de ejercicio es pues esa capacidad que el particular posee pudiendo hacer valer por sí mismo ejecutando y llevando a la práctica todos los derechos que le otorga, es poder de titularidad. Las personas legalmente incapaces no pueden declarar su voluntad en un negocio jurídico siendo éstas las personas que tienen carencia de aptitud legal para ejercer válidamente determinados derechos y obligaciones por sí mismos. Siendo incapaces según el Código Civil Decreto Ley ciento seis, los menores de edad y los mayores de edad declarados en estado de interdicción.
- **Objeto:** Es el elemento corpóreo, la sustancia, la cosa, lo material y por el otro, es la conducta que en un momento determinado se exige al obligado y esa conducta siempre será de un dar, un hacer o un no hacer. El objeto debe ser lícito, posible y determinado o por lo menos determinable. Los requisitos del objeto en el negocio jurídico son: a) Que sea posible; b) Que no sea contrario a la ley; c) Que no sea contrario a las buenas costumbres; y d) Que no sea contrario a la moral.

- **La Causa:** Es la justificación del acto por medio de una declaración de voluntad de las partes para constreñir su voluntad.

3.3.2. Naturales

Acompañan normalmente al contrato, siendo inherentes al negocio mismo, se sobreentienden o presuponen por la ley pero la autonomía de la voluntad puede excluirlos.

3.3.3. Accidentales

Sólo existen cuando las partes los agregan expresamente al acto para modificar sus propios efectos.

- **La condición:** Se refiere a aquel acontecimiento del cual se hace depender la eficacia o resolución de un negocio jurídico. Para que exista la condición es necesario que se trate de un acontecimiento futuro, que el acontecimiento sea incierto, que a ese acontecimiento se subordinen los efectos del negocio y que el acontecimiento no forme parte de los elementos típicos del negocio.
- **Clases de condiciones**
 - Atendiendo a sus efectos: a) **Suspensivas:** en esta clase de condición el acto jurídico no empieza a producir sus propios efectos hasta que se cumple la condición;

b) Resolutorias: los efectos del negocio jurídico desaparecen al cumplirse la condición.

- Atendiendo a la causa que produce el acontecimiento: a) Causales, si el hecho depende de fuerzas naturales de la voluntad de un tercero; b) Potestativas; si consiste en un hecho dependiente de la voluntad de uno de los dos sujetos del negocio; c) Mixta, si el hecho depende en parte de la voluntad de uno de los sujetos y en parte del concurso de circunstancias fortuitas o de la voluntad de un tercero.
- Atendiendo a la naturaleza del hecho: a) Positivas o afirmativas, ésta clase de condición implica una alteración del estado de las cosas; b) Negativas, no cambia el estado actual de las cosas.
- **Plazo:** Este es el acontecimiento futuro pero cierto, desde el cual comienza o hasta el cual dura la eficacia de un negocio jurídico.
- **Modo:** Declaración accesoria de voluntad por la cual se impone a quien se concede a título gratuito un derecho patrimonial, la obligación de realizar un hecho cualquiera.

3.4. Efectos del negocio jurídico

Los efectos del negocio jurídico se manifiestan con la materialización de la expresión de voluntad. Ambas partes, contratantes u otorgantes ven realizado un negocio jurídico cuando obtienen el bien, el servicio o la satisfacción de un derecho que han obtenido; y,

por otro lado, cuando se compelen al cumplimiento de la obligación, del compromiso, de la entrega, de otorgar o proporcionar el servicio a que se han comprometido. Es la concreción del negocio jurídico y donde se perfecciona el relacionamiento económico social del intercambio mercantil de una sociedad. Se ejercen los derechos y se cumplen las obligaciones.

3.4.1. Efectos entre las partes

En virtud de que el contrato es considerado ley particular, relativa, ésta únicamente afecta a las partes, las vincula a ambas con fuerza de ley, no pudiendo desligarse en forma unilateral, salvo casos especiales.

- **Obligatoriedad:** Es la obligación que nace del consentimiento, no puede existir más que entre las personas que han dado su consentimiento.
- **Relatividad:** Ésta consiste en que se establece una variante al principio de que, el contrato solo obliga a las partes, al regular el contrato a favor de terceros.

3.4.2. Efectos con relación a terceros

El que estipulare a favor de un tercero tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación. En la doctrina la teoría de la eficacia del contrato afirma que los efectos del mismo pueden ser de tres clases:



- **Generales:** Los efectos producidos por todo contrato sin distinción alguna.
- **Especiales:** Son los efectos propios de algunos contratos.
- **Especialísimos:** Son producidos por ciertos contratos excepcionalmente.

3.5. Interpretación del negocio jurídico

Interpretar significa: "Desentrañar el sentido de una expresión de voluntad. Los contratos como manifestación libre de la voluntad, debe interpretarse tomando en cuenta básicamente la intención de los contratantes al manifestarse y ello se hace para establecer el alcance preciso de la voluntad contenida en sus cláusulas."²³

3.5.1. Criterios doctrinarios

- Teoría de la voluntad real o interna: Esta teoría opta por proteger a los contratantes y respetar sus propósitos, debe de predominar la voluntad real o interna sobre los términos de la declaración y no debe de considerárseles por una voluntad declarada que no era el fiel reflejo de sus deseos.
- Teoría de la voluntad declarada: Esta teoría sostiene que en caso de divergencia entre la voluntad real y la que ha sido exteriorizada, es esta última la que debe de predominar, puesto que ha sido la única que ha podido ser conocida, ya que la voluntad interna está fuera del campo del derecho.

²³ Cabanellas, Guillermo. Ob. cit. Pág. 354

3.5.2. Criterio del Código Civil, Decreto Ley 106

El Código Civil guatemalteco en el libro cinco, capítulo sexto específicamente en los Artículos del 1593 al 1604 regula la forma de interpretación de los contratos, los cuales serán interpretados de conformidad con las consideraciones legales siguientes:

- Cuando los términos o conceptos son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención evidente de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.
- Si las palabras fueren diferentes o contrarias a la intención evidente de sus contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas.
- Por muy generales que sean los términos en que aparezca redactado un contrato, no deberán entenderse comprendidos en las causas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieren contratar.
- Las frases y palabras que puedan interpretarse en diversos sentidos, deben entenderse en aquel que sea más conforme con la materia del contrato.
- Si alguna cláusula permitiere, diversos o contrarios sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efectos, según la naturaleza del contrato.
- Cuando dos o más cláusulas se contradigan entre sí, de tal manera que sea imposible su coexistencia, prevalecerá la cláusula o las cláusulas que sean más conformes con la naturaleza del contrato y con la intención de las partes.

- Las cláusulas de los contratos se interpretaran las unas por las otras atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.
- Las cláusulas ambiguas se interpretarán con arreglo a lo que el uso y la costumbre determinan en el lugar en que el contrato se haya otorgado.
- Las cláusulas oscuras, ambiguas o contradictorias de un contrato insertas en modelos o formularios preparados de antemano por uno de los contratantes, se interpretarán a favor del otro contratante.
- Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá que se quiso restringir toda la obligación a este caso solamente, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.
- Si la duda no puede resolverse por los medios indicados debe decidirse a favor del obligado.
- Tratándose de una obligación debe de estarse, en caso de duda más por la negativa que por la afirmativa y viceversa, si se trata de una liberación.
- Cuando por los términos en los que está concebido un contrato no puede conocerse la intención o la voluntad de los contratantes sobre el objeto principal, la obligación carece de valor.

3.6. Ineficacia del negocio jurídico

Se dice que un negocio jurídico es ineficaz cuando carece totalmente de efectos. Sin embargo, en ocasiones produce determinados efectos o consecuencias. Se debe entender por ineficacia en sentido propio, la falta de producción de sus naturales consecuencias, aquellas que normalmente deberían haberse producido y que pueden ser razonablemente esperadas en virtud de la celebración del negocio. Puede ser una ineficacia automática o provocada según se produzca ipso iure, o por el contrario, opere cuando se ejercita el poder jurídico que el ordenamiento legal atribuye para el efecto a uno o varios sujetos. Cuando se trata de ineficacia automática la acción para que se declare la misma no está sometida a ningún plazo de ejercicio y da lugar a una sentencia declarativa. En cambio cuando la ineficacia es provocada la acción está sometida a un plazo de caducidad y la sentencia es constitutiva. Esta ineficacia puede traducirse en:

3.6.1. Nulidad

Es la ineficacia en un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma. Son nulos los negocios jurídicos otorgados por personas incapaces, sea que dicha incapacidad sea congénita o sea sobrevenida por una causa, pero en ambos casos, la interdicción tiene que ser declarada por un juez. También son nulos los contratos en los cuales el consentimiento no existe y cuando su objeto es contrario a la ley o contrario a las buenas costumbres.

La nulidad se entiende que es siempre de pleno derecho, porque no necesita ser reclamada por parte interesada.

- **Clases**

- **Nulidad absoluta, radical o ab-initio:** Es aquella que carece de todo valor jurídico, con excepción de las reparaciones y consecuencias que por ilícito o dañoso puede originar. La nulidad absoluta puede ser declarada por el juez y debe serlo, aún sin petición de parte, cuando aparezca manifiesta. Esta clase de nulidad está regulada en el Artículo 1301 del Código Civil Decreto Ley 106 el cual preceptúa: “Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Los negocios jurídicos que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto ni son revalidables por confirmación”.
- **Nulidad relativa (anulabilidad):** Es aquella que ha de ser alegada y probada por la persona que resulta afectada por los efectos que el negocio jurídico produce, a diferencia de la nulidad, los contratos anulables sí nacen a la vida jurídica, producen todos sus efectos en tanto la nulidad es declarada por un juez, son además revalidables y esa revalidación los contratantes pueden hacerla en forma tácita o implícita y en forma expresa. Según Puig Peña “La nulidad relativa es aquella situación especial en que se encuentra un negocio jurídico, por cuya virtud puede quedar destruido a consecuencia de una acción de impugnación cuando, no



obstante haber sido válidamente formado, adolece de un grave defecto constitutivo.”²⁴

- **Efectos de la nulidad**

- **Validez proporcional:** En tanto no haya quedado firme la sentencia que lo declara anulado produce sus efectos normales.
- **Es revalidable por confirmación:** Depende del legitimado demandar nulidad o consentirla expresa o tácitamente, en cuyo caso queda subsanada.

3.6.2. Rescisión

Es una de las formas de cómo un contrato válido pierde la eficacia jurídica de la cual está revestido, ya sea en forma voluntaria, por decisión unánime de los contratantes o en forma judicial que se produce por sentencia dictada por un juez competente con base a una demanda promovida por el contratante que resulte afectado por falta de cumplimiento de las cláusulas contractuales por la otra parte. El Código Civil Decreto Ley 106 en el Artículo 1579 regula: “Los contratos válidamente celebrados pendientes de cumplimiento, pueden rescindirse por mutuo consentimiento o por declaración judicial...”

²⁴ Puig Peña, Federico. Ob. cit. Pág. 56

- **Clases de rescisión**

- **Rescisión voluntaria o consensual:** Tiene lugar por mutuo acuerdo. Los contratos válidamente celebrados, pendientes de cumplimiento, pueden rescindirse por mutuo consentimiento.
- **Rescisión judicial:** Esta clase de rescisión precisa de un motivo específico previsto en la ley, de la substanciación en juicio sumario de la demanda promovida por el contratante que ha sufrido perjuicio económico o lesión patrimonial y de sentencia firme que declare disuelto el negocio o contrato por virtud de dicha acción rescisoria.

- **Efectos de la rescisión**

Al declarar la rescisión de un contrato vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse, en consecuencia las partes deberán restituirse lo que respectivamente hubieran recibido, los servicios prestados deberán justipreciarse ya sea para pagarlos o para devolver el valor de los no prestados.

En caso de haberse perjudicado a un tercero por la rescisión, se reputará subsistente la obligación sólo en lo que sea relativo a los derechos de la persona perjudicada.

3.6.3. La resolución

Es una forma de cómo un contrato válidamente celebrado pierde su eficacia. La resolución de un contrato se da por la llamada acción pauliana, que es: la acción que pueden ejercitar todos los acreedores cuyos créditos sean anteriores al negocio que se impugna y que consiste en pedir la resolución de todos aquellos negocios que el deudor hubiese hecho en perjuicio o fraude de sus derechos. La acción pauliana está regulada en el artículo 1290 del Código Civil Decreto Ley 106, el cual establece que: “Todo acreedor puede pedir la revocación de los negocios celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos. Sólo los acreedores cuyos créditos sean anteriores al negocio impugnado, pueden ejercitar la acción revocatoria.”

- **Elementos**

- La existencia de un contrato válido, sujeto a condición resolutoria.
- Que el contrato no se haya consumado.
- El resurgimiento de los efectos de la condición resolutoria, lo que da como consecuencia la extinción del negocio o contrato, de pleno derecho si la condición resolutoria hubiere sido pactada expresamente o mediante declaración judicial en el caso de la condición resolutoria tácita.

3.7. Clasificación de los negocios jurídicos

Los negocios jurídicos se clasifican atendiendo a la naturaleza de los vínculos que producen. Según que originen obligaciones para una sola de las partes o crean obligaciones recíprocas. Pueden clasificarse también atendiendo a su finalidad o según que crean un estado de derecho preliminar para la celebración de otros contratos o que cumplan por sí mismos un fin contractual propio. En fin, existe una diversidad de clasificaciones y los teóricos del derecho de obligaciones no definen una única clasificación de los mismos. Una de tantas clasificaciones se define así:

3.7.1. Unilaterales y bilaterales

Los negocios jurídicos unilaterales únicamente dependen de la declaración de una voluntad, en cambio los negocios jurídicos bilaterales resultan de dos declaraciones de voluntad provenientes de dos partes. En esta clasificación también se encuentran los negocios jurídicos plurilaterales estos se dan cuando existen dos declaraciones simultáneas de voluntad y de más de dos partes produciendo efectos para todos ellos.

3.7.2. Personales y patrimoniales

Los negocios jurídicos personales se refieren a relaciones jurídicas familiares, por otra parte los patrimoniales se refieren a relaciones jurídicas patrimoniales como su nombre lo indica.

3.7.3. De disposición y de obligación

El negocio jurídico de disposición es aquel mediante el cual una persona dispone de un modo directo e inmediato, de un derecho generalmente a favor de otro sujeto de cuyo patrimonio entra a formar parte. Los negocios jurídicos de obligación no producen una disminución actual e inmediata del patrimonio, sino simplemente se limita a prepararla mediante la constitución de una obligación.

3.7.4. De atribución patrimonial y no atributivos

Los negocios jurídicos de atribución patrimonial son aquellos por lo que una persona enriquece el patrimonio de otra, mediante el ingreso en el mismo de un nuevo derecho o mediante la supresión de un gravamen pasare sobre aquella. Y los negocios jurídicos no atributivos son los que no hacen ingresar derecho alguno en el patrimonio de otro.

3.7.5. A título oneroso y a título gratuito

Los negocios jurídicos de atribución patrimonial son onerosos o gratuitos según que ésta se realice con o sin sacrificio por el adquirente, es decir que vaya o no acompañada de una contraprestación a cambio.

3.7.6. Inter vivos y mortis causa

Los negocios jurídicos inter vivos son todos aquellos negocios jurídicos que se concluyan con vistas a la muerte. A diferencia de los negocios jurídicos mortis causa que estos tienen como función regular para después de la muerte del sujeto, relaciones o situaciones que se originan por tal muerte, regula el destino del patrimonio del sujeto para después de su muerte y produce efectos a partir de ésta.

3.7.7. Solemnes y no solemnes

Los negocios jurídicos solemnes o también llamados formales son aquellos en los cuales para su celebración se exige una forma determinada, de tal modo que el negocio es válido como tal únicamente si adopta la forma exigida. Por otro lado los negocios jurídicos no solemnes o también llamados no formales pueden celebrarse en cualquier forma.

3.7.8. Causales y abstractos

Los negocios jurídicos causales la causa que lo originó constituye un elemento esencial para la validez del negocio y debe probarse su existencia ya que si no se prueba no hay razón para invalidar el contrato o negocio. En cambio los abstractos es necesario probar la causa del negocio ya que para poder librarse puede ser por muchas causas.





CAPÍTULO IV

4. Responsabilidad penal del notario

4.1 Definición

La responsabilidad penal consiste en la obligación de asumir penalmente las consecuencias jurídicas predeterminadas por la ley, en la realización de un hecho comisivo u omisivo que reviste los caracteres de punible.

El notario como depositario de la fe pública, de la confianza de los particulares y del poder público, ha de tener un grado de responsabilidad muy considerable. El grado de responsabilidad notarial es la del notario mismo, pues a cada uno de los deberes de éste va enajenada la responsabilidad para sancionar su infracción.

El notario público frente al honor de estar investido de la fe pública, tiene una gran responsabilidad que se ve fortalecida conforme sus facultades aumentan. El notario tiene entre otras obligaciones, la de escuchar a las partes, interpretar su voluntad, aconsejarlas, prepara y revisar la documentación, redactar el instrumento, explicarlo y autorizarlo, para posteriormente reproducirlo e inscribirlo. En el incumplimiento, negligencia o ilicitud de las anteriores actividades, el notario puede incurrir en responsabilidad.

El notario es responsable de su actuación, y es conveniente que éste esté capacitado, intelectual y moralmente, para lograr eficazmente su función, sin generar resultados dañosos, tanto para los particulares como para él mismo.

José María Sanahuja y Soler expresan: “La responsabilidad notarial es la atribución de la consecuencia jurídica coactiva que se produce por la inobservancia de la conducta debida.”²⁵

Por otro lado, Oscar Salas la define como: “La situación jurídica en que se encuentra ese sujeto, autor de la violación, sobre el que debe hacerse efectiva tal sanción.”²⁶

4.2 Responsabilidad penal del notario

El notario como miembro de una sociedad no está exento de incurrir en acciones delictivas, hay que resaltar que en el ejercicio de su función puede (intencionalmente o no) incurrir en delitos que obliguen a las partes a deducir responsabilidades penales al notario al verse perjudicados por el mal accionar del mismo, o el propio estado, a través del Ministerio Público accionar penalmente contra dicho profesional.

“Además de otros delitos en que pueda incurrir un notario en su vida privada, puede, en el ejercicio de su función pública, cometer violaciones del orden penal que deben ser calificadas como delitos funcionales.”²⁷

²⁵ López Velasquez, Lilia Eugenia. **Derecho notarial**. Pág. 30

²⁶ Salas, Oscar A. **Ob. Cit.** Pág. 181

²⁷ **Ibid.** Pág. 200



“Es la responsabilidad que tiene el notario al faccionar los instrumentos públicos, por incurrir en falsedad y otros delitos conexos, haciendo constar situaciones de derecho y de hecho que en la realidad no existen o aprovechándose de su función en beneficio propio o ajeno, siendo asimismo derivada, en algunos casos de la responsabilidad civil, o bien ésta responsabilidad, genera la responsabilidad civil, es la responsabilidad que nace de la comisión de un delito encontrándose la misma en el ámbito del Derecho Público.”²⁸

La responsabilidad penal del notario se circunscribe a los delitos que éste, en el ejercicio de su profesión cometa, siendo así, recordando que según la doctrina penal sustantiva, todo delito tiene una fase interna (inter criminis) y una exteriorización (el hecho propio del delito), únicamente siendo punible la fase de exteriorización; por consiguientes existen dos elementos que implican la responsabilidad penal del notario, uno material y otro inmaterial.

- **Elemento material o físico del delito**

Este elemento es la propia realización del delito, el propio hecho delictivo, el apareamiento de un sujeto activo que ejecuta y de un sujeto pasivo que recibe el agravio; en el presente caso, sería el notario quien actúa como sujeto activo, cometiendo el delito de falsedad material y causando un daño a sus requirentes y/o clientes o a la sociedad.

²⁸ Carral y de Teresa, **Derecho notarial y derecho registral**. Pág. 15



Podría darse el caso de que, el notario no actúe por sí mismo, sino por el contrario en complicidad con otra persona; ello haría variar la imposición de la pena al ser sentenciado un notario por la comisión de algún delito en el ejercicio de sus funciones. Hay que tener presente, de igual forma, que el grado de culpabilidad del notario necesariamente ha de ser de forma dolosa.

En la gran mayoría de casos de delitos de falsedad material el notario ha sido engañado, se le ha mentido, ha sido instrumentalizado mediante la alteración de un documento de identificación o engañado en la presentación de un documento cuyo origen ha sido también fraudulento, alterado, falseado, obtenido mediante engaño.

Desde luego, en toda esta confabulación para la comisión del delito de falsedad material, existe el dolo. Existe la premeditación, el ánimo de cometer la falsedad, la representación mental del hecho que se persigue. Este delito jamás puede ser culposos. Desde luego que, existen los hechos delictivos en donde el notario tiene pleno conocimiento de que el instrumento que está elaborando proviene de documentos de identificación falsos, alterados, mutilados e incluso acepta, tolera y permite que una persona que no es la que realmente esta compareciendo firme el instrumento público o suplante una firma. Estos casos lamentablemente si se dan y es donde prevalece el interés económico, el lucro, la ganancia fraudulenta y fácil, ante el prestigio, el decoro, el respeto, la decencia y el buen nombre de un notario. Efectivamente son casos en los cuales la fe pública notarial se vulnera totalmente, se mansilla el sagrado mandato de representación del estado, dando certeza jurídica a un acuerdo de voluntades, a un contrato, a un instrumento público.



- **Elemento inmaterial o psicológico del delito**

Es aquel elemento que se circunscribe al ámbito de la mente, del pensamiento, de la representación mental, de la premeditación y de imaginarse el resultado del hecho delictivo. La preparación, la imagen propia del hecho punible, observar en la mente el resultado gravoso que ocasionará con el hecho delictivo. Se consuma en la mente el dolo.

Este es el elemento propio de los delitos dolosos, pues es la previa concepción mental del delincuente para delinquir y causar un daño ya sea con el fin de obtener un beneficio propio o ajeno a éste.

Es en este punto que hay que resaltar, la gravedad que priva en el caso que sea un Notario, quien conciba la idea de actuar de una de las partes de la relación notarial que a la larga le beneficiaría por complicidad.

4.3 Delitos en el ejercicio de la función notarial

En Guatemala, la legislación penal sustantiva entiende al notario como funcionario público, puesto que de conformidad con el segundo párrafo, inciso segundo del Artículo primero de las Disposiciones Generales del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: "...Los notarios serán reputados como funcionarios cuando se trate de delitos que cometan con ocasión o con motivo de actos relativos al ejercicio de su profesión".

Efectivamente los notarios en el que hacer de su profesión, están expuestos a la comisión de hechos delictivos. Puede ser que sean sorprendidos en su buena fe por individuos inescrupulosos que pretenden obtener beneficios económicos o de otra índole; y, engañan al notario haciéndole caer en cualquier hecho delictivo sin conocimiento de causa, es decir habiéndole mentido, proporcionándole documentos que igualmente han sido obtenidos fraudulentamente o falseando información. En este caso, resulta el hecho atenuado puesto que, si bien es cierto incurre en un hecho delictivo, este accionar fue inducido, engañado, sorprendido y estas circunstancias desvirtúan totalmente el ánimo de delinquir, por lo tanto la penalidad es también atenuada. Por el contrario cuando el notario tiene conocimiento pleno de causa y conscientemente actúa dando certeza a un contrato o dando forma de instrumento público a un acuerdo de voluntades emanado de una información falsa, de datos irreales, sustentando derechos en documentación falsa, alterada o en base a supuestos. En estos casos plenamente existe el dolo y los hechos delictivos son agravados, deben ser plenamente graves puesto que se trata de un hecho cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones e investido de fe pública, de certeza, de confiabilidad. En donde hay pleno conocimiento de causa, la pena debe agravarse, debe ser drástica a efecto sentar precedentes y resguardar fielmente la fe pública notarial.

Los notarios en el ejercicio de su profesión pueden incurrir en diversos hechos delictivos y entre otros se enumeran los siguientes:



a) Publicidad indebida

“Artículo 222. Quien, hallándose legítimamente en posesión de correspondencia, de papeles o de grabaciones, fotografías no destinadas a la publicidad, los hiciere públicos, sin la debida autorización, aunque le hubieren sido dirigidos, cuando el hecho cause o pudiere causar perjuicio, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales.”

En este delito puede incurrir el notario cuando por asuntos propios de su profesión lleguen a sus manos correspondencia, fotografías, grabaciones u otros objetos que pueden comprometer a su propietario o a quien aparezca en ellos y el notario por descuido, por negligencia o por obtener un beneficio económico u otra clase de prebendas lo exhibe a medios de comunicación o a personas que no tienen ninguna relación con tales publicaciones, correspondencia o fotografías. Es decir lo hace público y como consecuencia de ello ocasiona un grave perjuicio al propietario titular o a una tercera persona.

b) Revelación del secreto profesional

“Artículo 223. Quien, sin justa causa, revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, sin que con ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de cien a un mil quetzales.” Este delito cuando lo comete un notario se vuelve muy grave, puesto que atenta contra todo



principio del secreto profesional, la debida lealtad a su cliente, el decoro, la honorabilidad, el sigilo, la buena fe y atenta realmente contra los más sagrados valores de que debe estar investido un notario.

c) Casos especiales de estafa

“Artículo 264. Incurrirá en las sanciones señaladas en el artículo anterior... En esta norma penal el legislador al decir el artículo anterior, se refiere al Artículo 263 del Código Penal, que tipifica el delito de estafa propia que tiene señalada una pena privativa de la libertad que va desde los seis meses hasta cuatro años de prisión y a la vez contempla una pena pecuniaria, es decir establece una multa que va desde los doscientos hasta los diez mil quetzales.

Efectivamente para que se configure el caso especial de estafa, la conducta delictiva debe encuadrar perfectamente en cualquiera de los presupuestos enumerados, como sigue:

- 1º. Quien defraudare a otro usando nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia, relaciones o cualidades supuestas, aparentando bienes, comisión, empresa o negociaciones imaginarias....

- 4º. Quien defraudare a otro con supuesta remuneración, a funcionarios, autoridades, agentes de ésta o empleados públicos, o como recompensa de su mediación para



obtener una resolución favorable en un asunto que de los mismos dependa, sin perjuicio de las acciones de calumnia que a éstos corresponda.

5°. Quien cometiere alguna defraudación, abusando de firma de otro, en blanco o extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo o de un tercero.

6°. Quien defraudare a otro haciéndole suscribir, con engaño algún documento. ...

8°. Quien cometiere defraudación sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, documento u otro escrito. ...

12°. Quien otorgare, en perjuicio de otro, un contrato simulado.

13°. Quien, a sabiendas, adquiere o recibiere, en cualquier forma, bienes de quien no fuere su dueño o no tuviere derecho para disponer de ellos.

14°. Quien, con perjuicio de otro, ejerciere un derecho de cualquier naturaleza a sabiendas de que ha sido privado del mismo por resolución judicial firme. ...

17°. Quien negare su firma en cualquier documento de obligación o descargo.

18°. Quien, con datos falsos u ocultando antecedentes que le son conocidos, celebrare dolosamente, contratos basados en dichos datos o antecedentes. ...

21º. Quien defraudare valiéndose de la inexperiencia, falta de discernimiento o pasiones de un menor o incapacitado. ...

23º. Quien defraudare o perjudicare a otro, usando de cualquier ardid o engaño, que no se haya expresado en los incisos anteriores.”

Son muchas formas por las cuales una persona puede ser defraudada en su patrimonio o perjudicada por otro, utilizando ardid, engaño, mintiendo, utilizando la falsedad. Es por ello que el legislador previendo este tipo de circunstancias, deja amplia la interpretación del inciso 23 antes citado, de tal forma que cualquier persona que se considere defraudada, estafada, engañada, pueda recurrir ante el ente investigador del estado denunciando un hecho delictivo de que ha sido víctima o que tenga conocimiento de la comisión del mismo.

d) Falsedad material

“Artículo 321. Quien, hiciere en todo o en parte, un documento público falso, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años.”

Esta figura delictiva es motivo de capítulo aparte puesto que, se considera que su comisión es la más común en el desenvolvimiento de la función notarial y afecta la certeza en todos los negocios jurídicos. Se ha vuelto un verdadero problema cuando en la práctica procesal no se tiene certeza como actuar ante un hecho de esta naturaleza,

es decir iniciar por la vía civil buscando que mediante un juicio ordinario se declare en sentencia la nulidad de un instrumento público o en la vía penal persiguiendo la comisión del delito de falsedad material. Desde luego, esto último de pleno derecho tiene como consecuencia la declaratoria de la nulidad del negocio jurídico y en la vía civil el declarar la nulidad del negocio debería traer aparejada la prueba fehaciente y documental que es el soporte legal para obtener una condena por el delito de falsedad material. Es esta la disyuntiva y las opciones con que los agraviados cuentan a voluntad de quien les asesore legalmente.

e) Falsedad ideológica

“Artículo 322. Quien, con motivo del otorgamiento, autorización o formalización de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años.”

En el ejercicio de la función notarial se está expuesto a que se presenten a la notaría personas que pretenden celebrar un contrato, llevar a cabo la concreción de un negocio jurídico, valiéndose de información falsa, inexistente, irreal, inventada. Es decir, hacen al Notario insertar en un instrumento público que éste redacte y autorice, información falsa, datos, lugares, fechas, hechos o circunstancias que son falsas, carentes de toda verdad, sin certeza. Esto desde luego con dolo, puesto que con anticipación la persona lo ha pensado, lo ha planeado, se ha representado en su mente el resultado gravoso, lo ha decidido y lo hace.



El notario participa del hecho delictivo puesto que, sin investigar hechos, circunstancias, registros, documentos y lo que se le pone a la vista, confía en lo que le manifiestan y concretiza un contrato, elabora un instrumento público y lo autoriza, pero todo es falso, es mentira, es producto de una información falsa u obtenida mediante procedimientos fraudulentos. El notario en estos casos debe ser muy cuidadoso, leer detenidamente la documentación que se le presenta, investigar hechos, circunstancias, registros y no confiar ciegamente en lo que sus clientes le dicen o presentan. Desde luego, cuando tiene conocimiento de causa, sabe con antelación que todo es falso, se presta para dar forma a un instrumento público carente de sustento legal, en este caso incurre directamente en el hecho delictivo y por lo tanto el documento que ha autorizado adolece de nulidad absoluta. Es falso.

f) Supresión, ocultación o destrucción de documentos

“Artículo 327. Quien destruya, oculte o suprima, en todo o en parte, un documento verdadero, de la naturaleza de los especificados en este capítulo, será sancionado con las penas señaladas en los artículos anteriores, en sus respectivos casos.

En igual sanción incurrirá quien, con ánimo de evadir la acción de la justicia, realizare los hechos a que se refiere el párrafo anterior sobre documentos u objetos que constituyan medios de prueba.”



En la presente norma sustantiva penal, el legislador al indicar “especificados en este capítulo” se refiere a los delitos mencionados en los seis Artículos anteriores, es decir a los delitos de falsedad material 321 cuya pena privativa de libertad es de dos a seis años; falsedad ideológica 322 pena de dos a seis años de prisión; falsificación de documentos privados 323 pena privativa de libertad de uno a tres años; equiparación de documentos 324 la pena a imponer es la misma contemplada para los delitos de falsedad material y falsedad ideológica; uso de documentos falsificados 325 la pena es la misma que se impone para el delito de falsificación.

g) Revelación de secretos

“Artículo 422. El funcionario o empleado público que revelare o facilitare la revelación de hechos, actuaciones o documentos de los que tenga conocimiento por razón del cargo y que por disposición de la ley deben permanecer en secreto, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales.”

h) Violación de sellos

“Artículo 434. El funcionario o empleado público que ordenare abrir, abriere o consintiere que otro abra papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviere confiada, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales.”

i) Responsabilidad del funcionario al autorizar un matrimonio

“Artículo 437. El funcionario o ministro de culto, debidamente autorizado, que autorizare un matrimonio a sabiendas de la existencia de un impedimento que cause su nulidad absoluta, será sancionado con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial por el término que el tribunal fije, el que no podrá exceder de seis años.

Si el funcionario o ministro de culto hubiere obrado culposamente, será sancionado solamente con multa de doscientos quetzales.”

j) Inobservancia de formalidades al autorizar un matrimonio

“Artículo 438. El funcionario o ministro de culto, debidamente autorizado, que procediere a la celebración de un matrimonio sin haber observado las formalidades exigidas por la ley, aunque no produzca nulidad, será sancionado con multa de doscientos a un mil quetzales.”

La responsabilidad del notario se circunscribe a los delitos que éste en el ejercicio de su profesión cometa, siendo así, que según la doctrina penal sustantiva, todo delito tiene una fase interna (inter criminis) y una exteriorización (el hecho propio del delito), siendo únicamente punible la fase externa, visto así tendríamos que hay dos elementos que implican la responsabilidad penal del notario, uno material y otro inmaterial, tal y como se detalló en párrafo anterior.



El elemento material o físico es la propia realización del delito, el propio hecho delictivo, el apareamiento de un sujeto activo que ejecuta y de un sujeto pasivo que recibe el agravio. Hay que tener presente que el grado de culpabilidad del notario necesariamente ha de ser de forma dolosa.

El otro elemento que es el psicológico este es la previa concepción mental del delincuente para delinquir y causar un daño ya sea con el fin de obtener un beneficio propio o ajeno a éste.

En este punto la gravedad que priva en el caso que sea un notario, quien conciba la idea de actuar en perjuicio de sus clientes, o bien en beneficio de una de las partes de la relación notarial que a la larga le beneficiaría por complicidad.





CAPÍTULO V

5. La falsedad material

5.1 Antecedentes

De la misma manera que la historia requirió de la necesidad de documentar los negocios o transacciones y de darles autenticidad, día a día se ha ido incrementando la tergiversación de dicha documentación, razón por la cual el legislador ha creado la figura de falsedad material.

El concepto de falsedad se remota a las siete partidas o también denominadas Las Partidas estas consistían en un cuerpo normativo redactado en Castilla durante el reinado de Alfonso X con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica en el Reino; y aunque las distintas legislaciones tratan indistintamente los términos: falsedad así como falsificación, cabría mencionar la diferencia entre ambas esta apuntada por Enrique Casas Barquero en su obra "El Delito de Falsedad en Documento Privado"²⁹ hay falsedad en la simple imitación, consistente en poner lo falso en vez de lo que debiera ser verdadero, y falsificación, en la sustitución o puesta de lo falso en el lugar en que estuvo lo verdadero³⁰. En otras palabras, la falsedad, es cuando se aporta al mundo exterior un concepto distinto al que debió aportarse, mientras que el falsificar sería propiamente el verbo, la acción de cambiar algo verdadero por algo falso; y en ello, descansa la diferencia en que en uno aún no existe la verdad ya que no ha sido

²⁹ Casas Barquero, Enrique. *El Delito de falsedad en documento privado*. Pág. 7

³⁰ *Ibid.* Pág. 9



aportada mientras que en el otro cambia la verdad suponiendo que esta ya ha sido aportada.

De conformidad con la doctrina, los documentos sobre los cuales recae la acción de este delito han de ser auténticos en el sentido de que, un documento no auténtico o bien ya alterado o sin garantía de veracidad, no podría ser amparado bajo el ámbito de la ley.

La simple corrección de errores no podría caer en el campo de ampliación del delito de falsedad material, pues lo que se persigue con ellos es darle a la plena verosimilitud al documento y no contrariar su contenido.

5.2 Definición

5.2.1 La falsedad

Guillermo Cabanellas afirma que “la falsedad es cualquier mutación, ocultación o desfiguración de la verdad y de la realidad, produce la nulidad de los actos jurídicos según las leyes civiles o sancionadas como delito en los códigos penales.”³¹

- Falsedad material: cuando se hace un documento público falso o se altere uno verdadero.

³¹ Cabanellas, Guillermo. Ob. cit. Pág. 168



- Falsedad ideológica; cuando en el otorgamiento, autorización o formalización de un documento público, se insertare o hiciere insertar declaraciones falsas.

5.2.2 Falsedad material

Es la inmutación de la verdad que puede darse en documentos públicos, privados o mercantiles, esta equivale a falta de verdad, a alteración de la verdad o mudamiento de la verdad, que se origina mediante la alteración material del documento, así mismo puede provenir de error, cuando de buena fe se cree y afirma como cierto lo que no es, o bien de dolo, a través de ardid, de engaños, exponiendo mentiras o afirmando como cierto lo que se sabe que es contrario a la verdad.

5.2.3 Visibilidad o no de la falsedad

El autor Casas Barquero expresa que: “El presente criterio diferenciador es referido al dato de la visibilidad o no de la falsedad. Bajo este entendimiento se considera que la falsedad material comportaría una falsificación o alteración cometida sobre un documento, y capaz de ser reconocido y probada físicamente, bien a través de un atento examen o por medio de una simple inspección.”³²

De lo anterior y de conformidad con el criterio del autor Casas Barquero se está bajo un criterio netamente pericial y se haría complicado poder determinar cuándo se comete un delito de falsedad material, porque hoy en día el delincuente, cuenta no solo con

³² *Ibid.* Pág. 11



auxiliares técnicos avanzados si no que con una tecnología al alcance de cualquier persona que le facilitarían enormemente hacer, una copia idéntica al original y que sería casi imposible de demostrar, lo que afectaría el encuadramiento de la actividad delictiva al tipo penal.

5.2.4 Relación de la forma y el contenido con la genuinidad y la veracidad documentales

Se realiza la falsedad material cuando el documento está falsificado en su esencia material, por consiguiente este produce un documento no genuino. Al mutar materialmente al documento físicamente puede este contener información veraz aunque no nazca a la vida jurídica por ser falso.

-Tripartición conceptual de falsedad material, intelectual e ideológica

“El autor Casas Barquero califica a la falsedad material como caligráfica y esta es la formación de un documento falso o la alteración de uno verdadero.... Existe también la falsedad intelectual cuando el funcionario público consagra en documentos elementos de hecho inexistentes o diversos y la falsedad ideológica es la creación de un documento no verídico en su contenido intrínseco.”³³

La distinción entre los conceptos antes descritos es de vital importancia ya que si bien es cierto los tres constituyen la falsificación de un documento no se refieren a un mismo

³³ *Ibid.* Pág. 17

tipo, ya que en primer lugar el sujeto infractor en la falsedad material el delincuente altera o crea uno falso, puede ser cualquier persona, mientras que la falsedad intelectual la comete el funcionario que fracciona el documento, y la ideológica la parte que declara falsamente.

-Reconocimiento unilateral de la falsedad material

Haciendo referencia al penalista Francesco Carrara este sostiene que "la falsedad es siempre material, porque lo que es falso es la materialidad del escrito, que no es como materialmente debía ser, de lo cual resulta siempre una materialidad falsa, ya que ese documento debía presentar una materialidad distinta. Por ello, la falsedad puramente ideológica o intelectual no es punible bajo el título de falsedad documental sino bajo el de fraude."³⁴

La idea de Carrara, es desaparecer el delito de falsedad ideológica y conocerlo como fraude, lo que es innegable que hay fraude pero dicha concepción iría en contra de la particularización de la parte especial del derecho penal y a su vez haría más complejo el reprimir a los funcionarios de responsabilidad penal.

5.3 Regulación en el Código Penal guatemalteco

El delito es una acción u omisión típicamente antijurídica, culpable y castigada por la ley con una pena o una medida de seguridad. En el ordenamiento penal sustantivo se

³⁴ *Ibid.* Pág. 18



regula el delito de falsedad material en el Artículo 321 cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 321. falsedad material: Quien, hiciere en todo o en parte, un documento público falso, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años.

Esta norma penal describe los hechos típicos o la conducta antijurídica que una persona debe observar o las acciones que debe efectuar por medio de las cuales ocasione un perjuicio, una acción gravosa hacia otra persona o sujeto pasivo para que se configure el delito de falsedad material.

5.3.1 Elementos del delito

Son los elementos básicos para que en determinado momento se pueda explicar la noticia criminal y establecer si existe el hecho delictivo o no. Estos elementos básicos del tipo penal son: los sujetos, el bien jurídico y la acción.

-Los sujetos

a) Sujeto activo, es el autor o sea quien realiza la acción, ya sea prohibitiva o imperativa indicada en la ley penal. En este caso el individuo que efectúa la falsedad material, es el que ejecuta la acción propiamente, es decir hacer en todo o en parte un documento público falso, hacer se refiere a faccionar, elaborar un documento; dicho documento debe ser de los denominados por la ley públicos, es decir de los extendidos por funcionarios públicos. El documento debe ser falso en sí mismo,



tanto porque se haga solo una parte falsa o porque en su totalidad este lleno de falsedades y hechos o circunstancias inventadas.

b) Sujeto pasivo, es el titular del bien jurídico que protege la norma, es decir quien ha sido afectado por la acción u omisión típica.

c) El estado, es el ente que reacciona ya sea persiguiendo, ejerciendo la acción o juzgando la conducta delictiva.

-El bien jurídico

El bien jurídico es el valor ideal, inmaterial de orden social sobre los que descansa la armonía, la paz social y la seguridad de la vida en sociedad. El juzgador elige determinado valor y al protegerlo mediante una norma penal, adquiere el nombre de bien jurídico penalmente protegido, tutelado. En el caso de la norma jurídica de falsedad material existen varios bienes jurídicos protegidos o tutelados por la norma penal, tales como la seguridad jurídica, la propiedad, la fe pública, la verdad, el negocio jurídico, el capital, la economía en general.

-La acción

La acción y la omisión son comportamientos humanos, son conductas de los individuos y precisamente es lo que se debe juzgar en un proceso penal. Es decir, se debe

perseguir, procesar y juzgar un comportamiento humano una conducta típica, antijurídica.

“Es la conducta o comportamiento de la persona y se estudia desde dos aspectos, el interno que es la parte subjetiva del delito y el externo que es la parte objetiva.

- Que del hecho resulte un perjuicio. Ésta frase contiene a su vez dos hipótesis; en primer lugar que haya provecho para el falsificador y el segundo que exista una lesión o daño concreto; en ello consiste el perjuicio a la sociedad, al estado o a un particular.
- Alterando un documento público verdadero, en esta forma, el delito se integra mediante las alteraciones de carácter material que se hagan en el documento verdadero pudiendo consistir dichas alteraciones en raspar o borrar una palabra o cifra, las intercalaciones como añadir al documento variando su significación o su sentido.”³⁵

5.4 Sujeto activo del delito

El sujeto activo del delito es quien realiza la acción propiamente, el comportamiento descrito en la ley y hecho con la conciencia y voluntad de ejecutarlo, con el propósito final de obtener algún provecho, de manera que el dolo genérico y el específico concurren para que se cause el concreto resultado de daño.

³⁵ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco, **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 579

5.5 Sujeto pasivo del delito

El sujeto pasivo del delito en primer término “es el estado y la sociedad, ya que el Derecho Penal es una rama eminentemente público en el sentido que tiende a proteger los intereses de toda la colectividad y que solo el estado como ente soberano está facultado para crear delitos e imponer penas correspondientes, por consiguiente al cometer un sujeto el delito de falsedad material se está atacando la ley del estado y poniendo en peligro los intereses de la colectividad.

En segundo término a la persona la que le resulta el perjuicio por haberse cometido el delito de falsedad material ya que el Derecho Penal protege a la persona humano no importando su condición, edad, sexo, raza, color y estado mental.”³⁶

5.6 Bien jurídico tutelado

El bien que ampara el ordenamiento jurídico guatemalteco en el delito de falsedad material es la fe pública, “expresión que no debe interpretarse como fidelidad en el mantenimiento de una obligación contraída, sino en el sentido de confianza”³⁷.

Se habla de confianza, precisamente, por la fe pública o seguridad jurídica que el Estado deposita en los notarios, funcionarios públicos que se encuentran facultados para conferir los documentos de naturaleza pública, certeza jurídica. Pero esta fe

³⁶ *Ibid.* Pág. 232

³⁷ Cuello Calón, Eugenio. *Derecho penal.* Pág. 263



pública no es una imposición autoritaria a determinadas personas sino la fe que el público reconoce a determinados documentos destinados a probar hechos que originan consecuencias jurídicas.

En la falsificación de documentos es donde proviene y resulta dichas consecuencias, el perjuicio o el grave quebrantamiento que estas mutaciones de verdad causal al crédito público, independientemente de cualquier otras circunstancia".³⁸ Pero nada cuesta en obrar con la debida lealtad y fidelidad en cuanto a la autorización de documentos públicos, en expresar o establecer el documento mismo la verdad que es reflejo de la realidad, y nunca palabras mendaces que puedan inducir a error o que por sus efectos pudieran resultar perjuicio a tercera persona.

5.7 El delito de falsedad en los instrumentos públicos

La falsedad consiste en la alteración de la verdad, que puede provenir de error, cuando de buena fe se cree y afirma como cierto lo que no es, o de mentira, afirmando como cierto lo que se sabe contrario a la verdad. Esta afirmación maliciosa es el alma de la falsedad, pero el contenido mendaz de un hecho no es bastante para que sea punible, es necesario que además se halle revestido de un aspecto de verdad capaz de engañar a los demás, que se presente como verdadero. Para que los hechos falsos entren en el campo del derecho penal no basta que se hallen revestidos de un ropaje de verdad, es también condición precisa que lesionen o sean capaces de lesionar bienes jurídicos protegidos por la ley. Entre tales hechos susceptibles de inducir a engaño, algunos no

³⁸ Puig Peña, Federico. *Ob. cit.* Pág. 207

rebasan la esfera del derecho civil que obliga tan solo a la reparación de los daños causados, pero otros caen de lleno en el área penal, puesto que son realizados con intención criminal cuya consecuencia es la imposición de penas. Lo que caracteriza la mentira punible es el procedimiento empleado para engañar, no el fin perseguido.³⁹

Para la existencia de la falsedad en general, han de concurrir los elementos siguientes:

- a). "Sustitución de lo verdadero por lo que no lo es, pero lo imita en grado de inducir a error. Tal sustitución puede tener lugar creando un objeto o ejecutando un acto con apariencias legítimas, a todo lo cual se denomina imitación; o puede realizarse alterando una cosa o acto verdadero con algo falso sin que pierdan las apariencias de verdad, y a esto se le llama alteración;
- b) Que la cosa o acto falsificado tengan capacidad para producir un efecto jurídico, no es necesario la lesión de intereses, basta la posibilidad de tal lesión;
- c) Que el sujeto tenga voluntad criminal."⁴⁰

La falsedad, cometida en el otorgamiento de un instrumento público lo regula en Guatemala los Artículos 321 y 322 del Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal; y la norma penal denomina a estas figuras delictivas como falsedad material y falsedad ideológica.

³⁹ *Ibid.* Pág. 210

⁴⁰ *Ibid.* Pág. 211

La falsedad material la comete quien hiciere en todo o en parte, un documento público falso, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio. El responsable de este hecho ilícito será sancionado con privación de la libertad que va desde 2 hasta 6 años de prisión. Y la falsedad ideológica, la comete quien con motivo del otorgamiento, autorización o formalización de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento debe probar, de modo que pueda resultar perjuicio. En este caso la sanción penal es de 2 a 6 años de prisión. Estas dos figuras delictivas son concretas en cuanto a la elaboración, otorgamiento y autorización de instrumentos públicos; sin embargo, el mencionado código regula otros hechos delictivos en los cuales la falsedad es el elemento esencial para su comisión y se sancionan penalmente puesto que el ánimo siempre será la falsedad, el engaño, la mentira. Estos delitos son: falsificación de documentos privados Artículo 323, equiparación de documentos Artículo 324, uso de documentos falsificados Artículo 325.

Estas figuras delictivas también pueden cometerse en el ejercicio del notariado, puede ser por error o con conocimiento de causa.

Todos los bienes jurídicos protegidos en esta figura delictiva es la veracidad de las apariencias, cuya autenticidad resulta imprescindible para el adecuado desenvolvimiento de la vida social y del tráfico jurídico y económico.

“El objeto material varía en cada modalidad, distinguiéndose: a) la falsificación material o real dentro de la cual se incluyen la falsificación de moneda y efectos timbrados y las falsedades documentales; b) la falsificación personal, que comprende de la usurpación del estado civil y de la usurpación de funciones públicas.”⁴¹

5.8 El proceso por falsedad material de un instrumento público

El delito de falsedad material, es una figura delictiva de acción pública penal y como tal, la obligación del ente investigador del estado es perseguir penalmente al individuo que cometa esta clase de delito. Este injusto penal es cometido cuando se hiciere en todo o en parte un documento público falso o se alterare uno verdadero de modo que resulte un perjuicio.

Regularmente esta clase de delito es cometido por individuos inescrupulosos que pretenden defraudar a un incauto en su patrimonio y mayormente en sus bienes muebles o inmuebles; la participación del notario en este delito en ocasiones se da por engaño o el funcionario es sorprendido en su buena fe y elabora un documento verdadero, real e incluso legal pero con datos, hechos y circunstancias falsas o carentes de toda verdad, o cuando le presentan documentos falsos, carentes de toda autenticidad y obtenidos mediante otras formas de engaño o mintiendo y aparentando ser verdaderos, al establecer todos estos extremos, el instrumento público que aparentaba ser legal, legítimo y con toda autenticidad pierde toda legitimidad, pierde

⁴¹ Cabanellas, Guillermo. *Ob cit.* Pág. 68



todo sustento legal y se vuelve falso, fraudulento, ilegítimo y es en este momento en donde la fe pública Notarial queda vulnerada, se ha quebrantado, se ha mancillado esa investidura solemne de la fe pública notarial. El notario como el funcionario investido de fe pública pierde credibilidad, prestigio, profesionalismo y confianza de sus clientes. En estos casos la acuciosidad, el cuidado e incluso la desconfianza del notario debe ser tal, que escudriñe perfectamente una y otra vez los documentos que le ponen a la vista como soporte legal y origen del bien inmueble u objeto cuya venta, gravamen o disposición del mismo se va a perfeccionar mediante un instrumento público.

Ocurre en la mayoría de los casos que al notario le sorprenden en su buena fe y le presentan documentos falsos, alterados o aparentando ser verdaderos y con el adelanto de la tecnología las fotocopias e incluso los documentos resulta muy difícil establecer cuál es el verdadero y el falso, puesto que con facilidad los duplican y crean otro exactamente igual al verdadero.

El uso de la cédula de vecindad como único documento de identificación personal en Guatemala, desde su creación resultó fácilmente alterable, duplicable y suplantable con el simple cambio de fotografía o la alteración de datos personales y otras características de la misma. Se espera que en gran medida, esta circunstancia de inseguridad jurídica en la identificación de las personas, desaparezca con la entrada en vigencia del uso del documento personal de identificación, es decir la sustitución total de la cédula de vecindad, del registro de vecindad.

Cuando una persona resulta perjudicada en su patrimonio mediante un negocio jurídico fraudulento, que se ha celebrado en escritura pública falsa, alterada o suplantando

datos e incluso suplantando personas, características y distintivos en los documentos de identificación personal, debe recurrir de inmediato al abogado de su confianza a efecto este le asesore en cuanto a que actitud asumir y que pasos legales debe seguir.

Resulta que, en la mayoría de los casos los individuos delincuentes que comenten esta clase de falsedades utilizan la modalidad de las ventas sucesivas, es decir el primer comprador al poco tiempo vende nuevamente el bien inmueble, este nuevo adquirente aunque sea suplantado, inmediatamente lo vuelve a vender y de esa forma sigue la cadena de ventas hasta llegar nuevamente de retorno al adquirente delinciente o el que lo obtuvo mediante el ardid de la falsedad, al que tenía el propósito de la apropiación de ese bien. De esa forma entran el procedimiento registral y los juicios para el rescate de una propiedad inmueble se vuelve engorrosos y eternos.

El abogado que asesora a las personas afectadas por esta clase de hechos delictivos, lo primero que les recomienda es recurrir en amparo en contra del registrador general de la propiedad, con el propósito de que una sala de apelaciones que conozca, ordene el restablecimiento de un derecho que ha sido vulnerado, es decir el derecho a la propiedad y de inmediato se anote de demanda el asiento en el libro respectivo, a efecto de que la propiedad inmueble quede protegida para que no se opere otra inscripción sobre ese asiento. Por aparte, se inicia la acción civil mediante un juicio en la vía ordinaria para que un juez de primera instancia civil declare mediante sentencia la nulidad del negocio jurídico y como consecuencia todos los derechos quebrantados vuelvan a su estado jurídico original. Si un juez de instancia civil de conformidad con la ley y las pruebas que ha tenido a la vista y del análisis sereno de lo que se le aporta en

el juicio, llega a la conclusión de que el negocio jurídico es nulo por haberse elaborado el instrumento público que lo soporta, mediante falsedad, de plano derecho se ha incurrido en el delito de falsedad material. Este es el procedimiento recomendable, es decir, agotar antes la vía civil y del agotamiento de esta, de plano derecho y con prueba contundente recurrir ante el Ministerio Público con la acción penal en contra del que resulte responsable de la falsedad material, a efecto sea perseguido penalmente, aprehendido, llevado a juicio penal y público y que en sentencia se declare su culpabilidad o inocencia en la comisión del delito de falsedad material.

5.8.1 Proceso penal por el delito de falsedad material

El derecho penal y procesal penal por su naturaleza son públicos. En consecuencia solo puede y debe hacerse lo legalmente establecido en busca de la eficacia y de la protección de los bienes jurídicos fundamentales con relevancia social.

En el proceso penal acusatorio hay sujetos procesales, no partes, el juez, el fiscal, el acusado, su defensor, el ofendido y la víctima.

El proceso penal en el caso del delito de falsedad material se inicia por denuncia escrita o mediante querrela planteada directamente ante un tribunal competente. Inicia de esta forma la primera fase o fase preliminar de tipo no judicial, secreta frente al imputado, no se le comunica la iniciación de la indagación, en consecuencia no hay ningún tipo de ejercicio del derecho de defensa, ni material ni técnica, es una fase indefinida, el único termino que se tiene como referencia para la duración de esa etapa es la prescripción

de la acción penal, esta es una fase que se le encomienda a la policía nacional civil para que investigue bajo la dirección del fiscal. En esta etapa no se van a limitar derechos fundamentales, no se va a ordenar la práctica de una prueba.

Segunda etapa o de investigación formal, en esta fase se judicializan las diligencias y una vez judicializadas se solicita al juez contralor de la investigación que con los elementos de convicción que se acompañen se dicte una orden de aprehensión o se cite al imputado para ser escuchado en forma indagatoria, esa audiencia preliminar tiene un doble objetivo, primero definir la imposición de medidas de aseguramiento y segundo practicar las pruebas anticipadas que por excepción deben de practicarse a la investigación por ser imposible su practica en la etapa de juzgamiento, conforme a la regla general que exige el principio de concentración de la prueba. En la indagatoria el sindicado puede quedar en prisión preventiva o recobrar su libertad mediante una medida sustitutiva; el Ministerio Público como el ente acusador del estado continua la investigación, si el imputado queda en prisión el tiempo de investigación del Ministerio Público se reduce a un máximo de tres meses o bien el juez le señala el tiempo máximo perentorio que debe durar la investigación y la formalización de acusación; ahora bien, cuando el imputado recobra su libertad mediante medida sustitutiva el Ministerio Público cuenta a partir de la audiencia con un plazo máximo de hasta seis meses para la investigación. La etapa intermedia o de pronunciamiento de los agravios es aquella audiencia que se celebra para que el Juez contralor de la investigación conozca del fiscal la acusación y las evidencias que presentará en el juicio oral y público. De conformidad con lo que el Ministerio Público haya recabado de evidencias puede

plantear en esta etapa la acusación, una clausura provisional o el sobreseimiento definitivo de la causa.

Regularmente en estos casos el Ministerio Público presenta la acusación y se pasa a la tercera etapa del proceso que es el juzgamiento que inicia con la audiencia de apertura a juicio y la formulación de cargos, en donde mediante un debate oral y público se produce la prueba, se efectúa el contradictorio y se presentan conclusiones y el tribunal resuelve dictando sentencia. Esta puede ser condenatorio o absolutoria de conformidad con la prueba aportada por el Ministerio Público.

El debate oral y público tiene como características, el principio de inmediación de los sujetos procesales, de los órganos y medios de prueba con quienes se trata de establecer los hechos contenidos en la acusación. Corresponde al Tribunal de sentencia hacer la valoración de los medios de prueba presentados durante la sustanciación del debate.

Los principio fundamentales del debate son: a) inmediación, b) publicidad, c) continuidad, y d) oralidad.

5.8.2 La pena en el delito de falsedad material

La evolución de la convivencia social ha hecho necesaria un momento dado el establecimiento de normas jurídicas para mantener el orden y la paz entre sus miembros; pero la sola imposición de normas de conducta no es por si suficiente para

acabar con los conflictos propios de todas las sociedades, por lo que ha sido imprescindible sujetar el cumplimiento de la norma a una sanción igualmente jurídica. Así encontramos la pérdida de la patria potestad, el pago de daños y perjuicios, etcétera; pero al tratarse de agresiones al desarrollo fundamental de la convivencia, es decir a los bienes jurídicos con mayor jerarquía como lo es la vida, la integridad física, y otros suponen un quebrantamiento al orden jurídico penal y por lo tanto la imposición de una sanción jurídico penal. La sanción jurídica se puede considerar de esta manera como el género y la clasificación civil, administrativa, penal, como la especie.

Una norma jurídica penal completa tiene como elementos esenciales el precepto y la sanción; de no tomar en cuenta la importancia de la sanción dentro de esta caeríamos en la enunciación vana de buenos deseos, que de modo alguno lograrían por si solos el fin enmarcado para la norma jurídica clásicamente estructurada.

“...El delito sin pena es campana sin badajo. Por lo tanto, era preciso fijar el acompañamiento del crimen, para espanto y escarmiento de los criminales; en otros términos, labrar en la cantera unas sanciones que correspondieran a la malicia de los autores y a la gravedad de la falta, exacerbadas aquellas y estas.”⁴²

En el caso concreto del delito de falsedad material la norma sustantiva penal contempla una sanción de privación de la libertad que va de dos a seis años. El juzgador debe dictar la sanción jurídico penal observando condiciones concretas del sujeto activo y del delito cometido y si bien no puede rebasar el marco legal fijado por el legislador, si tiene

⁴² Casas Barquero, Enrique. *Ob. cit.* Pág. 182



un margen de discrecionalidad dentro de la delimitación que realiza la punibilidad, lo que ha llevado a múltiples críticas sobre la valoración judicial para determinar la punición. La sanción jurídico penal en particular es una reacción ante el ataque y puesta en peligro de los bienes jurídicos más importantes para la sociedad, cuya tutela resulta necesaria para mantener el orden y la armonía social.

5.9 La fe pública notarial y el delito de falsedad material

Quando se ha decretado una sentencia penal condenatoria en juicio oral y público por la comisión del delito de falsedad material, se está ante la etapa final del juicio; y el tribunal sentenciador dicta una condena y como pena accesoria decreta la nulidad absoluta del negocio jurídico que se había celebrado utilizando la falsedad material. En este caso las consecuencias son la absoluta nulidad del negocio jurídico, las cosas, bienes u objetos vuelven de pleno derecho a la propiedad del anterior dueño poseedor y en los registros respectivos se debe efectuar las anotaciones correspondientes. Es decir dejar sin ningún efecto las inscripciones que se hubieren efectuado. Cancelar toda inscripción que se haya hecho y todo vuelve a sus originales propietarios. Desde luego, en este caso se incurre en responsabilidades civiles, pago de daños y perjuicios y costas y cuanto daño se ocasionó por este delito, en este momento debe ser resarcido; y así debe decretarlo el tribunal que emita una sentencia condenatoria por un hecho delictivo de esta naturaleza.

Ahora bien, cuando se ha privilegiado el procedimiento de la nulidad de un instrumento publico por la vía del juicio ordinario civil de nulidad de instrumento público, en este



caso es distinto, puesto que: es mediante una sentencia condenatoria en la vía civil donde un juez de primera instancia civil decreta la nulidad del instrumento público y como consecuencia la nulidad del negocio jurídico, puede ser que ordene a la vez que todos los bienes, cosas u objetos vuelvan al estado original, es decir regresa la propiedad al anterior dueño, tenedor y poseedor y que se condena al pago de responsabilidades civiles, daños y perjuicios e incluso puede el mismo juzgador ordenar que se cancelen en los registros respectivos las inscripciones que se haya operado y dejan expedita la vía penal para que los agraviados puedan recurrir al Ministerio Público a ejercer su acción penal en contra de quienes le hayan agraviado por el delito de falsedad material o pueda ser que del mismo Juzgado certifiquen lo conducente a un juzgado de paz penal para los efectos de la persecución penal, en todo caso esta sería la mejor acción de un juez de instancia civil que conozca de un juicio de esta naturaleza.





CONCLUSIONES

1. La fe pública notarial es la facultad del Estado atribuida a notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para acreditar fehacientemente que los documentos que autorizan en debida forma son auténticos y estos si no actúan con profesionalismo, responsabilidad, ética profesional y decoro, con facilidad incurren en el delito de falsedad material e incluso en otros delitos conexos.
2. El negocio jurídico es la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el derecho estima digno de su especial tutela; sin embargo, es en esta declaración de voluntad en donde se expresa la idea, el consentimiento, la tolerancia, la preparación, es decir la expresión pura del dolo para cometer el delito de falsedad material.
3. Mediante una sentencia condenatoria dictada en juicio ordinario civil, se decreta la nulidad de un instrumento público; y con solo esta sentencia, iniciar la persecución penal por el delito de falsedad material. La sentencia civil hace plena prueba en un proceso penal.





RECOMENDACIONES

- 1. Es necesario que las Facultades de Derecho y Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades del país, insistan en la trascendencia de la fe pública notarial, en el buen uso de esta, en el decoro, en la moral, en la responsabilidad, la ética profesional y el profesionalismo; y crear conciencia real de la responsabilidad que implica ser notario ante la sociedad.**
- 2. En la concreción del negocio jurídico, el notario debe ser exageradamente cuidadoso y estricto en cuanto al cumplimiento de la ley, a efecto que el instrumento público que elabora y autoriza represente un verdadero compromiso, con real certeza jurídica, efectividad y firmeza, puesto que representa el soporte efectivo y legal de todo el tráfico comercial de una sociedad.**
- 3. Los jueces de instancia civil, al dictar una sentencia condenatoria en juicio ordinario civil de nulidad de un instrumento público, en la misma sentencia deben ordenar certificar los autos al Ministerio Público para iniciar la persecución penal por el delito de falsedad material, en contra de los responsables de la nulidad. La sentencia civil debe hacer plena prueba en un proceso penal.**





BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir. **El negocio jurídico**. Guatemala: 3ª Ed. 2003.
- AVILA ALVAREZ, Pedro. **Estudios de derecho notarial**. (s.l.i), (s.e.), 2000.
- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. (s.l.i) Ed. Juricentro, S.A. 1985.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed.Heliasta, 1998.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. México: Ed. Porrúa S.A, 1976.
- CASAS BARQUERO, Enrique. **El delito de falsedad en documento privado**. México: (s.e.), 1988.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. Guatemala: (s.e.), 1994.
- DE CASTRO, Federico. **El negocio jurídico**. Madrid: (s.e.), 1997.
- DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal de León Velasco. **Curso de derecho penal guatemalteco (parte general y parte especial)**. Guatemala: Ed: Llerena, 2000.
- FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Enrique. **Derecho notarial**. México: (s.e.), 1988.
- GIMENEZ-ARNAU, Enrique. **Derecho notarial**. Pamplona, España: Ed. Universidad de Navarra, S. A, 1976.
- GONZÁLEZ, Carlos Emérito. **Derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. La ley S.A, 1971.
- GONZÁLEZ, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Myrna Mack, 2003.
- LÓPEZ VELASQUEZ, Lilia Eugenia. **Derecho notarial**. Guatemala: (s.e.), 1988.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial derecho notarial**. Guatemala: (s.e.), 2001.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Guatemala: (s.e.), 2009.



MUÑOZ, Nery Roberto. **La forma notarial en el negocio jurídico.** Guatemala: (s.e.), 2002.

OSORIO Y FLORIT, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Guatemala: Ed. Heliasta, 1987.

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

PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho notarial.** México: Ed. Porrúa S.A 1981.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español. Tomo IV. Obligaciones y contratos.** Madrid, España: (s.e.) (s.f.).

ROCA MENEDEZ, Manuel Vicente. **Derecho de obligaciones de los contratos en particular.** Guatemala: (s.e.), 2009.

SALAS, Oscar A. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá.** Costa Rica: Ed. Costa Rica, 1973.

SIERZ, Susana Violeta. **Derecho notarial concordado.** México: (s.e.), 1983.

VITERI ECHEVERRÍA, Ernesto. **Los contratos en el derecho civil guatemalteco (parte especial).** España: (s.e.), 1992.

Legislación:

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

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

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de Guatemala, Decreto Ley 107, 1963.

Código Penal. Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

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