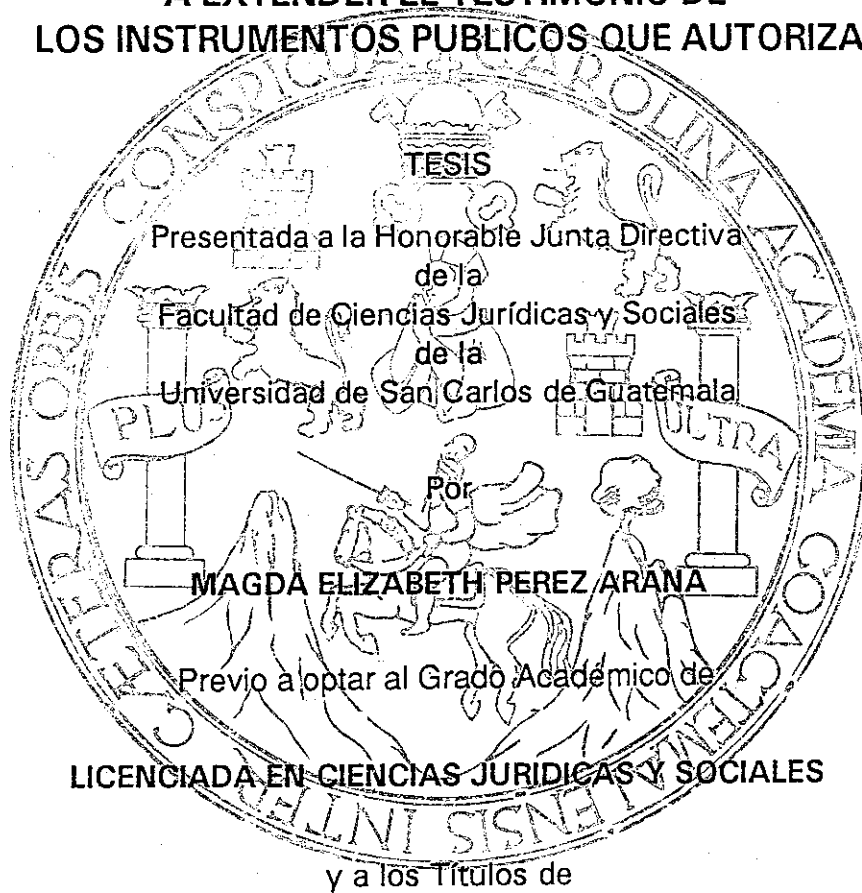


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**TRAMITE JUDICIAL PARA OBLIGAR AL NOTARIO
A EXTENDER EL TESTIMONIO DE
LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS QUE AUTORIZA**



TESIS
Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por
MAGDA ELIZABETH PEREZ ARANA
Previo a optar al Grado Académico de
LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
y a los Títulos de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Julio de 1997

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

04
T(3276)
C.4

JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I	Lic. Saulo De León Estrada
VOCAL II	Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III	Lic. William René Méndez
VOCAL IV	Br. Homero Iván Quiñónez Mendoza
VOCAL V	Br. Joaquín Enrique Pineda Gudiel
SECRETARIO	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

TRIBUNAL QUE PRACTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

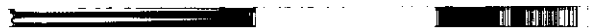
Primera Fase:

Presidente:	Lic. Edgar Mauricio García Rivera
Vocal:	Lic. Jorge Arévalo Valdez
Secretario:	Lic. Jaime Noel Ruiz Pinto

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Luis César López Permouth
Vocal:	Lic. José Amílcar Velásquez Zárate
Secretario:	Lic. José Rolando Rosales Hernández

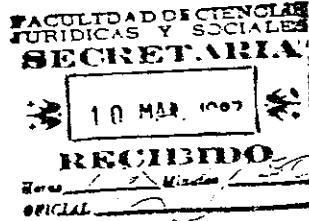
NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).





Guatemala, 7 de marzo de 1,997.

Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Lic. José Francisco de Mata Vela
Caja de Despacho



Señor Decano:

Con fundamento en la designación recaída sobre mi persona, resté asesoría a la Bachiller MAGDA ELIZABETH PEREZ ARANA, en la elaboración de su trabajo de tesis, titulado "TRAMITE OFICIAL PARA CANCELAR AL NOTARIO A EXTENDER EL TESTIMONIO DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS QUE AUTORIZA"; y al respecto manifesté:

-) Que la sustentante realizó una interesante investigación que gravita en torno al artículo 74 del Código de Notariado, la cual desarrolló de manera eficiente y técnica, llenando los requisitos exigidos para un trabajo de investigación; haciendo las consultas procedentes, atendiendo las recomendaciones formuladas y concretando las modificaciones que se le indicaron.
-) Por tales razones, considero que el trabajo de la bachiller MAGDA ELIZABETH PEREZ ARANA, cumple con los requisitos reglamentarios exigidos y puede ser materia de discusión en el examen que procede.

Respetuosamente,

Jose Andres Villatoro Reyes
 LIC. JOSE ANDRES VILLATORO REYES
 Asesor
 José Andres Villatoro Reyes
 ABOGADO Y NOTARIO



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
GUATEMALA



DEPARTAMENTO DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Jurestancia, Zona 12
14, Centroamérica

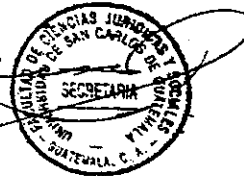


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, trece de marzo de mil novecientos noventa y -
siete.-----

Atentamente, pase al LIC. JORGE LUIS GRANADOS VALIENTE,
para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis de la Ba
chiller MAGDA ELIZABETH PEPEZ ARANA y en su oportunidad
emita el dictamen correspondiente.-----



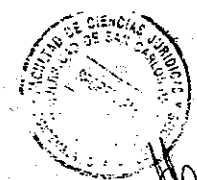
alhj.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



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



2804-97

Junio 27, 1997.

[Firma manuscrita]
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
1 - JUN 1997
RECEBIDO
19 JUN 1997

Señor Decano:

Señor José Francisco De Mata Vela
Decano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Decano:

Por resolución de ese Decanato, se me asignó la revisión del Trabajo de Tesis de la Bachiller MAGDA ELIZABETH PEREZ ARANA, intitulado "TRAMITE JUDICIAL PARA OBLIGAR AL NOTARIO A EXTENDER EL TESTIMONIO DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS QUE SE AUTORIZA".

Es indudable que el Notario, dentro de su función creadora y modeladora de instrumentos públicos, cumple una actividad profesional para la cual ha sido preparado y autorizado; y por lo cual también tiene derecho al cobro de sus respectivos honorarios y cuando realiza el cálculo también incluye lo relativo a estos a incurrir, hasta lograr el objetivo final y determinante del instrumento público.

Extender el testimonio del instrumento público es una de las obligaciones del Notario, presupuesto para el cual existen varios requisitos previos que deben cumplirse por las personas que han rogado al Notario. Algunos de tales requisitos son, como bien lo expone la Bachiller MAGDA ELIZABETH PEREZ ARANA, la firma del instrumento por parte de los otorgantes; que no exista limitación como en el caso de Testamentos especiales que se cancele los honorarios y gastos que origina el instrumento público.

Negarse a extender un testimonio cuando no existe una limitación como las mencionadas, estimo que es falta de ética profesional del Notario, circunstancia que conlleva al interesado a realizar una serie de gestiones, primero ante el Notario, posteriormente y después de tantos engaños y mentiras, recurrir ante el Poder Judicial competente para obligar al Notario a realizar algo que, por cumplir con la ética profesional, no debió darse.

La Bachiller MAGDA ELIZABETH PEREZ ARANA, enfoca su trabajo al trámite judicial para hacer cumplir al Notario con tal obligación. Principia, como es lógico, con conceptos generales como documentos en general, pasa luego a



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Guatemala

protocolo, luego dedica un capítulo a lo que es la Reproducción de Instrumentos Públicos y finalmente al Trámite Judicial para obligar al Notario a extender testimonio. Cabe agregar que la Bachiller Pérez Arana, no se limita a enunciar el problema, propone a la vez el mecanismo e instrumento legal para corregir el problema.

Por lo expuesto, estimo que el trabajo revisado contiene conceptos teóricos importantes y necesarios de conocer para estudiantes y profesionales, razón por la cual emito dictamen favorable para que continúe su trámite y su posterior discusión en Examen Público.

Respetuosamente,

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to read 'JLGV'.

Lic. Jorge Luis Granados Valiente
REVISOR.

JLGV/scgf.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Calle 12
Centroamérica



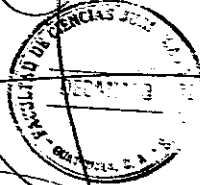
alhj

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, nueve de julio de mil novecientos noventa
y siete.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza
la Impresión del trabajo de Tesis de la Bachiller MAGDA
ELIZABETH PEREZ ARANA intitulado "TRAMITE JUDICIAL PARA
OBLIGAR AL NOTARIO A EXTENDER EL TESTIMONIO DE LOS
INSTRUMENTOS PUBLICOS QUE AUTORIZA". Artículo 22 del
Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público
de Tesis.-----

alhj.

Silda de Villota



I N D I C E :

CONTENIDO	PAGINA
CAPITULO PRIMERO	
EL INSTRUMENTO PUBLICO	
DOCUMENTOS EN GENERAL	01
I DOCUMENTOS PRIVADOS	01
II DOCUMENTOS AUTENTICOS	02
III DOCUMENTOS PUBLICOS	03
DOCUMENTOS PUBLICOS AUTENTICOS	05
DOCUMENTOS PUBLICOS NOTARIALES O INSTRUMENTO PUBLICO	06
INSTRUMENTO PUBLICO	
DEFINICION	06
CARACTERISTICAS	07
FINES DEL INSTRUMENTO PUBLICO	08
VALOR DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS	10
TEORIA DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA	10
CLASIFICACION DEL INSTRUMENTO PUBLICO	
a) PRINCIPALES	11
b) SECUNDARIOS	12
CAPITULO SEGUNDO	
EL PROTOCOLO	
ANTECEDENTES HISTORICOS	13
ETIMOLOGIA DE LA PALABRA PROTOCOLO	14
IMPORTANCIA DEL PROTOCOLO	15
DEFINICION	15
NATURALEZA JURIDICA DEL PROTOCOLO	16
CONTENIDO DEL PROTOCOLO	17

a) ESCRITURA PUBLICA	18
b) ACTAS DE PROTOCOLACION	18
c) RAZONES DE LEGALIZACION DE FIRMAS	18
d) OTROS DOCUMENTOS QUE EL NOTARIO REGISTRA EN EL PROTOCOLO	19
DEPOSITO DEL PROTOCOLO	20

CAPITULO TERCERO
REPRODUCCION DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS

COPIAS	
a) SIMPLES	21
b) LEGALIZADAS	22
TESTIMONIO	
DEFINICION	22
VALOR JURIDICO DE LOS TESTIMONIOS	23
CLASIFICACION DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS	
PRIMER TESTIMONIO	24
TESTIMONIO ESPECIAL	24
OTROS TESTIMONIOS	
a) TESTIMONIO DEL INCIDE	25
b) EL TESTIMONIO DE LAS PARTES CONDUCENTES	
EN LA SUCESION EXTRAJUDICIAL	25
c) TESTIMONIO EN LA RECTIFICACION DE AREA	26
FORMAS DE EXPEDIR LOS TESTIMONIOS	26
OBLIGACION DE EXTENDER EL TESTIMONIO	27
OTRAS PERSONAS AUTORIZADAS PARA EXTENDER EL TESTIMONIO	27
PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A SOLICITAR EL TESTIMONIO	28
NEGATIVA DEL NOTARIO A EXTENDER EL TESTIMONIO	
CAUSAS JUSTIFICADAS	28
CAUSAS INJUSTIFICADAS	29
EFFECTOS DE LA NEGATIVA	29
a) RESPONSABILIDAD CIVIL	31

b) RESPONSABILIDAD PENAL	32
c) RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA	33
d) RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA	34

CAPITULO CUARTO
TRAMITA JUDICIAL PARA OBLIGAR AL NOTARIO
A EXTENDER EL TESTIMONIO

PROCESO	37
TRAMITE PROCESAL	38
ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE	39
VIA PROCESAL	41
2) PROCESOS DE CONOCIMIENTO	41
b) PROCESOS DE EJECUCION	42
c) PROCESOS ESPECIALES	42
ENCUADRAMIENTO	43
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	46
INCIDENTE	48
1- SOLICITUD	50
2- AUDIENCIA	51
3- PRUEBA	53
4- RESOLUCION	54
5- IMPUGNACION	55
CONCLUSIONES	57
RECOMENDACIONES	59
BIBLIOGRAFIA	61

INTRODUCCION:

La Función Notarial es la tarea específica que desarrolla el Notario, como profesional del Derecho que es, y que consiste en la elaboración formal y material de los Instrumentos Públicos establecidos en la ley; es decir, recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de los sujetos que requieren sus servicios, confiriéndoles autenticidad a tales Instrumentos, transformando los hechos en derecho, con el objeto de brindar seguridad y certeza a los actos y negocios jurídicos producidos en la sociedad.

Dentro de la Función Notarial, existe una obligación, que consiste en extender el testimonio de los Instrumentos Públicos que autoriza el Notario. El incumplimiento por parte del Notario, de esa obligación, es precisamente la tarea en el presente trabajo de investigación. Tomando como base el artículo 74 del Código de Notariado, que regula dicho asunto.

Antes de entrar al tema central de la tésis, en el Capitulo Primero, titulado "EL INSTRUMENTO PUBLICO", se desarrolla el tema de los Documentos en General, con la finalidad de que, partiendo de lo general, se llegue a lo específico, es decir, los Documentos Notariales o Instrumentos Públicos. En el Capitulo Segundo, lo relativo al contenido de "EL PROTOCOLO". En el Capitulo Tercero, la "REPRODUCCION DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS", ya que el problema analizado, surge de la obligación que tiene el Notario de extender el testimonio, que es una forma de reproducir los Instrumentos Públicos. Finalmente, en el Capitulo Cuarto, se desarrolla el tema central de la tésis,



"TRAMITE JUDICIAL PARA OBLIGAR AL NOTARIO A EXTENDER EL TESTIMONIO DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS QUE AUTORIZA".

La idea de trabajar sobre ese tema, surge en el ánimo de la sustentante, por virtud de su experiencia laboral en un Juzgado del Ramo Civil, en donde, con frecuencia, llegan personas que se encuentran ante el problema de no poder hacer valer frente a terceras personas, un derecho plasmado dentro de un Instrumento Público, cuyo original obra en poder del Notario y éste se niega, injustificadamente a extender el testimonio de dicho Instrumento; ya que, en la mayoría de los casos, los perjudicados desconocen el procedimiento a seguir a fin de solventar su problema. El trámite judicial para resolver la controversia planteada, así como sus deficiencias prácticas en cuanto a la aplicación de la norma que lo regula y sus posibles soluciones, es lo que desarrollaremos a continuación.

CAPITULO PRIMERO

EL INSTRUMENTO PUBLICO

Para definir de una manera correcta y comprensible el Instrumento Público, es necesario desarrollar el tema de los Documentos en General, toda vez que el Instrumento Público es una especie del género Documento.

DOCUMENTOS EN GENERAL

Etimológicamente, la palabra documento, proviene del latín "Documentum, del verbo doceo, es, ere que significa enseñar. Decimos entonces que, etimológicamente, significa: todo aquello que enseña algo. Para el tratadista Eduardo Pallarés, "Documento, es toda cosa que tiene algo escrito con sentido inteligible." (1) Considerando a la escritura como elemento característico del documento.

Existen diversas clasificaciones de los documentos. Tal variedad, depende del punto de vista de la consideración, que de ella se formule; sin embargo, la clasificación más usual, es la que, tomando como base la garantía de certidumbre y legalidad que de ellos emana; los documentos, se dividen en tres grupos: I. Documentos Privados; II. Documentos Auténticos y; III. Documentos Públicos.

I. DOCUMENTOS PRIVADOS

Son aquellos los que autorizan los interesados, por sí mismos o en presencia de testigos, sin la intervención de Notario, ni otro funcionario público que les dé autenticidad.

1. Pallarés, Eduardo, "Diccionario de Derecho Procesal Civil" 5a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1966. página 211

"Es el contrario del documento público, y se entiende por tal, el que es formado y expedido por particulares o por funcionarios públicos cuando éstos no actúan en ejercicio de sus funciones; por ejemplo, la carta que firma un Notario, es un documento privado, a pesar de que él tenga fe pública." Eduardo Pallarés. (2)

La característica principal de los documentos privados, consiste, en que no tienen en sí, autenticidad; es decir, que de ellos no emana una garantía de certidumbre y legalidad, sin embargo, si dichos documentos son reconocidos legalmente, producen plena prueba en juicio y afectan a las personas que los suscriben y herederos. El artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil regula que los documentos privados que estén, debidamente, firmados por las partes, se tienen por auténticos salvo prueba en contrario; sin embargo, solo surtirán efectos frente a terceros, desde la fecha en que hubieren sido reconocidos ante juez competente o legalizados por notario.

II. DOCUMENTOS AUTENTICOS

Etimológicamente auténtico, viene del latín "authenticus", del griego "authenticos, que significa acreditado, de cierto y positivo. Se dice entonces que documento auténtico es, etimológicamente, el escrito con que se acredita, totalmente, una cosa.

De conformidad con el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Documento Auténtico es: "Escrito, papel o

2. Op. Cit. página 220

instrumento, autorizado en forma tal que de fe y haya de ser creído, por extendido ante fedatario público o por estar legalizado por autoridad competente". (3)

El artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece: "Los documentos autorizados por Notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad"

De lo expuesto en los párrafos anteriores, se infiere que, el concepto de documento auténtico, deriva de la calidad inherente a la función de las personas que ejercen cargos públicos; es decir, que la garantía de certidumbre y legalidad, que de ellos emana, no es un atributo de la persona en sí, sino que de la función que ellas desempeñan.

II. DOCUMENTOS PUBLICOS

Los Jurisconsultos Españoles, entendían por documentos públicos las escrituras otorgadas ante Notario, con las solemnidades de ley. La mayoría de legislaciones siguen entendiendo, con más especialidad por documento público, el autorizado por Notario y; tratan de especificar los documentos otorgados ante Notario de los demás documentos públicos, denominándolos Instrumentos.

La doctrina moderna, propugna por una clasificación bimembre, y divide los documentos, únicamente, en públicos y privados, atendiendo a la garantía; certidumbre y legalidad,

1. Cabanellas, Guillermo "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" 12va. Ed. Editorial Heliastra. Argentina, 1979. Tomo II, página 771.

que de ellos emane; y a la vez subdivide los documentos públicos en: a) Documentos Públicos Notariales y b) Documentos Públicos Auténticos. Indicando que los primeros son los autorizados por Notario, a éstos documentos también los identifica con el nombre de Instrumentos Públicos; y los segundos, los expedidos o autorizados por persona constituida en dignidad o cargo público, excluyendo los notariales.

Por su parte, el autor Escriche manifiesta: "El instrumento público, el que una persona, constituida en dignidad o cargo público, autoriza, en los negocios correspondientes a su empleo u oficio; algunos dividen los instrumentos en auténticos, públicos y privados; pero esta división, carece de exactitud y precisión, pues todo instrumento auténtico es también público, respecto de que no hay verdadera autenticidad que no dimanase de autoridad pública, y todo instrumento público es igualmente auténtico, por razón de fe o crédito que merece. Concluyendo que es acertado que se identifiquen las expresiones documento auténtico y documento público, ya que ambos tienen la misma función esencial que es hacer fe por sí solos." (4)

Pallarés, en cambio, señala que no existe una completa identidad entre las características de los documentos públicos y los documentos auténticos y expone: (5) "La palabra auténtico tiene las siguientes significaciones: documento, que no deja lugar a duda; el que está autorizado o legalizado; el que hace prueba por sí mismo; el que procede de la persona que en el documento aparece como su autor; es falso considerar a los documentos auténticos como una de

4. Citado por Pallarés. Op. Cit. Pag. 212
5. Idem. Pag. 213

las especies de los públicos, porque hay documentos privados que no por eso dejan de ser auténticos. Por ejemplo los títulos de crédito; es decir que hay documentos privados fehacientes, que valen por sí mismo y producen plena prueba contra su autor, sin ser por ello documentos públicos.

En lo personal, la sustentante, comparte el criterio de la clasificación que incluye a los documentos Auténticos y Notariales, ó Instrumentos Públicos, como especies o clases de documentos públicos; y siguiendo esa clasificación, a continuación procedo a desarrollarla.

DOCUMENTOS PUBLICOS AUTENTICOS

Son aquellos que requieren la intervención o presencia de un funcionario público, que actúa de conformidad con las reglas prescritas por la ley, según la naturaleza del acto; a excepción de los autorizados por notario y se clasifican de la siguiente manera:

a) Documentos Judiciales:

Los autorizados por funcionarios judiciales, ya que la fe pública de que goza el funcionario que los autoriza, no emana, precisamente, de su calidad de profesional, sino del ejercicio de su cargo. Por ejemplo; en la mayoría de tribunales, no es indispensable ser Notario para desempeñar el cargo de Secretario, sin que por ello, los documentos que dichos funcionarios expiden, dejen de ser auténticos.

b) Documentos Administrativos:

Carlos Emérito González, los define como: (6) "Aquellos que emanan de un funcionario de la administración pública,

6. González, Carlos E. "Teoría General del Instrumento Público" Ediar Editores. Argentina, 1953. Pag. 80.

con facultad, expresa, de la ley o implícita en su investidura y que pueden referirse a actos jurídicos del derecho privado, o del derecho público, sea Constitucional o Administrativo." Por ejemplo, las certificaciones de los registros; la ley; las actas administrativas; las cédulas de identidad; las notificaciones de actos administrativos. etc.

DOCUMENTOS PUBLICOS NOTARIALES O INSTRUMENTO PUBLICO

La palabra Instrumento, viene del latín "instrumentum" de "instruere", instruir, y es por lo tanto, un documento con que se prueba o justifica alguna cosa, lo que nos da la idea que el significado de Documento e Instrumento público, vienen siendo lo mismo; pero, doctrinariamente, se ha generalizado que, Instrumento Público, no es más que una especie del género documento público, ya que lo que caracteriza al Instrumento Público, es la intervención del Notario en su autorización, de manera que, el Instrumento Público, no es más que el Documento Público, autorizado por Notario.

INSTRUMENTO PUBLICO

DEFINICION:

Enrique Giménez-Arnau, da una definición completa de lo que significa para él, misma que han hecho suya varios tratadistas de la materia. "Instrumento Público: "Es 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." (7)

7. Op. Cit. Pag. 221.

Resumiendo, Documento Público: Es aquel que ha sido autorizado por Notario o Funcionario, con fe pública, en ejercicio de sus funciones y con los requisitos de ley; producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos, o para que el negocio contenido en el documento, produzca un determinado efecto; y también, para dar forma a un negocio que, por voluntad de los interesados o de la ley, no nace hasta la formación del Documento Público. Sin esas formalidades, se degradaría el documento a la categoría de privado.

El Código de Notariado, emplea el término "Instrumento Público" para encabezar el Título III, sin definir lo que debe entenderse por tal; pero esa denominación la hace en forma restrictiva, pues solo se refiere a la Escritura Pública y no a otras clases de instrumentos públicos.

CARACTERISTICAS:

a) Intervención Notarial:

La característica fundamental del Instrumento Público, se configura por la intervención en él del Notario, de acuerdo con la ley.

b) Garantía:

Derivado de la característica anterior, se da la exigibilidad del cumplimiento de los pactos celebrados en el desenvolvimiento normal del derecho.

c) Credibilidad:

La cual se deriva de la fe pública de que esta investido el notario.

d) Ejecutoriedad:

De la cual, nos habla el artículo 327 del Código Procesal Civil y Mercantil; al establecer que: "Procede el juicio ejecutivo, cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos: 1o.- Los testimonios de las escrituras públicas... 3o.- Los documentos privados, con legalización notarial. 4o.- Los testimonios de las actas de protocolación de protesto de documentos mercantiles y bancarios... 5o.- Acta notarial en la que conste el saldo que existiere en contra del deudor..."

e) Fecha Cierta:

Lo establece el Código de Notariado, en el inciso 1o. del artículo 29 y lo ratifica en el artículo 31, al establecer que son formalidades esenciales de los instrumentos públicos, el lugar y la fecha del otorgamiento.

f) Seguridad:

Al establecer el Código de Notariado que las escrituras matrices (Instrumentos Públicos por excelencia), se faccionarán en el protocolo del Notario y que éste, es depositario de aquel y responsable de su conservación, se garantiza la existencia del instrumento.

FINES DEL INSTRUMENTO PUBLICO:

Para el tratadista Fernández Casado, dos son los fines principales que llena el Instrumento Público: (8)

- a) Perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad; y;
- b) Servir de prueba, en juicio y fuera de él.

8. Citado por Carlos E. González. Op. Cit. Pag. 65

Para Giménez Arnau, los fines fundamentales del Instrumento Público son:

- a) Probar hechos, manifestaciones de voluntad, actos o negocios jurídicos.
- b) Dar forma o solemnizar actos o negocios jurídicos. Esta forma, será Creadora, cuando se exija como requisito esencial de la existencia del acto; y Confirmativa, cuando es potestativa de los otorgantes.
- c) Dar eficacia legal al negocio. (9)

El tratadista Sanahuja, hace una enunciación extensa que se puede resumir así:

- 1- Dar firmeza, seguridad y confianza a los pactos contraídos
- 2- Sirve como prueba plena, que vale por sí sola.
- 3- Fija definitivamente el carácter jurídico de las relaciones que se contraen en la escritura.
- 4- Da existencia plena al negocio jurídico que contiene.
- 5- Da publicidad a ciertas relaciones jurídicas.
- 6- Salvaguarda el interés de los terceros. (10)

Carlos Emérito González, concreta los fines del Instrumento Público, en tres aspectos:

- 1- Sirve de prueba preconstituída.
- 2- Da forma legal al contrato, y;
- 3- Da eficacia legal al negocio jurídico. (11)

9. Op. Cit. Pag. 222
10. Citado por Carlos E. González. Op. Cit. Páginas 387-388
11. Idem. Páginas 63 y 67.

Sin embargo, este autor considera que el verdadero fin del Instrumento Público, es dar forma al negocio, es decir, estructurarlo jurídicamente.

Muchos autores, coinciden en que, el fin principal del Instrumento Público, es constituirse en prueba documental. Esto, debido a las declaraciones de voluntad contenidas en él mismo; y que, posteriormente, servirá a las partes que intervinieron, para hacer valer sus derechos, aunque no, necesariamente, dentro de un juicio

VALOR DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS

El Instrumento Público tiene un valor formal y un valor probatorio. Valor formal, se refiere a su forma externa; es decir al cumplimiento de todas las formalidades esenciales y no esenciales, que el Código de Notariado regula. (Artículos 29 y 31 del Código de Notariado). Valor Probatorio, se refiere al negocio jurídico contractual contenido en el Instrumento Público. Ambos deben complementarse, toda vez que, sería incorrecto que, en un caso determinado, el Instrumento Público, cumpla con los requisitos de forma y el negocio jurídico que contenga, fuere viciado; o, por el contrario, no obstante que, el negocio jurídico fuere válido, el Instrumento Público, no cumpla con los requisitos de forma.

TEORIA DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

Carlos Emérito González, al abordar este tema, indica que: "Es la ya preparada con anterioridad al pleito futuro. Prueba escrita que está en ese instrumento y que si alguna

vez la necesitamos, la presentaremos para hacer valer nuestros derechos." (12)

Así mismo, algunos tratadistas de Derecho Notarial, señalan que la principal finalidad del Instrumento Público, es servir de prueba preconstituida; sin embargo, los otorgantes del Instrumento Público, al estar en presencia del Notario, dan vida al negocio jurídico; crean relaciones de derecho y formalizan un acto jurídico, cumpliendo con las disposiciones legales establecidas; pero en ningún momento (salvo excepciones) los otorgantes acuden al Notario, a formalizar un negocio, pensando que, en el futuro, estarán frente a frente escritura en mano, luchando por sus derechos.

Es criterio personal de la ponente de esta tésis, que la prueba preconstituida, no constituye el fin principal del Instrumento Público, aunque, si bien es cierto, el Instrumento Público, tiene, como uno de sus fines, servir de prueba documental, al momento de suscitarse una situación antijurídica, derivada del incumplimiento de obligaciones contraídas.

CLASIFICACION DEL INSTRUMENTO PUBLICO:

a) PRINCIPALES:

Los Instrumentos Públicos que van dentro del protocolo, como condición esencial de validez, por ejemplo, la escritura pública. En nuestra legislación notarial, los documentos que se redactan, necesariamente, en papel especial de protocolo

12. Op. Cit. Pagina 63

son, la escritura matriz, el acta de protocolación y las razones de legalización. Artículo 8 del Código de Notariado.

b) SECUNDARIOS:

Los Instrumentos Públicos que van fuera del protocolo. En nuestra legislación notarial, los documentos que no se redactan en en el protocolo, entre otros, tenemos, las actas notariales; actas de legalización de firmas o auténticas y; actas de legalización de documentos.

También, debo mencionar dentro de esta clasificación, los asuntos de jurisdicción voluntaria en sede notarial; y resoluciones notariales.

CAPITULO SEGUNDO

EL PROTOCOLO

ANTECEDENTES HISTORICOS

En los comienzos de la vida jurídica, los hombres estipulaban verbalmente, utilizando el lenguaje, como elemento esencial, a modo de texto; y el rito, como forma de expresión litúrgica, eran los únicos vestigios de las declaraciones de voluntad; que constituían medios de prueba, poco consistentes; pues se perdían en las sombras del olvido, y para revelar su existencia, se debía reproducir el acto, mismo que no se lograba, fácilmente, toda vez que, muchas veces faltaban sus propios actores, y aún, los testigos presenciales del acto; todo lo cual, constituía pruebas, a medias, del mismo.

Por esa razón, la oralidad se sustituyó por la prueba escrita, medio más eficaz, por ofrecer menos fallas. Pero los hombres, no se conformaron con traducir y presentar en un escrito, la voluntad creadora de sus derechos, ya que el título creado de esa forma, no resultaba, totalmente, seguro, porque el documento podría extraviarse o destruirse; la veracidad del acto ser negada; los testigos desaparecer o incapacitarse, u otras circunstancias perjudiciales de la prueba.

De esa forma, nació la necesidad de materializar la prueba; de recurrir a la grabación gráfica sobre un elemento físico, para que hiciera visible y perpetua su consideración. De ese modo, los hombres idearon que al emitirse la voluntad,

se hiciera entre solemnidades y quedara grabada, gráficamente sobre un objeto, materialmente, impregnado de la voluntad creadora, guardador de una primera decisión del espíritu, conservador de una creación del hombre; a esa primera fuente de la génesis del acto jurídica, la llamaron PROTOCOLO.

De manera que, el protocolo, ha sido una creación derivada de la necesidad del hombre para asegurar, de una forma solemne; escrita y perdurable, la voluntad creadora de las relaciones jurídicas, para que de él surgiera, sin riesgo de pérdida y en caso de duda, para probar, la intención contractual, materializada. en forma gráfica manuscrita.

ETIMOLOGIA DE LA PALABRA PROTOCOLO

El tratadista Neri Argentino, afirma que: "Se deriva del latín *Protocollum*, ésta del griego *Protollar*, de *Protos*, primero de *Kollon*, pegar." (1)

A juicio de Escriche, la palabra Protocolo, "viene de la voz griega *Protos*, que significa primero en su línea; y de la latina, *Collium* o *Collatio*, que significa comparación o cotejo." (2)

En conclusión, la primera hoja encolada o pegada, y por ende, la ordenada serie de escrituras matrices y otros documentos que un notario o un escribano autoriza y custodia, con ciertas formalidades.

-
1. Citado por Hernández, Emma "El Contenido y Forma del Protocolo" Tesis de Grado. Guatemala, 1980. Página 5.
 2. Idem. Pagina 5.

IMPORTANCIA DEL PROTOCOLO

Mediante la utilización del protocolo, se guardan, en lugar seguro, los instrumentos públicos y no sufren el riesgo de perderse, ocasionando con ello, la pérdida de los derechos o un perjuicio irreparable, para los otorgantes. En consecuencia, la existencia del protocolo, es necesaria para la función notarial guatemalteca, e importante para la conservación del instrumento público, asegurando así, los derechos de los otorgantes; garantizando una durabilidad de los actos y negocios jurídicos contenidos en los instrumentos públicos; lo cual, en cualquier momento constituye prueba fehaciente sobre los derechos y relaciones jurídicas incorporadas en tales documentos públicos.

DEFINICION:

Carlos Emérito González, lo define como: "El conjunto de escrituras públicas matrices, hechas durante un año, por orden cronológico y en forma que las leyes notariales prescriben. Forma parte integrante además como agregados los certificados, informes y declaraciones de las partes."(3)

En un sentido común, protocolo quiere decir: Colección de hojas o folios de documentos que se adhieren unos a otros, formando un libro. En un sentido más técnico: Es el libro anual formado con los instrumentos públicos notariales, autorizados por un notario; es la colección ordenada cronológicamente, de instrumentos públicos, autorizados en cierto tiempo, en una notaría determinada.

3. Op. Cit. Página 400.

El Código de Notariado, en su artículo 80. regula lo siguiente: "El Protocolo es la colección ordenada de escrituras matrices, de actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con la ley."

De lo expuesto, se infiere que el protocolo es el legajo de instrumentos públicos y demás documentos que contiene la actividad desarrollada por el notario, llevada a cabo en forma anual, clasificando los instrumentos en forma ordenada y cronológicamente, y de conformidad con las normas que especifica la ley.

NATURALEZA JURIDICA DEL PROTOCOLO

Existen diversas opiniones acerca de la naturaleza pública o privada del protocolo. En una época, se generalizó la opinión de que era propiedad del escribano, ya que él podría disponer del cargo y del protocolo que formaba, incluso podría transmitirse de familia en familia. En algunas legislaciones está más acentuada la naturaleza privada del protocolo, al establecer que los notarios son dueños de sus protocolos y pueden disponer de los mismos como estimen conveniente. En países donde se establece el carácter público del protocolo, el Estado promulga normas jurídicas tendientes al control y vigilancia de la función notarial.

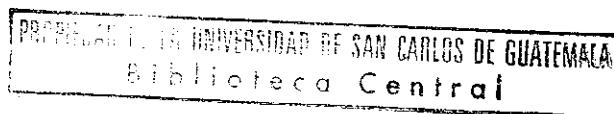
Otras corrientes, afirman que el protocolo es público; pues no es patrimonio propio del notario, sino un depósito que el Estado le confía, como consecuencia de la función notarial. Sin embargo, no lo es su contenido.

En Guatemala, de conformidad con el artículo 19 del Código de Notariado, el notario, es depositario del protocolo responsable de su conservación. Como se aprecia, la norma citada, determina, claramente que el protocolo, no es propiedad del notario; lo que es confirmado por el artículo 13 del citado cuerpo legal, mismo que señala que al fallecer el notario, el protocolo deberá ser entregado: a) Al Archivo General de Protocolos, si se encuentra en la capital y; b) Al Juez de Primera Instancia o Alcalde Municipal, si estuviere en una cabecera departamental o municipal, respectivamente. En ese orden de ideas, se confirma que el notario no tiene derecho de propiedad sobre el protocolo.

CONTENIDO DEL PROTOCOLO

El protocolo tiene como finalidad, estampar en él, las primeras y originales manifestaciones de voluntad humana, creadora de derechos y obligaciones de carácter jurídico. Listo así, como fuente de recepción, el protocolo reviste un excepcional carácter, toda vez que, por prescripción legal, todas las declaraciones en él documentadas adquieren la calidad de permanentes, indestructibles y auténticas; sin embargo, el contenido del protocolo, no es solo de instrumentos públicos; comprende además los documentos que se incorporan al mismo.

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 80. del Código de Notariado, el protocolo está constituido por uno o varios libros que integran la ordenada colección de las escrituras matrices, actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con la ley, los cuales detallo a continuación.



a) ESCRITURA MATRIZ:

Escritura Matriz: Es el instrumento originario, que el notario asienta en el protocolo, para hacer constar la celebración de un acto jurídico y contiene la firma y sello del mismo. Matriz, es la escritura original, en la que consta la celebración de un acto jurídico, para cuyo otorgamiento, se exige esta forma, y de la cual pueden obtenerse copias o certificaciones autorizadas, por quien tenga reconocida, legalmente, esta función.

En nuestro medio, se entiende por escritura matriz, el documento original, en donde, el notario, ha de redactar el acto o contrato, sometido a su autorización, dentro de su protocolo, llenando los requisitos establecidos por la ley.

b). ACTAS DE PROTOCOLACION:

El Código de Notariado, no define el Acta de Protocolación; pero de la lectura del artículo 63 del citado cuerpo legal, se infiere que, es la incorporación al registro notarial, de documentos, para que formen parte del protocolo y adquieran la calidad de documento público, aunque no la tuviere antes de su protocolación.

c) RAZONES DE LEGALIZACION DE FIRMAS:

En sentido general, por Legalización, entendemos, la comprobación de la verdad de un hecho. Legalizar es entonces, dar fuerza legal a un hecho y autorizarlo para que tenga fe y validez en todas partes.

Ahora bien, en sentido formal, legalización, es la constancia que extiende un notario o funcionario público autorizado por la ley, a efecto de asegurar la certeza jurídica de una firma.

d) OTROS DOCUMENTOS QUE EL NOTARIO REGISTRA EN EL PROTOCOLO:

1- ATESTADOS:

Son los documentos que el notario agrega al final de su protocolo y que tienen relación con los instrumentos públicos autorizados. Debe contener, principalmente, el recibo de pago de apertura; comprobantes de entrega de testimonios especiales; copias de avisos; recibos; solvencias; etc. de conformidad con el artículo 17 de Código de Notariado.

2- INDICE:

Cerrado el protocolo, el notario debe hacer el índice, inmediatamente después, comprendiendo en él, no solo las escrituras que hubiere autorizado, sino también los documentos y diligencias protocolados durante el curso del año.

3- RAZONES

Son las constancias, advertencias o explicaciones que suele consignar el notario, en forma breve, al margen o al pie de la escritura matriz, respecto de hechos relacionados con el contenido del instrumento público. En nuestro medio, la razón se utiliza para hacer constar algún hecho relacionado con el instrumento público; se incorporan al final o al margen del mismo; por ejemplo, la razón de cierre del protocolo, que se transcribe al final,

después del último instrumento público autorizado durante el año, o antes, si dejare del cartular el notario.

El artículo 16 del Código de Notariado expresa que el notario pondrá al margen de la escritura matriz, razón de haber autorizado otra escritura que la adicione, aclare, modifique o rescinda.

DEPOSITO DEL PROTOCOLO:

El notario, no es propietario del protocolo, únicamente, es depositario y responsable de su conservación. La tenencia del mismo, se justifica, precisamente, porque el protocolo en sus manos facilita a los otorgantes la consulta de los instrumentos por él autorizados.

En la legislación guatemalteca, los notarios son responsables de la custodia del protocolo y responsables de los daños y perjuicios que su deterioro pueda acarrear a los documentos en él registrados.

Para lograr la seguridad, valor y permanencia de los instrumentos públicos, es indispensable que el protocolo quede depositado en el notario, quien tiene la obligación de conservarlo con esmero y diligencia, para garantía de los otorgantes y tranquilidad de la sociedad.

CAPITULO TERCERO

REPRODUCCION DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS

Cuando se analizó el tema de los Instrumentos Públicos dentro y fuera del protocolo, se indicó que algunos instrumentos públicos, no quedan insertos dentro del protocolo, sino que el original queda en poder del interesado, como por ejemplo acta notarial; en consecuencia, es él, el encargado de su conservación y reproducción. Es por ello, que al hablar de Reproducción de los Instrumentos Públicos, nos referimos estrictamente, a los instrumentos públicos que van dentro del protocolo del notario.

De conformidad con el artículo 73 del Código de Notariado, los Notarios están obligados a expedir: a) Testimonio, o b) Copia Simple Legalizada, a los otorgantes, sus herederos o cesionarios, o a cualquier persona que lo solicite. Ello, debido a que el protocolo queda en depósito y bajo la custodia del Notario, la ley ha previsto estas formas de reproducir el Instrumento Público, para que las partes tengan una copia fiel del instrumento público que han otorgado.

COPIAS:

a) SIMPLES:

La ley no hace distinción entre copia simple o copia legalizada, es más, utiliza el término "Copia Simple Legalizada". Sin embargo, consideramos contradictorio el término, debido a que una copia simple, que puede ser una fotocopia, una copia al carbón, o una transcripción, o cualquier otra forma de reproducción; carece de valor

probatorio, ya que no interviene en nada el Notario, para dar fe de la autenticidad de dicha copia.

b) LEGALIZADA:

A diferencia de la copia simple, en la copia legalizada sí interviene el Notario, quien da fe de que la copia es auténtica, por haber sido reproducida directamente de su original, en su presencia; o bien, que concuerda fiel y exactamente con su original, con el cual confrontó. Esta copia, surte los mismos efectos que su original, debido precisamente a la legalización que el Notario hace, de su autenticidad. Como requisito de forma, el Notario debe agregar al final de la hoja o en hoja aparte, razón, haciendo constar que se trata de una copia legalizada, el documento que reproduce y la persona a la cual extiende la copia; el lugar, la fecha y la firma; y el pago de los respectivos timbres Fiscal y Notarial.

EL TESTIMONIO

DEFINICION:

El Diccionario de la Real Academia Española, lo define como: "El instrumento autorizado por escribano (secretario judicial) o notario, en que se da fe de un hecho; se traslada total o parcialmente un documento; o se le resume por vía de relación." (1)

El Código de Notariado, en el artículo 66 preceptúa que testimonio: "Es la copia fiel de la escritura matriz,

1. Citado por Manuel Ossorio, "Diccionario de Ciencias Jurídicas" Editorial Heliastro. Argentina 1981. Página 747.

de la razón de auténtica o legalización, o del acta de protocolación, extendida, sellada y firmada por el notario autorizante, o por el que deba sustituirlo, de conformidad con la ley." En el testimonio, a diferencia de la copia simple o legalizada, se deben cumplir las obligaciones fiscales que corresponda al negocio contenido en el Instrumento Público matriz.

VALOR JURIDICO DE LOS TESTIMONIOS

Doctrinariamente se ha dicho, refiriéndose al valor jurídico de las copias o testimonios, que es una representación auténtica de la matriz y que por ello no necesita ningún reconocimiento para que hagan fe.

El testimonio debe concordar con su original, en el sentido de reproducir fielmente el contenido de la escritura; consignando la firma y sello del notario que autoriza, y éste debe anotar en el margen del instrumento matriz, la razón de haber expedido el correspondiente testimonio; a quien; en que fecha y el número de testimonios expedidos.

Aunque el Código de Notariado no hace referencia expresa a dicha razón, es importante que el notario la haga para un mejor orden en su registro notarial.

Tanto la copia, simple o legalizada, como el testimonio, viene a constituir el único instrumento que los otorgantes tienen en su poder, para hacer valer sus derechos, toda vez que las matrices quedan en el protocolo del notario. De ahí, que tanto la escritura matriz como el testimonio notarial, tienen iguales garantías y dan certeza y seguridad. De lo contrario, habría supremacía

entre ambos, y esto daría lugar a pensar que el negocio jurídico celebrado ante el notario autorizante, tendría dos valores, lo cual no es así.

La legislación guatemalteca, le confiere valor probatorio de: "plena prueba" a los testimonios de las escrituras públicas, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad.

CLASIFICACION DE LOS INSTRUMENTOS

PRIMER TESTIMONIO

Comúnmente, se le ha llamado así al testimonio, propiamente dicho. El número dependerá del orden en que se van extendiendo (primero, segundo, etc.) y es aquel que se entrega a los otorgantes; en el cual se satisfacen las obligaciones fiscales correspondientes, de conformidad con el negocio que contiene.

TESTIMONIO ESPECIAL

Es el testimonio que expide el notario, para el Archivo General de Protocolos, en el cual, se cubre el impuesto del timbre notarial, de conformidad con el acto o contrato que contiene.

El Código de Notariado, en su artículo 37, establece que el notario esta obligado a remitir al Director del Archivo General de Protocolos, en la capital, o a los Jueces de Primera Instancia en los departamentos, dentro de los veinticinco días hábiles siguientes al otorgamiento, un testimonio especial, de los instrumentos que autorice.

La importancia del testimonio especial, radica en que es un medio de reconstrucción del protocolo, en caso de pérdida o destrucción.

OTROS TESTIMONIOS

Existen otros testimonios que el notario debe extender, que, doctrinariamente, algunos autores los denominan Testimonios Irregulares, entre los cuales tenemos:

a) EL TESTIMONIO DEL INDICE:

Aunque el Código de Notariado no lo regula, expresamente como una obligación del Notario, sí lo menciona en el artículo 92, al referirse a la "Reposición del Protocolo".

El notario debe hacer el índice del protocolo antes de empastarlo, el cual contiene: el número de orden del instrumento; el lugar y fecha de su otorgamiento; los nombres de los otorgantes; el objeto del instrumento; y, el folio en que principia. Si el protocolo del notario llegara a extraviarse, y el notario, no hubiere remitido el testimonio especial de los instrumentos autorizados al Archivo General de Protocolos (lo que sucede a menudo); o habiéndolos remitido, éstos se hubieren extraviado, el testimonio del índice servirá de mucha utilidad, para su reposición y deberá citarse a los otorgantes que aparezcan en la nómina.

b) EL TESTIMONIO DE LAS PARTES CONDUCENTES EN LA SUCESION EXTRAJUDICIAL:

Una vez terminado el trámite correspondiente, en los procesos de sucesión intestada o testamentaria, tramitados ante notario; el mismo está obligado a extender testimonio de las partes conducentes de dicho expediente, a cada uno

de los declarados herederos o legatarios, en el cual insertará los pasajes que contenga el reconocimiento de herederos y legatarios; la aprobación de las actuaciones y la liquidación. Testimonio que será presentado a los registros correspondientes. Ver artículo 497 del Código Procesal Civil y Mercantil.

c) TESTIMONIO EN LA RECTIFICACION DE AREA:

Los propietarios de bienes inmuebles urbanos, cuya área física sea menor al área que aparece inscrita en los registros de la propiedad inmueble, pueden solicitar ante notario, la rectificación de área de tales inmuebles. Para ello, el notario tramitará el expediente y al final extenderá un testimonio, con duplicado, el cual deberá comprender la resolución; el informe del medidor; la opinión del Ministerio Público y el plano respectivo. Testimonio que servirá para hacer la rectificación correspondiente en los Registros de la Propiedad Inmueble.

FORMA DE EXPEDIR LOS TESTIMONIOS

El Código de Notariado regula que el testimonio puede expedirse en papel sellado, lo cual ha sido suprimido por el papel simple, de conformidad con la Ley del Timbre y Papel Especial de Protocolos; también puede ser compulsado mediante transcripción, manuscrita o a máquina, o bien por medio de fotostática; fotografía de los instrumentos; o fotocopia, completándolos con una hoja adicional en la cual se asentará la razón final y colocarán los timbres respectivos.

Las hojas del testimonio serán numeradas, selladas y firmadas por el notario. Al final del instrumento público se indicará el número de hojas de que se compone; persona

a quienes se extiende y el lugar y la fecha en que se compulse. Artículo 70 del Código de Notariado.

OBLIGACION DE EXTENDER EL TESTIMONIO

De conformidad con el artículo 73 del Código de Notariado, el notario esta obligado a expedir testimonio o copia simple legalizada a los otorgantes, sus herederos o cesionarios, o a cualquier persona que lo solicite, salvo casos de excepción.

OTRAS PERSONAS AUTORIZADAS PARA EXTENDER EL TESTIMONIO

- a) El funcionario que tenga el protocolo en su poder, si está legalmente autorizado para ejercer funciones notariales.
- b) El notario, expresamente, encargado por el notario autorizante, que este, temporalmente, impedido para hacerlo. Artículo 27 y 67 Código de Notariado.
- c) El Director del Archivo General de Protocolos, por solicitud verbal de la parte interesada. Artículos 68 y 81 inciso 1o. del Código de Notariado.
- d) Si por alguna razón el Director del Archivo General de Protocolos no puede extender un testimonio, lo hará el Secretario de la Corte Suprema de Justicia, o el notario que el Presidente del Organismo Judicial designe para el caso. Artículo 68 del Código de Notariado.
- e) Cuando el Notario autorizante se niegue a extender el testimonio, el Juez de Primera Instancia, podrá designar al notario que ha de extenderlo. Artículo 74 del Código de Notariado.

- f) Los Jueces de Primera Instancia, en las cabeceras de su jurisdicción en que no hubiere Notario hábil, o que habiéndolo estuviere imposibilitado, o que se negare a prestar sus servicios, en cuyo caso, dicho funcionario judicial esta facultado para autorizar instrumentos públicos y extender los correspondientes testimonios. Artículo 6 del Código de Notariado.

PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A SOLICITAR EL TESTIMONIO

Doctrinariamente se afirma que las personas o partes que intervienen en el acto notarial, tienen derecho a que se les entregue testimonio o copia, por simple petición de las mismas. Que también pueden obtenerlos, aquellos que acrediten tener interés legítimo a juicio del notario; por ejemplo, el caso de un heredero instituido por testamento, después del fallecimiento del causante.

De conformidad con lo establecido por el Código de Notariado, pueden obtener el testimonio:

- a) los otorgantes, sus herederos o cesionarios, así como cualquier otra persona que lo solicite. Artículo 73 del Código de Notariado.
- b) En relación al testamento o donación por causa de muerte, mientras viva el otorgante, solo a él podrá extenderse el testimonio o copia del instrumentos. Artículo 75 del Código de Notariado.

NEGATIVA DEL NOTARIO A EXTENDER EL TESTIMONIO

CAUSAS JUSTIFICADAS:

- a) De conformidad con el artículo 75 del Código de Notariado, mientras viva el otorgante de un testamento o donación

por causa de muerte, sólo a él podrá extenderse testimonio o copia del instrumento; en consecuencia, el notario no podrá extender testimonio de testamento o donación por causa de muerte, a ninguna otra persona, que no sea el otorgante, mientras éste viva.

- b) El Artículo 76 del mismo cuerpo legal, establece que no puede obligarse al Notario a que extienda testimonio, sin que le hayan cancelado los gastos y honorarios de autorización del instrumento y sin que se le anticipen los de expedición del testimonio, conforme arancel.

CAUSAS INJUSTIFICADAS:

En la práctica, se presentan casos, en que algunos notarios argumentan causas diversas, para negarse a expedir un testimonio; sin embargo, fuera de las ya analizadas, no existe, legalmente, ninguna otra causal que justifique la negativa del notario a extender el testimonio.

EFFECTOS DE LA NEGATIVA

Resumiendo, el Instrumento Público, es 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. Existen Instrumentos Públicos que van fuera del protocolo y cuyos originales quedan en poder de los interesados; y otros, que el Notario autoriza, que van dentro del protocolo. Que el Protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra, de conformidad, con la ley. Finalmente, que el testimonio es la copia fiel de los instrumentos públicos autorizados dentro

del protocolo, extendida, sellada y firmada por el notario autorizante, o por el que deba sustituirlo, de conformidad con la ley.

La importancia del Testimonio radica en que las partes al no contar con el original o matriz del instrumento público por ellos otorgados, necesitan de una copia que, jurídicamente, sea tomada como original, para acreditar y hacer valer en juicio y fuera de juicio, los derechos que incorpora el acto o contrato contenido en el instrumento público.

Ahora bien, si el Notario se negare a extender el Testimonio; cabe preguntarse: ¿Cómo podrían las partes hacer valer los derechos que le otorga el instrumento público? Definitivamente no podrían. A ese respecto, la negativa del notario a expedir el testimonio solicitado, produce dos efectos jurídicos citados a continuación: a) El primer efecto jurídico, consiste en que, el Instrumento Público no cumpliría con su función específica de servir de prueba documental dentro de juicio y fuera de él. b) El segundo efecto jurídico, consiste en que, el Notario renuente, sin tener causa justificada, incurre en responsabilidad.

Al hablar de responsabilidad del Notario, nos refero a su conducta frente a sus obligaciones legales, a que está sujeto en el ejercicio de su profesión, toda vez que, al cometer, actos dolosos o culposos y violando los límites legales, se convierte en el sujeto, a cuyo cargo y a su costa, se debe y se pueden hacer efectivas diversas sanciones.

La ley ordena, permite, prohíbe y amenaza con sancionar a los que no cumplan con sus disposiciones. Esa amenaza jurídica, origina responsabilidad, que se traduce en la aplicación de sanciones por la inobservancia de la norma. En el presente caso, el Notario es depositario de la confianza, no solo de los particulares, sino también del Estado, en consecuencia, debe responder legalmente ante esa confianza, y por ese motivo, el Notario, tiene mayor responsabilidad que la generalidad de los ciudadanos. Tómese nota que los particulares acuden al Notario para celebrar actos y hechos jurídicos, por ese motivo, la ley es rigurosa con él.

En Guatemala, el Notario esta sujeto a responsabilidades legales derivadas de su ejercicio profesional; por ese motivo, dicho profesional del derecho, puede ser objeto de sanciones civiles, penales, administrativas y disciplinarias.

a) RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil tiene por finalidad reparar las consecuencias injustas de una conducta contraria a derecho, o bien reparar un daño causado, sin culpa, pero que la ley pone a cargo del autor material de ese daño.

El Notario es responsable por los daños y perjuicios que pueda causar en el ejercicio de su profesión. El Código Civil establece en su artículo 1645, que: "Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo." El mismo cuerpo legal, en el artículo 1434 define los daños como "la pérdida que se sufre en el patrimonio" y los perjuicios, "las ganancias lícitas dejadas de percibir."

Específicamente, con respecto a los profesionales, el artículo 1668 establece que: "El profesional es responsable por los daños o perjuicios que cause por ignorancia o negligencia inexcusable."

La responsabilidad civil puede originarse de dos formas: a) Contractual y b) Extracontractual. A ese respecto, la responsabilidad contractual, nace de un vínculo contractual, ejemplo, el vínculo que existe entre un notario y los particulares, con motivo de la contratación de sus servicios profesionales y; en cuanto a la responsabilidad extracontractual, se origina cuando el daño causado abarca a terceras personas, ajenas al contrato.

En el caso concreto, si la negativa del Notario a extender el testimonio trae como consecuencia directa de ello un daño o perjuicio en contra del interesado o de terceras personas, el Notario, está obligado a repararlos de conformidad con la ley, a través de los procedimientos específicos.

b) RESPONSABILIDAD PENAL

El artículo I, de las Disposiciones Generales, inciso 2o, del Código Penal, establece que "los Notarios serán reputados como funcionarios cuando se trate de delitos que cometan, con ocasión o motivo de actos relativos al ejercicio de su profesión". Es decir, penalmente, al Notario se le conceptúa como un funcionario público.

Es la responsabilidad más delicada e importante para el Notario, pues, por su carácter de fedatario, tiene depositada

La fe pública del Estado frente a los particulares. Cualquier uso indebido que se le de a la fe pública, traería como consecuencia, desconfianza por parte de los particulares y a la vez, el desconocimiento del Notario, en su carácter de fedatario, generando una inseguridad jurídica.

La responsabilidad penal del Notario, es aquella en que incurre el notario al cometer un delito en el desarrollo de su actuación como Notario. Ejemplo: Una falsedad. En el caso que nos ocupa, la negativa del notario a extender un testimonio, puede originar la comisión de delitos tipificados, tales como: 1) Caso Especial de Estafa; 2) Supresión, Ocultación o Destrucción de Documentos; 3) Incumplimiento de Deberes; o 4) Desobediencia. Artículos 264, 327, 419 y 420 del Código Penal, respectivamente. Además, para el presente caso, en cuanto a la aplicación de la pena se refiere, debe considerarse la circunstancia agravante, regulada en el artículo 27 numeral 12 y la pena accesoria de inhabilitación especial, a que se refiere el artículo 58, ambos del Código Penal.

c) RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La actuación profesional de un notario, no se limita, únicamente, a dar fe a la declaración de voluntad de los comparecientes; a moldear esa declaración de voluntad; a asesorar a sus clientes en cuanto a las obligaciones tributarias que recaen sobre ellos, sino posterior a ello, el notario tiene la obligación de expedir y entregar determinados avisos, respecto a los negocios contractuales celebrados. A éstas obligaciones posteriores al otorgamiento del Instrumento Público, o de cualquier otra intervención

del Notario y que conlleve la obligación de informarlo a la Administración Pública, constituye en si, la responsabilidad administrativa del Notario. Las obligaciones administrativas posteriores al otorgamiento y autorización del Instrumento Público están reguladas en el Código de Notariado; la Ley del Organismo Judicial, el Código Civil y otras leyes relacionadas con las funciones notariales. Para ese efecto, puedo mencionar una de las obligaciones administrativas esenciales del Notario, y que se concreta a la expedición y entrega de avisos y testimonios a los diferentes registros y oficinas públicas.

d) RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

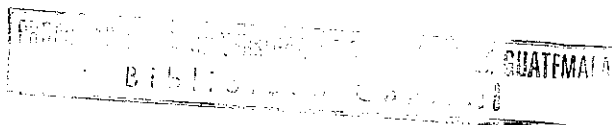
La responsabilidad disciplinaria tiende a proteger los intereses de los particulares. Además, es una forma de control del ejercicio profesional del notariado, para evitar el incumplimiento de las normas jurídicas que lo rigen, evitando con ello, resultados negativos para los contratantes.

Actualmente, esta vigente la Ley de Colegiación Profesional Obligatoria, que regula lo relativo al cumplimiento de los deberes morales y éticos de los profesionales. Los Colegios Profesionales, tienen, entre otras, la finalidad de promover y vigilar el ejercicio profesional, ético y eficiente de los profesionales, en beneficio de la colectividad.

En Guatemala, el ejercicio profesional de la función notarial, es controlado y supervisado por el Colegio de Abogados y Notarios; en donde se lleva un estricto control sobre los notarios hábiles en el ejercicio de su profesión.

Cuando un particular denuncia a un miembro del Colegio de Abogados y Notarios, de haber faltado a la ética o atentado en contra del decoro y prestigio de la profesión, el Colegio, a través del Tribunal de Honor, instruirá averiguación y emitirá dictámenes, acordando en su caso, la sanción correspondiente, que podría ser: sanción pecuniaria; amonestación privada; amonestación pública; suspensión temporal en el ejercicio de su profesión y; suspensión definitiva.

La ley de Colegiación Obligatoria (Decreto 62-91), hace referencia a la moral; disciplina; honestidad; eficiencia; competencia; honorabilidad; buena conducta y ética que deben tener, no solo los Notarios sino todos los profesionales universitarios;. El Código de Etica Profesional, aprobado por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, desarrolla un conjunto de postulados y normas generales de moral y ética que dichos profesionales deben guardar y observar en el ejercicio de su profesión; así como las relaciones con sus clientes; con los tribunales y demás autoridades; normas que son de carácter obligatorio.-



CAPITULO CUARTO

TRAMITE JUDICIAL PARA OBLIGAR AL NOTARIO A EXTENDER EL TESTIMONIO

Como quedó señalado en el Capítulo Tercero, el Notario está obligado a extender el testimonio de los Instrumentos Públicos que autoriza, a las personas que, conforme a la ley, tengan derecho a solicitarlo; y que las únicas justificaciones legales que tiene para negarse a extender el testimonio, son: a) que no se le hayan cancelado los gastos y honorarios de autorización del instrumento y sin que se le anticipen los de expedición del testimonio, conforme arancel; y b) en el caso de los testamentos o donaciones por causa de muerte; mientras viva el otorgante, sólo a él podrá el notario extender testamento o copia del instrumento. En consecuencia, la negativa del notario a extender el testimonio de los instrumentos públicos que ha autorizado, faculta al interesado, para acudir ante un órgano jurisdiccional competente y ejercitar la acción correspondiente a efecto de obtener, en forma coercitiva, la satisfacción de su pretensión.

El artículo 74 del Código de Notariado establece: "Si el Notario se negare a extender testimonio, el Juez de Primera Instancia, previa audiencia que le dará por veinticuatro horas para que exponga las razones que tuviere para negarse, dictará la resolución que proceda; y si ella fuere en el sentido de ordenar que se dé el testimonio y el Notario no la obedeciere, ordenará la ocupación del tomo respectivo del protocolo y designará al notario que ha de extenderlo.

De la lectura del artículo citado, se establece que el derecho que tienen las partes, para solicitar un Testimonio, en caso de negativa injustificada por parte del Notario a extenderlo, es un Derecho Subjetivo, fundamentado en una norma sustantiva. Para ejercitar ese derecho, es necesario contar con una norma procesal que nos dé la solución práctica del problema. El mismo artículo transcrito, nos da un trámite procesal, que permite dilucidar el problema por medio de un órgano jurisdiccional.

Previo a desarrollar ese trámite, se debe establecer, si el mismo constituye o no, un verdadero proceso; o en su caso, qué denominación debemos darle a dicho trámite. Para ese efecto, analizaremos las siguientes definiciones:

PROCESO

"Es una serie de actos jurídicos vinculados entre sí por el fin que se quiere obtener mediante ellos y regulados por las normas legales. Todo proceso se desenvuelve a través del tiempo, y evoluciona a un fin determinado, por virtud del cual los actos en que el proceso consiste, son solidarios los unos de los otros y los posteriores no pueden existir validamente sin los anteriores, en los que tienen su base y razón de ser." (1)

Jaime Guasp, nos dice del Proceso: "Es una serie de sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de los órganos del Estado instituidos especialmente para ello." (2)

-
1. Pallarés, Eduardo. "Derecho Procesal Civil" 9a. Edición. Editorial Porrúa. México 1981, página 94.
 2. Citado por Pallarés. Idem. Página 95.

Formalmente, el trámite para obligar al Notario a extender un testimonio, cuenta con los siguientes elementos: a) Una Instancia que Acciona: Que es el interesado en obtener el testimonio. b) Un Organo Jurisdiccional: Quien resolverá lo procedente, y; c) Un Interés Individual: Que se pretende satisfacer y cuya satisfacción se obtiene mediante la actuación de la ley, en el proceso.

Con base en las definiciones anteriores y elementos analizados, la sustentante, concluye que el trámite establecido por el artículo 74 del Código de Notariado, constituye un verdadero proceso.

A continuación, analizaremos el trámite procesal contenido en el artículo 74 del Código de Notariado.

TRAMITE PROCESAL

- PRIMERO: El interesado debe acudir ante el órgano jurisdiccional competente, toda vez que, el Principio Dispositivo, en materia procesal civil, indica que todos los procesos se inician a instancia de parte.
- SEGUNDO: El Juez resuelve, confiriendo audiencia al notario por 24 horas, para que exponga las razones que tuviere para negarse.
- TERCERO: El juez resolverá lo que proceda. Ya sea que la razón invocada por el Notario sea justificada, o conminando al notario a extender el testimonio.
- CUARTO: Si la resolución fuere en el sentido de que el Notario debe extender el testimonio y éste no obedeciere, el juez ordenará la ocupación del respectivo tomo del protocolo y designará al notario que ha de extenderlo.

Como se observa, es un procedimiento teóricamente sencillo. Sin embargo, en la práctica surgen interrogantes, tales como: ¿Que órgano jurisdiccional es competente?, ¿Cual es la vía procesal que debe observarse?, ¿Que requisitos debe llenar la solicitud?, ¿Es necesario incorporar prueba?, en su caso ¿Qué prueba?, ¿Hay diligenciamiento de la prueba?, ¿Se puede impugnar la resolución?.

En el presente trabajo de tesis, se hace un señalamiento descriptivo, del problema surgido en la práctica al aplicar la norma referida, con el objeto de encontrar una solución jurídica inmediata para dichas interrogantes.

Claro es, que la ley confiere la potestad a un órgano jurisdiccional, para que sea él quien dicte la resolución que proceda; en consecuencia, a continuación se describe las fases procesales del trámite relacionado; desde el momento de la presentación de la solicitud, hasta la resolución final, incluyendo los recursos procesales que pueden interponerse.

ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE

Competencia: Es la cuota de jurisdicción asignada a cada órgano judicial. Es decir, es la facultad que tiene un órgano jurisdiccional de administrar justicia, limitada, únicamente, por razones de la materia, de la cuantía y, del territorio.

a) Por razón de la materia:

A pesar que el artículo 74 del Código de Notariado, no lo especifica, ya que únicamente señala: "el juez de Primera Instancia". Es lógico suponer que debe tramitarse

ante un órgano jurisdiccional del Ramo Civil; toda vez que el hecho no constituye delito y tampoco se encuentra enmarcado dentro de la competencia privativa.

b) Por razón de la cuantía:

El Código Procesal Civil y Mercantil, en los artículos 7 y 8 establece la forma de determinar la competencia por razón de la cuantía en los asuntos de valor determinado; y el artículo 10 del citado cuerpo legal, regula los asuntos de valor indeterminado. En el presente caso, se trata de un asunto de valor indeterminado y en consecuencia, es Juez competente, el de Primera Instancia, lo cual es congruente con el artículo 74 del Código de Notariado.

c) Por razón del territorio:

Según el Diccionario de Cabanellas, la acción personal: "Es la que corresponde a alguno para exigir de otro el cumplimiento de cualquier obligación contraída, ya dimanante ésta de contrato o de cuasicontrato, de delito, cuasidelito o de la ley; y se dice personal, porque nace de una obligación puramente de la persona (por oposición a cosa) y se da contra la obligada o su heredero." (3)

El artículo 17 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece que, el demandante, en toda acción personal, tendrá derecho de ejercitar la acción ante el juez del domicilio del demandado, no obstante cualquier renuncia o sometimiento de éste. En el presente caso, por tratarse de una acción

3. Op. Cit. Página 84.

personal, debe plantearse la solicitud, ante el Juez de Primera Instancia del domicilio del demandado.

En conclusión, el derecho de acción, (solicitud) en contra del Notario que se niega a extender un testimonio, debe plantearse ante un Juez de Primera Instancia (competencia por razón de la cuantía), del Ramo Civil (competencia por razón de la materia), del lugar, en donde el notario tenga su domicilio. (Competencia por razón del territorio).

VIA PROCESAL

El Código Procesal Civil y Mercantil, divide los procesos civiles en: a) Procesos de Conocimiento; b) Procesos de Ejecución y; c) Procesos Especiales.

A efecto de encuadrar el problema planteado dentro de alguno de los procesos mencionados, brevemente se explicará cada uno de ellos.

a) PROCESOS DE CONOCIMIENTO

El Proceso Civil de Cognición comprende: los procesos constitutivos, procesos declarativos y procesos de condena, que defino a continuación:

- 1) Proceso Constitutivo: Tiende a obtener la creación, modificación o extinción de una situación jurídica. La pretensión que le da origen y la sentencia, reciben el nombre de Constitutivas..
- 2) Proceso Declarativo: Trata de obtener la constatación o fijación de una situación jurídica. La pretensión

que le da origen y la sentencia, reciben el nombre de Declarativas, y;

- 3) Proceso de Condena: Tiende a lograr que pese sobre el sujeto pasivo de la pretensión una obligación determinada. La pretensión que le da origen y la sentencia, reciben el nombre de Condena.

b) PROCESOS DE EJECUCION

Procedimiento dirigido a asegurar la eficacia práctica de las sentencias de condena; es decir, que supone un proceso de conocimiento previo. El título ejecutivo más importante, dentro de los procesos de ejecución, es la sentencia; pero, nuestra legislación civil y mercantil, admite que los particulares convengan, estipulen o celebren negocios jurídicos, respaldados por títulos ejecutivos, equivalentes a sentencias de condena. En ese caso, el título contractual, se asimila entonces a una sentencia y adquiere la calidad de título privado de ejecución. Estos títulos contractuales están, expresamente, determinados en el Código Procesal Civil y Mercantil y, atendiendo al título, las ejecuciones se dividen en Vía de Apremio y Juicio Ejecutivo.

c) PROCESOS ESPECIALES

Comprenden: 1) Jurisdicción Voluntaria y; 2) Procesos Sucesorios.

1- Jurisdicción Voluntaria:

Comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. Artículo 401 del Código Procesal Civil y Mercantil.

2- Procesos Sucesorios:

Para obtener la declaración de los derechos emanados del fallecimiento de un causante, o de su muerte presunta. Artículo 450 del Código Procesal Civil y Mercantil.

ENCUADRAMIENTO

Haciendo uso del método deductivo y a la inversa del orden en que fueron presentados los distintos procesos civiles, procuraremos encuadrar el trámite procesal contenido en el artículo 74 del Código de Notariado dentro de alguno de los mismos.

1) Como Proceso Sucesorio:

Se descarta, definitivamente, en virtud de no referirse a derechos derivados del fallecimiento o muerte presunta de un causante.

2) Como Jurisdicción Voluntaria:

De conformidad con la ley, se tramitarán en esta vía, los siguientes actos: a) Por disposición de la ley; b) A solicitud de los interesados, y; c) Que no este promovida ni se promueva cuestión alguna entre las partes; es decir, que no haya contención, ya que de existir oposición, el asunto se declarará contencioso, para que las partes acudan a donde corresponde a deducir sus derechos, es decir mediante un juicio de conocimiento.

Por investigaciones realizadas en distintos tribunales del ramo civil, se pudo constatar que existen pocos expedientes relativos al trámite procesal contemplado en el artículo 74 del Código de Notariado; y de los existentes, casi todos han concluido en la fase de la audiencia al

Notario; puesto que éste, al conferírsele la audiencia por 24 horas, ha optado por extender inmediatamente y en forma voluntaria, el testimonio correspondiente. Sin embargo, entre los pocos que han llegado a la resolución final, se pudo constatar en dos de ellos, que habiendo sido tramitados en juzgados distintos, se les dio el trámite en la vía voluntaria; y en uno de ellos, el juez dictó auto razonado, conminando al notario a extender el testimonio. Dicha resolución, fue conocida por la Sala Jurisdiccional, por virtud de Recurso de Apelación interpuesto por el Notario, habiendo sido confirmado el fallo de Primera Instancia. Existe entonces, antecedente, inclusive en un tribunal colegiado, de que el asunto ha sido tramitado en la vía voluntaria.

Sin embargo, la ponente no comparte ese criterio y estima que dichos órganos jurisdiccionales, han aplicado la vía procesal inadecuada; ya que no se cumple con los presupuestos establecidos en la ley para la procedencia de esta vía. Principalmente, porque la característica esencial de los procesos, en jurisdicción voluntaria, es la falta de contención. ¿Cómo puede, entonces, dictarse una sentencia condenatoria, dentro de un proceso voluntario?. En conclusión, esta vía procesal, resulta notoriamente improcedente, para resolver el problema planteado.

) Como Proceso de Ejecución:

Como se indicó anteriormente, procede la ejecución a sea en la Vía de Apremio o en Juicio Ejecutivo, en virtud de cualquiera de los títulos expresamente señalados en los artículos 294 y 327 del Código Procesal Civil y Mercantil. En ese orden de ideas, la inexistencia de un título ejecutivo

previo, origina la improcedencia del trámite procesal contemplado en el artículo 74 del Código de Notariado, puesto que se cumple con los presupuestos legales de una ejecución; en consecuencia, está vía procesal, resulta improcedente, debiendo, en todo caso, rechazarse de plano.

4) Como Proceso de Conocimiento:

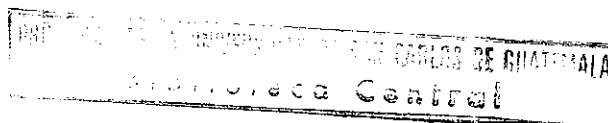
El asunto, que nos ocupa, reviste de algunas características del proceso de conocimiento, toda vez que, el interesado, acude ante el Órgano jurisdiccional para que éste declare que, efectivamente, le asiste un derecho y al notario una obligación. Lo que el actor pretende, es la declaratoria judicial, fundada en el hecho de que, la negativa del notario a extender el testimonio es injustificada y en consecuencia se le condene a extender el testimonio, o en su caso, que otro notario lo haga por él; sin perjuicio de las demás responsabilidades en que incurra.

Dentro de los diversos procesos de conocimiento, encontramos juicios ordinarios; juicios orales; juicios sumarios y juicios arbitrales. El Código Procesal Civil y Mercantil, nos señala los requisitos o presupuestos, para la procedencia de cada una de estas vías; Véase, el artículo 199, para los juicios orales; el 229, para los juicios sumarios; y 269 para los juicios arbitrales. La citada ley también prevé el caso de que, algún asunto litigioso no se encuentre previsto en los artículos anteriores, y para ese efecto el artículo 96 establece que: "Las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en este Código, se ventilarán en juicio ordinario.

Relacionando los artículos anteriores con el asunto que nos ocupa, surge un problema jurídico, traducido en diversos cuestionamientos de la manera siguiente: a) El hecho de no lograr encuadrar el asunto relativo a la negativa del Notario a extender el testimonio, dentro de los diversos procesos regulados en nuestro Código Procesal Civil y Mercantil; y b) El trámite procesal idóneo para obligar judicialmente al Notario, a extender el testimonio. A ese respecto, y resumiendo el análisis jurídico de los diversos procesos antes relacionados, concluimos que no existe una tramitación especial, debidamente legislada en nuestro Código Procesal Civil y Mercantil, para resolver dicho problema jurídico. En consecuencia, cabe preguntarse: ¿Significa entonces que, conforme al artículo 96 transcrito, debemos acudir al juicio ordinario? De ninguna manera. Si el legislador hubiese querido que el referido asunto debía dilucidarse por medio de un proceso de conocimiento, así lo hubiera podido señalar expresamente. Sin embargo, seguramente la intención del legislador, al redactar dicho artículo, se encaminó a que los perjudicados por la negativa del Notario a extender un testimonio, acudieran ante el juez, con la finalidad de satisfacer coercitivamente su pretensión, pero no, mediante el planteamiento de un proceso ordinario o bien alguno de los procesos analizados con anterioridad; sino a través de una vía procesal rápida, desprovista de mayores formalismos, y sin incurrir en gastos ulteriores; características que no son propias de los procesos de conocimiento, en especial del Juicios Ordinarios.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El trámite contemplado en el artículo 74 del Código de Notariado, para resolver el problema surgido por la



negativa del notario a extender el testimonio de un instrumento público que ha autorizado, no se encuentra expresamente, encuadrado dentro de ninguna de las vías procesales específicas establecidas por la ley y tampoco podemos recurrir al proceso ordinario por las razones antes expuestas; pues, obviamente, la intención de los legisladores, fue la de resolver, en corto tiempo, las pretensiones planteadas por los interesados.

Según los términos en que está redactado el artículo 74 del Código de Notariado, el trámite establecido es totalmente sencillo, toda vez que presentada la solicitud, el juez, previa audiencia por 24 horas al notario para que exponga las razones que tuviere para negarse, resolverá lo procedente. La sencillez de dicho trámite es comprensible, en virtud de que el notario está legalmente obligado a extender el testimonio de los instrumentos públicos autorizados y las únicas justificaciones legales para negarse a extenderlo son: 1) La no cancelación de los gastos y honorarios de autorización del instrumento. 2) La anticipación de gastos de expedición del testimonio, conforme arancel; y 3) Para el caso de testamento o donación por causa de muerte, el notario no podrá extender testimonio a persona distinta del otorgante, mientras éste viva. Sin embargo, estos extremos constituyen hechos que deben de probarse, ya que la sola afirmación por parte del Notario de que su negativa se fundamenta en alguna de las circunstancias relacionadas, no son suficientes para que el Juez resuelva la controversia planteada. Es allí en donde surge el problema central del presente estudio jurídico de tésis.

El actor, en su solicitud, manifiesta que el Notario se niega a extender un testimonio y que esa negativa obedece a argumentos injustificados; para el efecto, acompaña a su solicitud los medios de prueba en su poder o bien propone los medios de prueba que considere idóneos a diligenciarse. El juez debe resolver, previa audiencia por 24 horas que hará al Notario para que éste exponga las razones de su negativa. El artículo 74 del Código de Notariado y que es objeto de análisis jurídico, en su parte conducente indica: "para que exponga las razones que tuviere para negarse". Pero, ¿es suficiente que el Notario, solamente exponga las razones de su negativa?, ¿Cómo probará los hechos extintivos de la pretensión del actor? y más aún, ¿cómo procederá en caso que desee impugnar la prueba aportada por el actor?. La sencillez con que el legislador dotó al trámite, hizo que no se previera de aspectos importantes en relación a los medios probatorios que las partes pudieran aportar y el momento procesal en que las mismas fuesen aportadas. La solución al problema planteado, se puede encontrar en el trámite de los Incidentes.

Para el efecto, procederemos a analizar el trámite incidental desde un punto de vista doctrinario y legal.

INCIDENTE

Para el tratadista Guillermo Cabanellas, el Incidente es "La cuestión distinta del principal asunto del juicio, relacionada directamente con él, que se ventila y decide por separado, a veces sin suspender el curso de aquel; y otras, suspendiéndolo." (4).

4. Op. Cit. Página 681.

El artículo 134 de la Ley del Organismo Judicial establece que: "Toda cuestión accesoria que sobrevenga promueva con ocasión de un proceso y que no tenga señalada por la ley procedimiento, deberá tramitarse como incidente.

De conformidad con las definiciones doctrinarias legales mencionadas, se infiere que el "Incidente" tiene las siguientes características:

- a) Supone un asunto principal, con el cual se relaciona directamente.
- b) Se tramita por separado, ya sea, suspendiendo el curso del asunto principal o sin suspenderlo.
- c) No debe tener procedimiento específico señalado por la ley.

Como ya se expuso anteriormente, podemos llamar "proceso" al trámite regulado en el artículo 74 del Código de Notariado y que tiene por objeto obligar al Notario a extender un testimonio. Este es el asunto principal que nos ocupa; la cuestión accesoria sobrevenida sería la oposición del Notario a la pretensión del actor, misma que no tiene procedimiento señalado por la ley. Como el objetivo de la norma es resolver el problema en el menor tiempo posible, no sería conveniente, condicionar el trámite incidental, a que haya oposición por parte del Notario; porque, primeramente se daría audiencia al Notario para que éste exponga las razones de su negativa y sólo si éste se opusiere, se iniciaría el trámite incidental, lo cual me parece un tanto confuso. Por ello, es recomendación de la sustentante, que el problema suscitado, sea tramitado como incidente desde la primera solicitud, hasta su resolución.

final, para lo cual es necesario reformar la norma jurídica que contempla dicho trámite.

Habiendo encontrado una vía procesal adecuada, para tramitar el problema relacionado con la oposición planteada por el Notario, a continuación, procedo a describir dicho trámite, desde la presentación de la solicitud inicial hasta la resolución final, incluyendo los recursos de impugnación aplicables.

1) SOLICITUD

Con respecto a los requisitos de la solicitud, debemos atender lo establecido en los artículos 61, 106 y 107, del Código Procesal Civil y Mercantil, que por considerar importantes, transcribo a continuación:

Artículo 51: La persona que pretenda hacer efectivo un derecho, o que se declara que le asiste, puede pedirlo ante los jueces en la forma prescrita en este Código.

Para interponer una demanda o contrademanda, es necesario tener interés en la misma.

Artículo 61: La primera solicitud que se presente a los Tribunales de Justicia, contendrá lo siguiente:

- 1o. Designación del juez o Tribunal a quien se dirija.
- 2o. Nombres y apellidos completos del solicitante o de la persona que represente, su edad, estado civil, nacionalidad, profesión u oficio, domicilio e indicación del lugar para recibir notificaciones.
- 3o. Relación de los hechos a que refiere la petición.
- 4o. Fundamento de derecho en que se apoya la solicitud, citando las leyes respectivas.

- 5o. Nombres, apellidos y residencia de las personas de quienes se reclama un derecho; si se ignorare la residencia se hará constar.
- 6o. La petición, en términos precisos.
- 7o. Lugar y fecha.
- 8o. Firmas del solicitante y del Abogado colegiado que lo patrocina, así como el sello de éste. Si el solicitante no sabe o no puede firmar, lo hará por él otra persona o el abogado que lo auxilie.

Artículo 106: En la demanda se fijarán con claridad y precisión los hechos en que se funde, las pruebas que van a rendirse, los fundamentos de derecho y la petición.

Artículo 107: El actor deberá acompañar a su demanda los documentos en que funde su derecho. Si no los tuviere a su disposición los mencionará con la individualidad posible, expresando lo que de ellos resulte, y designará el archivo, oficina pública o lugar donde se encuentren los originales.

2) AUDIENCIA

Como ya quedó señalado, es criterio de la sustentante, que el asunto que nos ocupa debe tramitarse en la vía de los Incidentes, para lo cual recomienda una reforma al artículo 74 del Código de Notariado; sin embargo, mientras dicha recomendación no sea acogida, el asunto continuará tramitándose en la forma en que actualmente prescribe la norma; de manera que, el trámite que desarrollaremos, está apegado a la mencionada norma, haciendo en su oportunidad, las comparaciones que creemos conveniente señalar, con respecto a si el trámite fuese el de los Incidentes. Hecha la aclaración, proseguimos con el trámite.

Recibida la solicitud, el juez dará audiencia al Notario por 24 horas, para que exponga las razones que tuviere para negarse. Aquí, hago un paréntesis, para dar cabida al siguiente cuestionamiento: ¿Pueden interponerse excepciones?.

Con respecto a las excepciones, el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, indica que la excepción, "equivale a la oposición del demandado frente a la demanda, o sea, es la contrapartida de la acción. Constituye la oposición que, sin negar el fundamento de la demanda, trata de impedir la prosecución del juicio, paralizándolo momentáneamente o extinguiéndolo definitivamente, según se trate de excepciones dilatorias o perentorias."(5) Aunque constitucionalmente, toda persona tiene derecho de hacer lo que la ley, expresamente, no prohíbe, la admisión de excepciones dentro del trámite regulado en el artículo 74 citado, ó en el incidental, vendría a entorpecer su tramitación y en consecuencia, no procede su admisión. En conclusión, la audiencia que se confiere al Notario es exclusivamente, con el fin de que éste exponga las razones de su negativa.

El criterio sostenido por la ponente, en el sentido de que el asunto debe tramitarse por la vía de los incidentes, se fundamenta en el derecho constitucional de defensa, plasmado en el artículo 12 de la Constitución Política de la República que establece: "La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado,

5. Op. Cit. Página 301.

oído y vencido en proceso legal ante juez o tribuna competente y preestablecido." Al tramitarse el asunto en la vía incidental, ambas partes satisfacen sus respectivos derechos de petición y de contradicción.

3) PRUEBA

La ley contempla las cuatro fases de la prueba, que son: proposición, admisión, diligenciamiento y valoración. El artículo 126 del Código Procesal Civil, establece que las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Quien pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su retención, quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión. El artículo 128 del citado cuerpo legal, nos señala los medios de prueba, y el artículo 129 indica que las pruebas se recibirán con citación de la parte contraria y sin este requisito no se tomarán en consideración. La prueba será analizada con las reglas de la sana crítica, conforme al artículo 127 del Código Procesal Civil y Mercantil.

El artículo 74 del Código de Notariado, no regula lo relativo a la fase de prueba; luego entonces, se presenta la interrogante de cómo debe resolverse ese problema. El artículo mencionado, solamente, indica que se dará audiencia al notario por 24 horas, para que exponga las razones que tuviere para negarse; pero cabe preguntarse: ¿Cómo prueba el notario que sus razones son justificadas?; ¿cómo el actor, de que no lo son?; ¿en qué momento será diligenciada la prueba?; más aún, ¿cómo queda el derecho de las partes de impugnar la prueba.? A ese respecto, vuelvo a reiterar la

deficiencia de la norma jurídica relacionada para resolver los cuestionamientos planteados y reafirmo la tésis de que debe aplicarse el trámite de los Incidentes, el cual tiene regulado un período de prueba de diez días; logrando de esa manera, resolver el problema planteado.

4) RESOLUCION

De conformidad con el trámite procesal señalado en el artículo 74 del Código de Notariado, el juez debe dictar la resolución que proceda, una vez finalizada la audiencia que, por 24 horas se le confirió al Notario. La resolución puede ser en el sentido de declarar: a) Que la negativa del Notario es justificada y en consecuencia, no está obligado a extender el testimonio solicitado, ó b) Que la negativa es injustificada; en cuyo caso se ordenará al Notario que extienda el testimonio, bajo apercibimiento de que, si desobedeciere, se ordenará la ocupación del tomo correspondiente del protocolo y se designará al Notario que ha de extenderlo, sin perjuicio de las otras responsabilidades en que incurra.

Aunque el artículo 74 del Código de Notariado, no especifica el tipo de resolución que deba dictarse, es lógico suponer que se trata de un auto razonado. Tampoco señala el término para dictar la resolución, por lo que debemos sujetarnos a lo establecido en el artículo 142 de la Ley del Organismo Judicial, el cual establece que los autos deben dictarse dentro de tres días.

Ahora bien, si el asunto es tramitado por la vía de los Incidentes, como propone la sustentante, el auto debe dictarse dentro de tres días de transcurrido el plazo de

la audiencia y si se hubiere abierto a prueba, la resolución se dictará dentro de igual plazo, después de concluido el de prueba, de conformidad con el artículo 140 de la Ley del Organismo Judicial.

5) IMPUGNACION

Otra de las deficiencias señaladas al artículo 74 del Código de Notariado, estriba en que dicha norma jurídica, no regula lo relativo a la procedencia o improcedencia de recursos procesales de impugnación en contra de la resolución dictada por el Juez. Para suplir la deficiencia procesal, vuelvo a indicar que, el procedimiento incidental, es la solución jurídica adecuada. En ese orden de ideas, y continuando con el desarrollo del análisis jurídico de dicho trámite procesal, debemos recurrir a los medios de impugnación de las resoluciones judiciales regulados en el Libro Sexto de nuestro Código Procesal Civil y Mercantil. Tenemos entonces que, en contra del auto razonado que resuelve el asunto relativo a la negativa del Notario a expedir el testimonio, pueden interponerse los siguientes recursos:

1) ACLARACION Y AMPLIACION:

Cuando los términos del auto sean oscuros, ambiguos o contradictorios; o bien cuando se hubiere omitido resolver alguno de los puntos sobre que versare el proceso; y debe interponerse dentro de las 48 horas de la notificación. Artículo 596 del Código Procesal Civil y Mercantil.

2) APELACION:

Son apelables los autos que pongan fin al proceso, en este caso, es apelable el auto que resuelve el asunto; y debe interponerse dentro de tres días de la notificación. Artículo 602 del Código Procesal Civil y Mercantil. En caso de que fuere abierto un incidente, el auto que lo resuelva, también es apelable, conforme al artículo 140 de la Ley del Organismo Judicial y dentro del mismo término señalado en el Código Procesal Civil y Mercantil, es decir tres días.

3) NULIDAD:

Podrá interponerse contra las resoluciones en que se infrinja la ley, cuando no sea procedente el de apelación. Deberá interponerse dentro del tercer día de notificarse la resolución o de conocida la infracción y se tramitará como incidente. Artículos 613, 614 y 615, del Código Procesal Civil y Mercantil. En el presente caso, si existe ya un antecedente donde un tribunal colegiado conoció en apelación de un hecho similar. significa que el auto que resuelve en definitiva el asunto, es apelable y como consecuencia no cabe el recurso de nulidad; pero sí puede interponerse contra cualquier otra resolución o en contra del procedimiento.

CONCLUSIONES:

- 1- Las únicas justificaciones legales del Notario, para negarse a extender el Testimonio de los Instrumentos Públicos que quedan registrados dentro del protocolo a su cargo, son: a) En caso de tratarse de testamento o donación por causa de muerte, mientras viva el otorgante, solo a éste puede extenderle el testimonio, entendiéndose entonces que a nadie más podrá extenderse; b) Cuando no se le hayan hecho efectivo los gastos y honorarios de autorización del Instrumento; y c) Cuando no se le hayan anticipado los gastos y honorarios de expedición del testimonio.

- 2- El encargado de calificar si la negativa del Notario es o no justificada, es un órgano jurisdiccional competente, a través de un procedimiento, dado por el artículo 74 del Código de Notariado; y las partes tienen el derecho y la obligación de demostrar sus respectivas argumentaciones.

- 3- El trámite dado por el Código de Notariado, en el artículo 74, para resolver judicialmente la controversia surgida por la negativa del Notario a extender el testimonio, es deficiente en cuanto a su aplicación en la práctica; Por ello, es conveniente tramitar el asunto, por la vía Procesal de los Incidentes.

RECOMENDACIONES:

En virtud de las deficiencias de que adolece el artículo 74 del Código de Notariado, me permito recomendar que al problema surgido de la negativa del notario a extender el testimonio, al ser planteado ante un órgano jurisdiccional, se le de el trámite procesal de los Incidentes, regulado en la Ley del Organismo Judicial, artículos del 135 al 140. Para lo cual propongo que el artículo referido, sea reformado en siguiente sentido:

"Artículo 74. Si el Notario se negare a extender el testimonio, el interesado puede acudir ante el Juez de Primera Instancia del Ramo Civil, para que éste, por la vía de los incidentes, resuelva lo procedente; y si la resolución fuere en el sentido de ordenar que se extienda el testimonio y el Notario no la obediere, ordenará la ocupación del tomo respectivo del protocolo y designará al notario que ha de extenderlo, a costa del Notario desobediente y sin perjuicio de las demás responsabilidades en que incurriere."

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA:

AUTORES NACIONALES

- Aguirre Godoy, Mario Derecho Procesal Civil. Editorial Académica Centroamericana, S.A. Guatemala, 1982.
- Hernández Camey, Emma Yolanda El Contenido y Forma del Protocolo del Notario. Tesis de Grado. Guatemala, 1980.
- Hernández Lima, María Eugenia Teoría y Práctica de los Testimonios Notariales. Tesis de Grado. Guatemala, 1980.
- Muñoz, Nery Roberto Introducción al Estudio del Derecho Notarial. Ediciones Mayte. Guatemala, 1990.
- Muñoz, Nery Roberto El Instrumento Público y el Documento Notarial. Ediciones Mayte. Guatemala, 1991.
- Porta España, Ronaldo Teoría del Instrumento Público. Tesis de Grado. Guatemala, 1961.

AUTORES EXTRANJEROS

- Cabanellas, Guillermo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliastra S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1979.
- Gimenez-Arnau, Enrique Introducción al Derecho Notarial, Editorial Universidad de Navarra, S.A.. Pamplona, España, 1976.
- González, Carlos Emérito Derecho Notarial. Editorial Editora La Ley, S.A. Argentina, 1971.
- Ossorio, Manuel Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliastra S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1981.
- Pallarés, Eduardo Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S.A. México, 1981.

Pallarés, Eduardo

Derecho Procesal Civil. Editorial
Porrúa, S.A. México, 1981.

LEGISLACION NACIONAL

Constitución Política

de la República de Guatemala. 1985

Código de Notariado.

Decreto 314 del Congreso de la
República, 1946.

Código Civil.

Decreto Ley 106. 1963.

Código Procesal Civil.

Decreto Ley 107, 1963.

Ley del Organismo Judicial.

Decreto 2-89 del Congreso de la
República. 1989.

Ley de Colegiación
Profesional Obligatoria.

Decreto 62-91 del Congreso de la
República, 1991.

Código de Etica Profesional

del Colegio de Abogados y Notarios
de Guatemala 1994