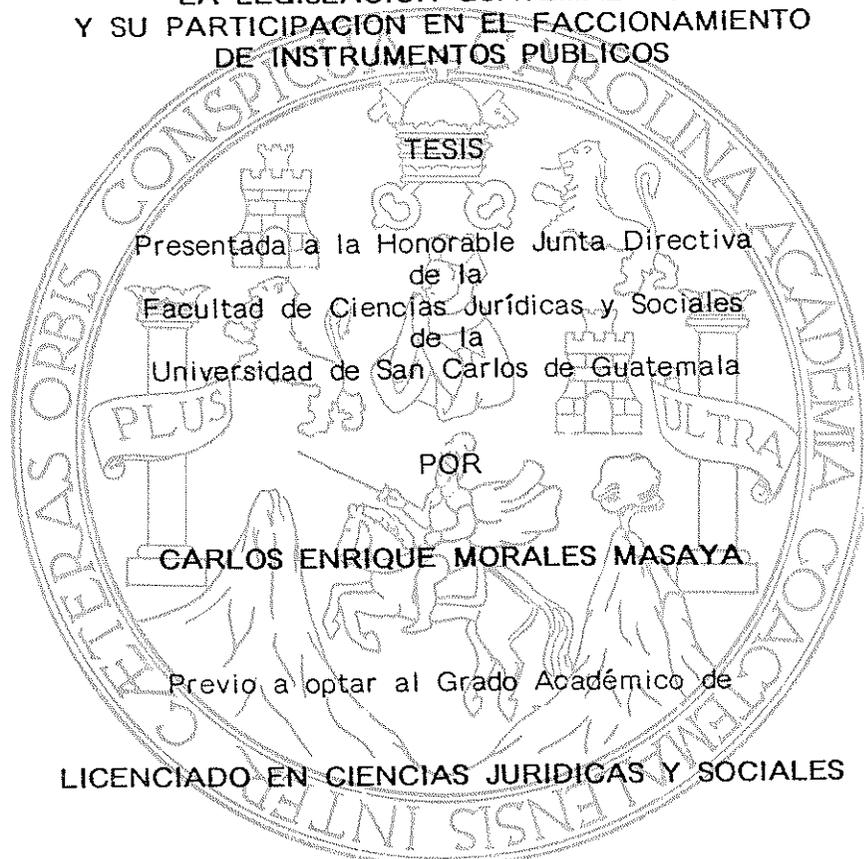


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

CLASES DE TESTIGOS QUE REGULA  
LA LEGISLACION GUATEMALTECA  
Y SU PARTICIPACION EN EL FACCIONAMIENTO  
DE INSTRUMENTOS PUBLICOS



Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

POR

**CARLOS ENRIQUE MORALES MASAYA**

Previo a optar al Grado Académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

Y a los Títulos de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, Agosto de 1995



04  
T (3012)  
C 11

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

DECANO	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
VOCAL I	Lic. Luis César López Permouth
VOCAL II	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL III	Lic. Roosevelt Guevara Padilla
VOCAL IV	Br. Edgar Orlando Najarro Vásquez
VOCAL V	Br. Carlos Leonel Rodríguez Flores
SECRETARIO	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN  
TECNICO PROFESIONAL**

DECANO	Lic. Raúl Antonio Chicas Hernández
(en funciones)	Lic. Mario Estuardo Gordillo Galindo
EXAMINADOR	Lic. Juan Carlos López Pacheco
EXAMINADOR	Lic. Manuel de Jesús Elías Higueros
EXAMINADOR	Lic. Manuel de Jesús Elías Higueros
SECRETARIO	Lic. Hugo Haroldo Calderón Morales

**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).

**RICARDO ALVARADO GANDOVAL**

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

ABOGADO Y NOTARIO

BUFETE:

4a. Avenida 3-70 Zona 1

Tel. y Fax: 21429

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

18 MARZO 1995

RECIBIDO

SECRETARIA

SECRETARIA



1619-95

Ciudad de Guatemala de la Asunción  
28 de Abril de 1995.

Licenciado  
JUAN FRANCISCO FLORES JUAREZ  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Señor Decano:

De conformidad con providencia de fecha quince de marzo de mil novecientos noventa y cinco, informo que asesoré el trabajo de tesis del Bachiller Carlos Enrique Morales Masaya, intitulado "CLASES DE TESTIGOS QUE REGULA LA LEGISLACION GUATEMALTECA Y SU PARTICIPACION EN EL FACIONAMIENTO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS".

El trabajo cumple con los requisitos exigidos, para su revisión y será obra de consulta para los estudiantes en un punto de los cursos de Notariado I y II.

Al Agredecer su atención me suscribo

Atentamente

Lic Ricardo Alvarado Sandoval  
ASESOR

Ricardo Alvarado Sandoval  
ASESOR

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
MÉDICAS Y SOCIALES  
Calle Universitaria, Zona 12  
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;  
Guatemala, mayo veintidos, de mil novecientos noventicinco.-

Atentamente pase al Licenciado VICTOR MANUEL HERNANDEZ SAL-  
GUERO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del  
Bachiller CARLOS ENRIQUE MORALES MASAYA y en su oportunidad  
emita el dictamen correspondiente. -----

*[Handwritten signature]*

ahg.-



*[Handwritten signature]*



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES  
SECRETARÍA

Universidad, Zona 12  
Guatemala, Centroamérica

22 JUN. 1995

RECEBIDO

Horas: 10 Minutos  
OFICIAL



2056-95

Guatemala 16 de junio de 1995

Señor Decano:

Atendiendo a la resolución del Despacho de su cargo, de fecha veintidos de mayo del año en curso. Me permito informar a Usted, que he procedido a revisar el informe final del trabajo de tesis, presentado por el Bachiller CARLOS ENRIQUE MORALES MASAYA titulado "CLASES DE TESTIGOS QUE REGULA LA LEGISLACION GUATEMALTECA Y SU PARTICIPACION EN EL FACCIONAMIENTO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS".

El estudiante MORALES MASAYA, atendió algunas recomendaciones que le hice en cuanto a generalidades sobre su trabajo, asimismo cumplió con los aspectos metodológicos que se requieren para una Investigación Científica, de esta naturaleza. Por lo que estimo, salvo mejor criterio, que el informe llena los requisitos mínimos, que se requieren para la elaboración de tesis, por lo que el mismo puede ser discutido en el EXAMEN PUBLICO DE TESIS, previo a que el sustentante obtenga el Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los Titulos profesionales de Abogado y Notario. En tal sentido, señor Decano mi dictámen es favorable.

Atentamente soy del señor Decano, su defensor y S. S.  
"LE Y ENSEÑAD A TODOS"

*[Handwritten signature]*  
Lic. VICTOR MANUEL HERNANDEZ SALGUERO  
REVISOR

Victor Manuel Hernández Salguero  
ABOGADO Y NOTARIO  
Colegiado 2738

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

- A La Universidad de San Carlos de Guatemala
- A La Gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

## INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	i
<b>Capítulo I</b>	
<b>ASPECTOS GENERALES SOBRE LOS TESTIGOS</b>	<b>1</b>
Consideraciones Generales	1
Evolución Histórica	2
Definición de Testigo	8
Clases de Testigos	10
Testigos Rogados	11
Testigos Instrumentales	13
Testigos de Conocimiento	15
<b>Capítulo II</b>	
<b>PARTICIPACION DE TESTIGOS EN LA AUTORIZACION DEL INSTRUMENTO PUBLICO POR NOTARIO</b>	<b>19</b>
Número de Testigos	22
La Rogación del Testigo	26
Intervención del Testigo Instrumental en el Instrumento Público	29
Intervención del Testigo de Conocimiento en el Instrumento Público	32
Intervención del Testigo Rogado en el Instrumento Público	34
Instrumentos Públicos en que intervienen los testigos	34
Los Testigos en el Acta Notarial	35
Los Testigos en el Acta de Legalización de Firmas	39
Los Testigos en el Acta de Protocolización	40
Intervención de Testigos en la Escritura Pública	46
Intervención de Testigos por Disposición de la Ley	49
Los Testigos Instrumentales en el Testamento Abierto	51
Los Testigos de Conocimiento en el Testamento Abierto	52
Los Testigos Rogados en el Testamento Abierto	52
Los Testigos Instrumentales en el Testamento Cerrado	54
Los Testigos de Conocimiento en el Testamento Cerrado	55
Los Testigos Rogados en el Testamento Cerrado	56
Los Testigos Instrumentales en la Donación Por Causa de Muerte	60
Los Testigos de Conocimiento en la Donación Por Causa de Muerte	61
Los Testigos Rogados en la Donación Por Causa de Muerte	61
<b>Capítulo III</b>	
<b>ACTUACION DE LOS TESTIGOS EN LA FUNCION NOTARIAL DE ACUERDO A LA LEGISLACION VIGENTE</b>	<b>63</b>
Régimen Legal de la Participación de los Testigos en la Función Notarial	63
Testigos de Conocimiento	65
Testigos Rogados	67
Impedimentos Legales Para Actuar como Testigos	68

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

	Pág
Capacidad	69
Conocimiento	70
Imparcialidad	71
Actos Inter-Vivos	72
Actos Mortis-Causa	74
Aptitudes de los Testigos Instrumentales en el Testamento	75
Normas Positivas	76
Normas Negativas	81
Normas Complementarias	83
<b>Capítulo IV</b>	
<b>ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TESTIGOS EN LA AUTORIZACIÓN DEL INSTRUMENTO PÚBLICO</b>	<b>87</b>
Criterios Doctrinarios Sobre la Necesidad de la Intervención de los Testigos	87
Teoría Subjetiva	89
Teoría Objetiva	94
Teoría Ecléctica	98
Teoría Predominante en la Legislación Guatemalteca	102
Calidades Que Debe Reunir el Testigo Instrumental	103
Carácter de su Intervención	104
Consecuencia de la Omisión de Testigos Instrumentales	106
Calidades Que Debe Reunir el Testigo de Conocimiento	108
Carácter de la Intervención de los Testigos de Conocimiento	110
Consecuencia de la Omisión del Testigo de Conocimiento	111
Calidades que debe reunir el Testigo Rogado	113
Carácter de la Intervención del Testigo Rogado	113
Consecuencia de la Omisión del Testigo Rogado	114
Conclusiones	117
Recomendaciones	119
Bibliografía	121
Apéndice	123

## INTRODUCCION

El propósito del presente trabajo de tesis, es el de aportar para el estudiante de Derecho, especialmente de Derecho Notarial, un criterio con respecto a si deben aún en nuestros tiempos intervenir los testigos en el Instrumento Público.

La intervención de testigos en el Instrumento Público siempre ha sido un tema pleno de polémicas desde tiempos muy antiguos; en las que han participado diferentes tratadistas muy distinguidos del Derecho Notarial.

Para el desarrollo de este tema he realizado la presente investigación, sencilla; pero hecho con mucho cariño y esfuerzo; en la cual se estudian las tres clases de testigos conocidas en Guatemala, las más comunes como los testigos instrumentales, los testigos de conocimiento, los testigos rogados.

También en el desarrollo del trabajo se analizan las tres teorías que la doctrina explica sobre la participación de los testigos en los actos y contratos inter-vivos y mortis causa que son; la teoría subjetiva, la teoría objetiva, la teoría ecléctica.

Esta tesis, está dividida en cuatro capítulos. El primer capítulo, trata de los aspectos generales sobre los testigos las consideraciones generales, la evolución histórica de los testigos.

El segundo capítulo; expone la participación de los testigos en la autorización del Instrumento Público por notario, el número de testigos, la rogación, los instrumentos públicos en que intervienen los testigos, la intervención de testigos por disposición de la ley.

El tercer capítulo, explica la actuación de los testigos

en la función notarial de acuerdo a la legislación vigente.

El regimen legal de participación de los testigos en la función notarial, los impedimentos legales para actuar como testigos.

El cuarto capítulo, expone un análisis jurídico y doctrinario sobre la participación solo de los testigos en la autorización del Instrumento Público, haciendo una breve investigación sobre las tres teorías que estudian la intervención de los testigos en el Instrumento Público que son la teoría subjetiva, la teoría objetiva y la teoría ecléctica. Además se analizan en este capítulo las teorías que predominan en el Código de Notariado guatemalteco, también las consecuencias de la omisión de los testigos.

Por último agradezco a todas las personas que de alguna forma me proporcionaron su ayuda para la elaboración del presente trabajo de tesis; esperando que en mínima parte contribuya a enriquecer el conocimiento de los futuros notarios, sobre el tema de la intervención de los testigos en el Instrumento Público.

## CAPITULO I

### ASPECTOS GENERALES SOBRE LOS TESTIGOS

#### CONSIDERACIONES GENERALES

El estudio de los testigos, sólo interesa desde el punto de vista del instrumento público, para efectos del presente trabajo. La presencia y firma del testigo juntamente con los otorgantes, ha originado la concepción de amplias doctrinas, sobre la necesidad del testigo o su ineficacia para la validez del instrumento público. En capítulos posteriores expondré las diferentes teorías que existen respecto de los testigos.

Expondré su definición, requisitos, efectos, de su intervención firma y designación, en sus tres clases, testigos rogados, testigos instrumentales y testigos de conocimiento ya sea en los instrumentos inter vivos o mortis causa.

En cuanto a la controversia sobre la utilidad o inutilidad de los testigos, estamos con los que sostienen su inutilidad

La misión del testigo ha sido superada en el acto escriturado. La función notarial abarca ya todo el campo instrumental sin más forjador de aquellos actos en cuanto a su formación externa que el Notario.

A pesar de mi posición en cuanto a los testigos, son varias las razones por las cuales realizo este estudio:

- 1a. En Guatemala los testigos todavía intervienen en varios actos jurídicos.
- 2a. Su tradición histórica, que data de varios siglos.
- 3a. En el derecho comparado, la mayoría de legislaciones ex-

trangeras estan en similiar posición que la que sostengo sin embargo hay otras legislaciones extrangeras que aú admiten a los testigos.

#### EVOLUCION HISTORICA

El hombre se ha servido invariablemente, y desde muy antiguo, de los testigos, para recibir las pruebas de la realización de determinados actos, al menos, en cuanto a los ejecutados con una finalidad jurídica.

Para iniciar este recorrido histórico, Neri Argentino citando la Biblia dice: expongo que es en la Biblia, libro sagrado, donde se ofrecen diferentes e interesantes actos en los cuales intervienen testigos, por ejemplo: en el Capítulo XXII del Génesis, cuando Abraham pidió permiso para sepultar a Sar y compró el lugar, la venta se hizo a presencia de los hijos de Heth; de igual manera en el libro de Ruth, capítulo IV, cuando Booz tomó por esposa a Ruth, y compró una heredad, dijo a los ancianos, y al pueblo que allí estaba que ellos eran testigos del acto por el cual él entraba en posesión de las cosas que eran de la vendedora; también leemos en Jeremías, en el capítulo XXXII, estando preso Jeremías durante el asedio que los Caldeos impusieron a Jerusalem, compró un campo a Hanamee en presencia de testigos que la misma escritura refería; todo ello como se ve, ejemplos claros que se ofrecieron a la inteligencia para asegurar la realización de los contratos.

De acuerdo a lo anterior, se puede señalar que la Biblia enuncia la existencia del testimonio como medio insustituible de confirmar la verdad en la conciencia de los hombres.

Dos o tres testigos han sido suficientes, según la ley antigua para robustecer con su aseveración la certeza de un

hecho cuestionado, dice Neri Argentino que:

En el Antiguo Testamento se encuentran señales indudables de lo anteriormente indicado, por ejemplo: en el libro quinto de Moises, comunmente llamado Deuteronomio (1), allí se expresa: "en el dicho de dos testigos, o en el dicho de tres testigos, consistirá el negocio."

Continúa Neri Argentino, de la misma manera se lee en el Nuevo Testamento, cuando San Mateo dijo a sus discipulos: "Si tu hermano no te oyere, toma aún contigo uno o dos, para que en boca de dos o tres testigos conste toda palabra." (2)

Más tarde, según San Juan, cuando en virtud de su poder los escribas y fariseos llevaron a Jesús, en el Monte de los Olivos, a una mujer tomada en adulterio, el Maestro dijo: "En vuestra ley está escrito que el testimonio de dos hombres es verdadero. Yo, sólo doy testimonio de mí mismo".(3)

Después cuando Timoteo, inspirado en la defensa del anciano, manifestó que no debía recibirse acusación "sino con dos o tres testigos."(4)

Como puede observarse, el testimonio realizaba un papel muy importante en la vida primitiva de estos pueblos; fue tan singular su importancia que la recepción de pruebas contractuales a base de testigos pasó a los pueblos cuya civilización heredaron y así arraigada su práctica por los Asirios, Babi-

- 
- (1) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. Vol. 3. pág. 175.
  - (2) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. Vol.3. Pág.175.
  - (3) Ibidem. pág. 175.
  - (4) Ibidem. pág. 176.

lonios y Egipcios, primeramente, y por los Griegos y los Romanos después, el testimonio humano terminó por manifestarse con una condición esencial para la validez de las relaciones contractuales.

En Roma, sin embargo, en un principio, a raíz de que el Estado garantizaba el derecho de propiedad, la sanción de los actos relacionados con esta actividad era dada en las asambleas comiciales; empero, los inconvenientes que solían ofrecer estas reuniones, dieron pábulo a una transformación, y, en su virtud la representación del pueblo en los comicios se sustituyó por un número determinado de ciudadanos, y así los límites se fueron reduciendo hasta que, en definitiva, dejando de ser representantes del pueblo romano, empezaron a intervenir por elección de partes para certificar el desarrollo de las negociaciones que tenían lugar.

Resumiendo, el testigo ejercía un mandato limitado, pues era mandatario de la clase social de que formaba parte, algo así como un agente activo sobre el que se hacía gravitar la fuerza que emanaba de la conducta ética de los representados.

De las diferentes actuaciones manifestadas en torno a la función testificadora practicada por los romanos, cabe mencionar aquella que atribuía al pueblo, en su origen, una notable preponderancia en el desarrollo de los hechos jurídicos.

Núcleos populares asumían la representación del Estado y haciéndose presente en los actos y contratos que se formalizaban públicamente, tomaban conocimiento directo de tales actividades. En este aspecto, aunque sea superfluo decirlo, el acto se desenvolvía ante los ojos y oídos de los asistentes.

De manera que llegado el caso de que las partes contra-

antes alegasen sus derechos, el testimonio de los circunstantes al acto permitía fallos imparciales. En una hipótesis más, esta puede agregarse que la presencia de ese pueblo, además de imprimirle solemnidad al acto, multiplicaba su divulgación, dándole un verdadero estado público.

De lo expuesto se percibe que el pueblo desempeñaba una función activa y directa como elemento constitutivo de la legitimación de las relaciones jurídicas; su testimonio infundía respeto y rigurosa observancia. Atendidos a esta experiencia, se ve mucho contribuyó en la formación del derecho, es de advertir que si el pueblo no hubiera participado activamente en la celebración de los actos y contratos, otro habría sido el resultado de su desenvolvimiento y otra también la economía del mundo actual. En definitiva; es preciso indicar que con el paso del tiempo esa experiencia de la intervención popular adquirió un carácter simbólico, particularmente en la mancipatio, a cuyo otorgamiento acudían diversos ciudadanos, lo que, abandonando aquel carácter, acabaron por hacerlo como simples testigos, presentes y videntes del acto.

De acuerdo a lo expuesto, es fácil vislumbrar que el testimonio público fue durante mucho tiempo requisito necesario para formalizar toda clase de contratos. Después, naturalmente de acuerdo a su evolución, sufrió un cambio en cuanto a que los núcleos populares dejaron de actuar como representantes del Estado, para hacerlo en función simbólica como sello de garantía contractual, ello se debió a la propia evolución jurídica de las instituciones, a través de cuyo progreso y tras riguroso ordenamiento el testigo surgió como elemento tipo de instrumentación, encaminado primeramente, a asegurar las operaciones jurídicas contractuales, dando a la parte interesada su concurso moral y material, y más tarde, como barrera para evitar la falacia que pudieran arguir los contratantes

interesados en el acto.

El Fuero Juzgo, es el primer cuerpo legal que aparece en España, y que homologó las leyes godas y romanas relativas al testimonio, al Fuero Juzgo se le llama también Libro de los Dioses o de los Jueces. Este Código amalgamó los principios jurídicos que se habían esparcido en el país. La forma definitiva que luego adquirió en el propio y primitivo lenguaje en que fue escrito, el tratado de la materia y su lógica distribución, son circunstancias que aún se admiran. Citaré algunas regulaciones que contiene dicho Código por ejemplo: El libro II, título IV, preceptó sobre la prueba de los testigos, y que la ley 1a. enunció las personas que no podían testimoniar en juicio, la ley 2a. dispuso sobre el juramento de los testigos y su obligación de decir verdad, la ley 3a. señaló el valor de la prueba y el proceso a seguir en el caso de impugnación de falsedad de un documento; la ley 5a. prohibió declarar por escrito; la ley 12a. fijó en catorce años la edad mínima para ser testigo y la ley 13a. sancionó la prohibición de presentar a los parientes como testigos. El mismo libro II, título V, trató sobre las escrituras y los testimonios y sus requisitos y eficacia.

Luego apareció el Fuero Real, en donde de igual modo se cuidó el aspecto testimonial tanto en prácticas judiciales como en asistencias notariales. Es así que en el libro 2o., título 8o., en que preceptúa respecto de los testimonios y de las pruebas, se establecía por la ley 8a., en que cosas podía ser testigo la mujer; por la ley 9a. que no podía testificar.

En el Fuero Real se reglamentó que todas las cartas tenían que hacerse, al menos con tres testigos según la ley I Tomo IX libro 2o.

Más tarde surgió lo que se llamó Las Partidas, en donde se reglamentó bastante lo que es la institución testimonial por ejemplo: en el título XVI de la Partida III, la ley 1a. definía lo que debía entenderse por testigo. En las Partidas 54, título 18, Partida 3a. se dispuso: "En toda carta pública sean dos escribanos públicos por testigos; la ley 9a. prescribía los años que debían tener aquellos que atestiguasen.

Aparece después la Novísima Recopilación y ya en el siglo VI, la ley 1a. título XXIII, libro X, organiza el protocolo reiteró la presencia de las partes y de los testigos. Los escribanos debían en el mismo momento leer lo escrito a las partes y a los testigos.

La ley orgánica del notariado español de 1862, sancionada por Isabel II, exigió la presencia mínima de dos testigos en los actos inter vivos. La reforma de 1939 a la ley orgánica del notariado español, es en abierta oposición con el testigo dio el gran paso hacia su eliminación. Neri Argentino cita Herrán de las Pozas que dice, por regla general los testigos no son necesarios, y solamente cuando el notario o los interesados los requieran, o cualquiera de estos no sepan leer y escribir en número de dos de acuerdo con el artículo 20 de la ley del Notariado Español; pero como la reforma sólo se impuso respecto de los actos inter vivos, quedaron subsistentes los testigos en materia de testamentos; lo cual es un acierto, cabe regar, porque la prueba testifical, en los actos de última voluntad es más severa que la de los actos inter vivos.(5)

Paralelamente en Francia, en los primeros Decretos del notariado también surgieron los testigos. La intervención de segundos notarios en las actas notariales proviene de Luis XI, cuando estableció en la fortaleza de Paris una cofradía

5) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. Vol. 13. pág. 182.

de sesenta notarios disponiendo que dos lo fueran para recibir las actas según Normand Emile.

Hasta fines del siglo pasado los testigos siguieron valiéndose como en aquellos primeros tiempos, hasta que la doctrina va volcándose en contra de los testigos.

#### DEFINICION DE TESTIGO

Antes de dar una definición de testigo, considero importante citar algunas definiciones de tratadistas del Derecho Notarial, mencionados en su obra por Neri Argentino.

Para Neri Argentino, testigo, del latin *testificus*, *testis*, es palabra que suele emplearse en dos sentidos: uno general respecto de la persona que testimonia una cosa o un hecho, es, que afirma o asegura sobre algo; y otro, particular, e cuanto al individuo que por efecto de su presencia adquiere directo y verdadero conocimiento de una cosa o de un hecho. En el orden académico, testigo tanto es la persona que da testimonio de una cosa o la atestigua, como la persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de una cosa.(6)

Por su parte Escriche a quien siguen Orellano y González testigo, es la persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos.(7)

Para Novoa Seoane, testigo, es la persona humana que da testimonio de alguna cosa por haberla visto u oído.(8)

- 
- (6) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial  
Vol. 3 pág. 182.
  - (7) Ibidem. pág. 183.
  - (8) Ibidem. pág. 183.

El tratadista del Derecho Notarial Otero y Valentin dice: que el factor personal de los testigos como elemento instrumental ha tenido distinta eficacia y trascendencia. Antiguamente, cuando la función se observaba privadamente, y el notario escribano no se imponía, utilizándose como auxiliar de los torgantes, los testigos siempre figuraban para corroborar y testificar lo celebrado.(9)

Y por último, también el tratadista de Derecho Notarial, Maldana dice: "testigos son las personas que declaran sobre la exactitud o veracidad de algún hecho o asisten al otorgamiento de una escritura; son las personas que dan testimonio de una cosa o la atestiguan, constituyendo en el primer caso una solemnidad exigida por la ley en las escrituras públicas y en algunos instrumentos públicos, y en el segundo caso un medio de prueba, cuando deponen sobre un hecho que conocen.(10)

Para Oscar Salas Marrero y Rubén Hernández Valle, en sentido genérico, el testigo puede ser definido como aquella persona que rinde testimonio de alguna cosa; no obstante, se considera como tal el que adquiere, en forma directa, el verdadero conocimiento de algo.(11)

Por lo anterior, y, tomando algunos de los elementos principales de cada una de las definiciones anteriores, a mi entender, TESTIGO, es tanto la persona que asiste al otorgamiento de una escritura pública o algún instrumento público; como la persona que declara sobre la veracidad de un hecho, que le consta.

-----  
(9) Ibidem. pág. 183.

(10) Argentino I.Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. Vol. 3, pág. 183.

(11) Apuntes de Derecho Notarial. Tomo I, pág. 283.

El testigo ha existido siempre, como lo he señalado anteriormente, tanto en el sentido de la solemnidad que exige la ley, como cuanto a medio de prueba.

Como requisito solemne, el testigo, se dice que es indispensable su asistencia al acto jurídico por ejemplo en un testamento abierto. Como prueba, es un medio para ofrecer declaraciones en un juicio, referentes a los hechos o actos que conoc por haberlos visto u oído o que le consten.

Por lo anteriormente expuesto, en Derecho, la palabra TESTIGO, tiene dos acepciones, la primera que es como una solemnidad que es exigida por la ley, para la formalización de actos jurídicos; y, como un medio de prueba.

Los testigos deben ser civilmente capaces, idoneos y conocidos por el notario, tal como lo preceptúa el artículo 52 de Código de Notariado de Guatemala. Si el Notario no conociere al testigo o testigos, deberá cerciorarse de su identidad por los medios legales, como lo son la Cédula de Vecindad para los nacionales; y el pasaporte para los extranjeros.

Existe la excepción cuando se trata de testigos de conocimiento ya que en este caso sí debe conocerlos.

#### CLASES DE TESTIGOS

La clasificación de los testigos en clases es resultado de lo que testifiquen, esto es, de la acción y efecto de testificar.

Las clases de testigos que intervienen en el Instrumento Público son diversas; pero las más conocidas en lo que se refiere a la legislación notarial guatemalteca son tres:

- .- Testigos Rogados y Coadyuvantes.
- .- Testigos Instrumentales.
- .- Testigos de Conocimiento o Abono.

#### TESTIGOS ROGADOS O COADYUVANTES

Son las personas que firman a ruego de un otorgante que no sabe o que no puede firmar y por lo tanto sólo deja la impresión digital. Si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo rogado por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. También se les llama testigos de asistencia. Lo mencionado anteriormente está estipulado en el artículo 29, numeral 12 del Código de Notariado vigente.

Perez Fernández del Castillo indica que los testigos de asistencia (rogados) son los que se requieren cuando por ejemplo una persona no sabe firmar, firmarán éstos a su ruego."

Este tratadista denomina a los testigos rogados, testigos de asistencia.(12)

Neri Argentino, menciona tres tipos de normas reguladoras de la función testifical, las cuales expondré en capítulos más adelante; dichas normas son: normas positivas, normas negativas y normas complementarias. Clasificación de Rébora.

Entre las normas complementarias, dice Neri Argentino que pueden ser testigos entre otras:

-----

(12) Perez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial, página 184.

Cuando el testador no sabe firmar, manda que otra persona o alguno de los testigos, firme por él, y que en este último caso dos de los testigos, por lo menos, deben saber firmar.

La firma es una necesidad concreta; por lo tanto; el act otorgado debe inexorablemente suscribirse.

De lo anterior podemos citar como fuente a la Novísima Recopilación, uno de cuyos preceptos, claro y preciso, dispone que cuando quien otorga una escritura pública no sepa firmar debe hacerlo por él otra persona o uno de los testigos. Como se puede observar, la firma a ruego del testador es circunstancial, para su logro puede actuar un tercero o uno de los testigos.(13)

Por lo antes expuesto mi opinión con respecto al testigo rogado es el siguiente:

Testigo Rogado, es la persona que comparece a ruego en un acto jurídico, para firmar cuando alguno de los otorgantes no sabe o no puede firmar. Su intervención se puede dar en actos y contratos inter vivos y mortis causa.

Los testigos rogados deben reunir las mismas calidades que los testigos instrumentales de acuerdo al artículo 42, inciso 9o. del Código de Notariado vigente en Guatemala.

Este mismo texto legal tiene como fundamento la Teoría Objetiva en relación a los testigos; ya que a los testigos rogados se les considera como formalidad en los actos y contratos inter vivos de acuerdo al artículo 29 inciso 12, y se les con-

-----  
(13) Argentino I. Meri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial Vol. 3. Página 291.

requiere una formalidad especial en los actos mortis causa para su validez, como lo preceptúa el artículo 42 inciso 9o. de dicho texto.

#### TESTIGOS INSTRUMENTALES

Son aquellos testigos, de los cuales el Notario debe asociarse obligatoriamente al autorizar testamentos y donaciones por causa de muerte.

La función que cumple es de establecer que el acto se celebró y que lo expuesto en el instrumento, es la voluntad del que lo otorga.(14)

El Código de Notariado guatemalteco, le dá facultades al Notario para que se pueda asociar de testigos instrumentales en todos los actos y contratos; pero sólo es obligatorio en los casos señalados en el párrafo segundo del artículo 51 de dicho Código, como lo son los testamentos o donaciones por causa de muerte.

Según Neri Argentino, testigos instrumentales, son los que asisten al otorgamiento de un instrumento público.(15)

Para Carlos Emérito González, llámase testigo instrumental, al que asiste al otorgamiento de una escritura pública.(16)

Los tratadistas del Derecho Notarial, Oscar Salas Marrero y Rubén Hernández Valle, dicen que testigos instrumentales, son

- 
- (14) Muñoz, Neri Roberto. El Instrumento Público y el Documento Notarial. Pág. 96.
  - (15) Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial V. 3 Pág. 187.
  - (16) Teoría General del Instrumento Público. pág. 248.

los que tienen como misión coadyuvar a la dación de fe, que realiza el Notario, acerca de un acto o negocio jurídico que fue realizado en su presencia y el cual fue legalmente autorizado en el ejercicio de su cargo, como depositario de la fe pública.(17)

Mencionan estos mismos tratadistas que los testigos instrumentales tienden a desaparecer, porque su intervención en los instrumentos públicos constituye un atentado contra los fundamentos mismos sobre los que descansa la institución notarial.(17)

Guillermo Cabanellas, señala que testigo instrumental "es el que firma junto con el Notario para solemnidad del acto y afirmar así el hecho y contenido del mismo."(18)

De acuerdo a las definiciones referidas anteriormente en mi opinión: Testigo Instrumental, es la persona que interviene en los actos y contratos que autoriza el Notario, firmando con él y con los otorgantes.

Ya en la práctica notarial, esta intervención no se da pues es una potestad que el Código de Notariado le da al Notario de utilizarlos o no. Pero como una excepción, la intervención de los testigos instrumentales es obligatoria solamente en las escrituras de testamentos y donaciones por causa de muerte, así lo exige el Código de Notariado en el artículo 51 párrafo segundo, en el artículo 42 numeral 3, y artículo 44 numeral 2, la no intervención de estos testigos en dichos casos, d

-----  
(17) Apuntes del Derecho Notarial. Pág. 285.

(18) Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual. pág. 226. Tom IV.

ugar a la nulidad, de acuerdo al artículo 977 del Código Civil.

#### TESTIGOS DE CONOCIMIENTO

En su libro, el licenciado Nery Muñoz, se refiere a los testigos de conocimiento, como las personas que colaboran con el Notario, identificando al otorgante al cual conocen, cuando este no puede identificarse con la Cédula de Vecindad o el Pasaporte en caso de extranjeros y deben ser además conocidos el Notario.(19)

Según Neri Argentino, testigos de conocimiento, son los que siendo conocidos por el Notario, certifican a éste sobre la identidad del otorgante de un acto jurídico.(20)

Para Enrique Gimenez Arnau, testigos de conocimiento, son aquellos cuya intervención está plenamente justificada para que el documento notarial sea íntegro, acreditando, sin posible duda, la identidad de los otorgantes.(21)

Con respecto a los testigos de conocimiento, Oscar Salas Marrero y Rubén Hernández Valle dicen: "es muy frecuente que ante un Notario se presenten personas desconocidas suyas, solicitando autorización de un acto o negocio jurídico que desean celebrar.(22)

El Notario en tales casos, puede negarse a prestar sus servicios profesionales, si el desconocido no le presenta por lo menos a dos personas que lo conozcan y sean, al mismo tiempo,

- 
- (19) El Instrumento Público y el Documento Notarial. pág. 95.
  - (20) Tratado de Derecho Notarial. pág. 187.
  - (21) Derecho Notarial. pág. 704.
  - (22) Apuntes del Derecho Notarial. Págs. 284, 285.

conocidas del propio Notario. O sea que los testigos de conocimiento tienen como fin identificar a las personas desconocidas del Notario, las cuales desean que el Notario les autorice un acto de relevancias jurídicas.

El tratadista de Derecho Notarial, Carlos Emérito González dice: los testigos de conocimiento deben ser necesariamente conocidos por el Notario, quién dará fe de esa circunstancia.(23)

Rufino Larraud, explica que: "testigo de conocimiento es aquella persona conocida del Escribano autorizante, que asegura la identidad del compareciente de una escritura pública al cual conoce y el Notario no."(24)

Después de analizar las definiciones anteriores, mi opinión es la siguiente: "testigos de conocimiento, son aquellas personas conocidas del Notario, que comparecen en el instrumento público para identificar a los otorgantes quienes no se han podido identificar con la Cédula de Vecindad o el Pasaporte en su caso."

Los testigos de conocimiento, como lo apunté, anteriormente deben ser conocidos del Notario, así lo preceptúa el Código de Notariado vigente en sus artículos 29 numeral 4, y 52.

La tarea del testigo de conocimiento, es asegurar la identidad de los comparecientes, como medio supletorio de la fe de conocimiento que debe dar el Notario.

-----  
(23) Teoría General del Instrumento Público. pág. 261.  
(24) Curso de Derecho Notarial. pág. 340.

Los testigos de conocimiento, sólo actúan a requerimiento del Notario cuando éste no conoce a las partes intervinientes. Su actuación en el acto instrumental es excepcional siempre que suple el inconveniente del conocimiento de las partes por otros medios a cargo directo del Notario, que debe ser único responsable de la formación válida e integral del instrumento.

Las legislaciones, para darle eficacia y seguridad al acto jurídico han preceptuado que los otorgantes al no ser conocidos del Notario, si no tienen sus documentos de identificación, deben identificarse con dos personas hábiles por la ley, que los conozcan a ellos y que sean conocidos del Notario, para darle testimonio sobre la verdadera identidad personal de los otorgantes.

## CAPITULO II

### PARTICIPACION DE TESTIGOS EN LA AUTORIZACION DEL INSTRUMENTO PUBLICO POR NOTARIO

Los testigos forman parte de los elementos subjetivos del instrumento público.

En teoría el problema que se plantea alrededor del papel que desempeñan los testigos en el instrumento público ha sido investigado por los tratadistas con distintas reservas.

En primer lugar, es necesario hacer un distingo entre el criterio histórico y el concepto moderno. Con relación al criterio histórico, las investigaciones han demostrado la gran importancia que contenía la institución testimonial, tanto en el terreno del Derecho Público a través de los actos oficiales y procesos judiciales desarrollados con ese auspicio, como cuanto en el ámbito del Derecho Privado, en donde los contratos y los testamentos, en virtud de su solemnidad, sólo valían si se otorgaban con el concurso de los testigos.

De acuerdo a las investigaciones, la intervención de testigos en los actos notariales se remonta a épocas muy antiguas. Por ejemplo, en Roma la presencia de testigos era una solemnidad necesaria para la validez del acto o contrato que se consignaba ante los cartulari.

Posteriormente en la Edad Media, fue aceptada la intervención de los testigos en los actos notariales, hasta llegar a las legislaciones contemporáneas, las cuales sancionan con nulidad los instrumentos públicos en los que no haya habido intervención de testigos, siempre y cuando conforme a la ley, hayan debido intervenir.

De acuerdo al segundo, el concepto moderno, las opiniones que se han venido y vienen externando se dan en torno a otras ideas. ¿Como juzgar la actuación del testigo? ¿es activa o es pasiva? Y es aquí en donde la doctrina con estas preguntas se ha servido para hacer algunos análisis. Para no extenderse en el tema demasiado, es suficiente mencionar que de esos análisis se ha sacado en conclusión que los testigos asistentes al acto instrumental pese a su contacto con las partes y el Notario, y, aún al conocimiento directo del negocio jurídico documentado, no son más que agentes pasivos de pura comprobación de la otorgación del acto, que solo oyen las declaraciones de las partes y la lectura del instrumento por el funcionario, y, asimismo, escrutan a las circunstancias con el objeto de formarse -en último análisis y con clara visión- un exacto juicio del acto del cual son espectadores. Bajo este aspecto es necesario de que tengan un mínimo de idoneidad, aptitud que se impone a fin de que en curso del proceso instrumental no solamente observen lo actuado sino que sepan entender, interpretar, que sepan interpretar la noción exacta de lo que el acto importó, en todo caso su actividad radica en el hecho de suscribir, en unidad de tiempo y acción con las partes y el funcionario, el acto que oyeron y percibieron.

En cuanto a la doctrina el carácter de la intervención testifical no ha sido clasificado con el mismo criterio; piensa que podría ser porque las mismas reglas de la metodología no son rígidas sino elásticas, y por lo tanto facilitan la acomodación de un orden a otro. Para demostrar lo anterior, basta mencionar algunos criterios de tratadistas. Citados por Nerón Argentino en su obra.

AZPEITIA ESTEBAN, de acuerdo a los problemas que plantea los deberes de los testigos, indica que: en realidad, la ac-

uación de los testigos es pasiva y expectante, por lo cual podría decirse que en los instrumentos públicos debieran encontrarse a oír y callar; pero, ordenadamente, opina que pudiera formularse la doctrina de los deberes de los testigos, sobre las siguientes bases: 1) Tratándose de los de conocimiento: veracidad, lealtad y consecuencia, pues prestan un testimonio de la identidad personal del otorgante; y, 2) Tratándose de los instrumentales: a) de actos "intervivos", asistencia, sigilo, veracidad y firmeza, precisamente porque "han de escuchar atentamente el contenido de la escritura, informándose bien de ella, presenciando la prestación de conformidad y firma de los otorgantes y firmar el documento..." b) de actos mortis causa: además de los deberes anunciados les cabe el de asegurarse, en cuanto sea posible, que en el instante del otorgamiento del testamento el disponente tenga la capacidad de ley; y ante la posible falsedad de los testigos, Azpeitia Esteban agrega que la falta de veracidad del testigo está sancionada por la ley en el delito de falso testimonio, que se comete no sólo por faltar sustancialmente a la verdad objetiva, sino alterarla subjetivamente con detalles inexactos.(25)

OTERO Y VALENTIN, después de hacer una síntesis de los pareceres antagónicos que dieron paso a una fuerte polémica, el subjetivo de Torres Aguilar y el objetivo de Falguera, reduce la cuestión a los siguientes términos: la intervención de los testigos no es en desmedro del funcionario actuante; al contrario, sirven de garantía al mismo funcionario para precaver su discreción y diligencia, actúan como una consecuencia de su trascendencia social en cuanto vienen a ejercer un "deber público en la determinación y cumplimiento de actos y relaciones jurídicas.(26)

-----  
25) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial  
Vol. 3. págs. 191 y 192.

26) Ibidem. pág. 192.

DE VELASCO, limita su observación en estos términos: la presencia de los testigos queda limitada a hacer constar que el negocio jurídico se ha celebrado en la forma y condiciones que resultan del instrumento, y en ningún caso han de salir de su papel pasivo, esto es, de meros testigos, a no ser que se quiera efectuar algo contrario a la moral, o que ellos crear opuesto, porque, siendo voluntaria su misión pueden negarla cuando estimen que no la deben prestar; luego señala que posteriormente a su intervención no les alcanza ningún "deber específico", salvo el de veracidad para un futuro en que debieran de actuar como medio de prueba; y, por último respecto de la afirmación de algunos autores según la cual los testigos están obligados a "guardar secreto" sobre lo que han presenciado, advierte que de nada servirían tales cuidados, ni aún el secreto del protocolo, si los testigos no estuvieran también obligados a guardarlo; pero, termina diciendo, ningún precepto lo impone taxativamente, por lo que en definitiva es una cuestión que debe resolverse en la esfera privada, atento a las condiciones que rodean a las personas y que las hacen aptas o no para el desempeño de misiones de confianza.(27) (citado por Neri Argentino)

#### NUMERO DE TESTIGOS

En la autorización del instrumento público, el número de testigos era reducido. En tiempos muy remotos, cuando la influencia religiosa cubría de solemnidad a los actos, y se refería a los testigos como elementos osiosos para la conclusión del negocio jurídico, el número de estos era reducido: dos o tres testigos bastaban para fortalecer con aseveración

-----  
(27) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial pág. 192, 193.

a certeza de un hecho realizado.

La función del Juez o del escriba finalizaba con las preguntas a las partes sobre la conformidad del acto convenido a la audiencia de los testigos.

Neri Argentino, para ilustrar más esta intervención cita a Biblia y dice: Demasiada era la fuerza testifical que uno de los mandamientos Biblicos preceptuaba que en el dicho de dos testigos o en el dicho de tres testigos consistirá el negocio.(28)

De tal suerte que dos o tres testigos han sido bastante en la ley antigua para hacer la verdad en la conciencia de los hombres. Esto es lo más antiguo y positivo que se conoce.

Van Wetter, citado por Neri Argentino dice:

En el Derecho Romano, la prueba testifical fue de gran valor: los actos jurídicos se celebraban con la solemnidad de los testigos: su presencia se permitía con los fines de auxiliar a las partes en la realización del negocio que pactaban; aún más, en los procesos judiciales se consideraban elementos de la prueba de acuerdo a la investigación histórica, los testamentos se hacían en acto público y sin un número exacto de testigos. Por lo poco práctico de la gran publicidad que demandaban los testamentos, después, la ley de las Doce Tablas, admitió la intervención de cinco testigos.

Más adelante en la época de los pretores se admitió siete testigos.(29)

-----  
(28) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. Vol. 3. págs. 193.

(29) Ibidem. pág. 193 y 194.

En el Derecho Español, cuando se implantó y reglamentó la función instrumental, el FUERO JUZGO, no señaló la cantidad de testigos que eran necesarios para otorgar los actos entre vivos; más sin embargo, al referirse a los testamentos señaló la presencia de los testigos sin especificar su número y requisitos de capacidad.

Ya con este antecedente, en los documentos inter-vivos el FUERO REAL, exigió tres testigos.(30)

Neri Argentino dice en su obra con respecto a las Partidas LAS PARTIDAS, preceptuaron que fueran dos los testigos, si eran escribanos públicos, y tres hombres buenos si no eran escribanos públicos; y en cuanto a testamentos dispusieron que deberían ser siete testigos.(31)

Es curioso que ni la NOVISIMA RECOPIACION, ni las leyes que impusieron la PRAGMATICA DE ALCALA, ni tampoco las LEYES DE TORO, se hayan ocupado de fijar el número de testigos necesarios para actuar en los instrumentos públicos inter-vivos finaliza diciendo Neri Argentino.

En cambio, para los testamentos, señalaron los siguientes el ORDENAMIENTO DE ALCALA tres testigos para los testamentos abiertos; LAS LEYES DE TORO señalaron siete testigos para los testamentos cerrados y cinco testigos para el testamento de ciego. En el año de 1566 el ORDENAMIENTO DE ALCALA estableció que de intervenir escribano público, debían estar presentes tres testigos vecinos del lugar. En Cataluña fortalecida la costumbre antigua de la participación de dos o tres testigos:

-----  
(30) Ibidem. pág. 194.

(31) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial Vol.3 pág. 194.

Para todo acto que se otorgase, las Cortes de Barcelona, en el año de 1599, dispusieron que los actos otorgados ante los sustitutos de los notarios debían serlo en presencia de "dos testigos" y que dichos sustitutos no podían ser testigos a la vez en un mismo acto, de tal modo que debían ser dos testigos y el sustituto que los recibía eran tres.

En lo relativo a los testigos dice CARDELLACH Y BUSQUETS citado por Neri Argentino; que "esta práctica de tantos siglos se confirmó por las REALES ORDENANZAS de 1736", en el capítulo primero, en cuanto vino a exigir la lectura del acto, a presencia de las partes y los testigos, y a imponer a los interesados la presentación de dos testigos que digan que los conocen, si ellos no fueren conocidos del notario.(32)

Por último la LEY ORGANICA DEL NOTARIADO (español) de 1862 sus normas complementarias exigieron para los actos inter vivos, la presencia, al menos de dos testigos. En la actualidad por virtud de la ley de 1939 (que con algunas variantes pasó al reglamento de 1944) no se exige en los instrumentos públicos la intervención de los testigos, a no ser que ella fuese solicitada por el notario, o por cualquiera de las partes otorgantes, o cuando alguno de los otorgantes no supiese o no pudiese leer ni escribir.

En cuanto a la intervención de los testigos en el instrumento público señalo lo siguiente: en el notariado guatemalteco de acuerdo a la legislación vigente, el notario puede asociarse de testigos instrumentales en los actos y contratos que

-----

32) Ibidem. pág. 195.

él autorice; pero en la práctica esto no se da, ya que es opcional si se auxilia o no de ellos, optando pues en no utilizarlos.

Sin embargo, existe una excepción, la cual consiste en que si se trata de escrituras de testamentos o donaciones por causa de muerte, si debe asociarse de testigos que le exige la ley. El no hacerlo daría motivo para solicitar la nulidad de la escritura.

La intervención pues, de los testigos ya está en desuso salvo los casos en que la ley obliga al notario auxiliarse de ellos.

En cuanto al número de testigos que deben intervenir en los instrumentos públicos autorizados por notario, debo señalar que la ley no dice que cantidad de testigos deben participar en los actos y contratos que autorice el notario pero en cuanto a las escrituras de testamentos exige formalidades especiales entre las cuales están la presencia de dos testigos que reúnan las calidades que exige la ley, según el artículo 42 del Código de Notariado vigente en Guatemala. También dice nuestra legislación notarial que en los testamentos y donaciones por causa de muerte es formalidad esencial la presencia de dos testigos, así lo preceptúa el artículo 44 del mismo texto legal citado anteriormente.

#### LA ROGACION DEL TESTIGO

Refiriéndose a la rogación del testigo Neri Argentino dice: la presencia de los testigos al acto para la formalización jurídica es una solemnidad de antiquísimo abolengo.

Por los tiempos en que se escribió la Biblia, las declaraciones de personas tendientes a realizar negocios de recíproca ventaja, debían realizarse frente a personas capaces de percibir las para su posterior memorización y prueba; ninguna oferta alía si no se llevaba a cabo ante personas que pudieran testificarla. Tiempos después, ante los progresos de toda índole, ya en el curso de la vida romana, el ciudadano disponía de su patrimonio bajo el amparo de la nación; pero el acto solamente podía celebrarse en virtud de la ROGATIO; es decir, de la petición verbal formulada a la plebe, o el pueblo reunido, y con probación de esta y de la aquiescencia del senado o del magistrado.(33)

Similares fueron las formalidades que se les impusieron los testamentos, cuyos siete testigos intervenían en el acto, mediante rogación que les hacía el testador.

Con el transcurrir del tiempo, estas prescripciones fueron adoptadas por LAS PARTIDAS, como requisito formal, al respecto de las normas decía que los siete testigos eran llamados rogados por aquel que hacía el testamento.

Algunos civilistas españoles han considerado a la rogación como cosa superflua.(34)

Otero y Valentín, citado por Neri Argentino dice:(35)  
Los testigos de un instrumento público no son extraños; asisten al acto por expresa exigencia de la ley, pero no por decisión propia de acuerdo a una rogación previa requerida por las partes por el notario. Esto es menester considerarlo en cuanto otor-

33) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. pág. 195.

34) Ibidem. pág. 196.

35) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. págs. 196 y 197.

gación de instrumento público sea necesaria, como también es de suponer, por deducción lógica que si asisten al acto es porque aceptaron fungir como testigos.

Para nada interesa que el instrumento público mencione que fueron rogados; lo primordial es que sean elegidos, y, a lo sumo, que sean instruidos respecto a la función y responsabilidad que les compete. En resumen: el problema de la rogación testifical carece de importancia.

La verdad es que se trata de un derecho y de un deber a la vez, que dimana de un requisito formal preceptuado por la ley para ser cumplido taxativa u optativamente; por lo que, rogados por las partes o requeridos por el notario, los testigos deben concurrir al acto y estar presentes en la otorgación. Pero en el que hacer diario de la notaría, especialmente en donde hay verdadera actividad, sucede que uno o ambos testigos, por problemas ineludibles no llegan a la hora de la citación a la audiencia notarial y con tal ausencia o retraso, y, estando ya las partes dispuestas a firmar, se da margen a otorgaciones irregulares, cuando no, muy apresuradas, lo que hace que más de una escritura se suscriba y hasta se autorice, sin la unidad jurídica que se requiere. Lo más aconsejable sería transferir la audiencia pues un acto otorgado así, sin integridad de partes, es un acto que implica responsabilidad funcional y que trae aparejadas perjuicios.

Todo esto lo deja por un lado el notario a fin de quedar bien con sus clientes, sabiendo los riesgos y soportando las consecuencias el notario suscribe el acto sin la presencia de los testigos para luego recibirlos después a cualquier hora no obstante que fueron oportunamente rogados.

Tales situaciones demuestran de que forma es deleznable

El cumplimiento de la función testificante y que ingrato es para el notario tener que pactar, muchas veces con la culpa negligencia ajena.

#### INTERVENCION DEL TESTIGO INSTRUMENTAL, EN EL INSTRUMENTO PUBLICO

La intervención de esta clase de testigos, se da, cuando a persona que actúa como testigo, colabora con el notario en la emisión de fe, en ciertos actos en los cuales la ley exige la presencia de testigos, como es el caso del testamento.

La intervención testifical en el pasado; la intervención testifical en nuestro país es de origen hispano.

Cuando se introdujo el notariado, en el nacimiento de la colonia, se puso de manifiesto la necesidad de los testigos en los hechos de la vida de relación privada y pública, ya que era obligatoria su función, su presencia al acto, tanto como elementos de valor para afirmar los hechos que el notario documentaba, como cuanto para testimoniar las fundaciones de ciudades y las creaciones de organismos estatales.

Dentro del ordenamiento de aquellas leyes, las primeras hispanas, que llegaron al Nuevo Continente, se hizo forzosa, para toda declaración humana hecha ante escribano, la presencia de dos testigos, al menos en cuanto a los actos entre vivos. Esto era por una doble obligación por tradición y por mandato legal; por tradición, porque "el testimonio ha constituido en todos los períodos de la vida jurídica sin distinción de lugar y época, la piedra angular que sirvió de base para la apreciación y prueba acerca del valor de los actos o contratos verificados por los seres humanos."

Por precepto legal, porque eran prueba como observadores

del acto desarrollado a presencia notarial, y daban buena man "de guía" al Juez en las contiendas que se sucedían entre la partes contratantes. Era, pues, evidente que los testigos intervenían para dar solemnidad al acto público presenciándolo y suscribiéndolo.

La intervención de testigos instrumentales ha desaparecido paulatinamente en los contratos y actos inter-vivos que autoriza el notario, a pesar que en algunas legislaciones como la nuestra al notario se le concede la potestad de utilizarlos, así lo preceptúa el artículo 51 del Código de Notariado guatemalteco vigente. En los actos mortis causa su comparecencia por precepto legal es obligatoria; esta es la posición de la mayoría de las legislaciones, incluyendo la nuestra actual.

La doctrina les asigna a los testigos instrumentales, con justificación o fundamento, múltiples misiones:

- a) La de ser coautorizantes;
- b) Contribuir a dar solemnidad;
- c) Intervenir en la determinación de la capacidad del testador o donante por causa de muerte;
- d) Constituir prueba del otorgamiento;
- e) Ejercer control público por representar al pueblo.

Hay quienes consideran que los testigos son una prueba del otorgamiento, aducen que el legislador ha querido contrarrestar situaciones anómalas de algún notario carente de moral y ética profesional en detrimento de la voluntad del testador y del donante. Pero no se justifica ese ambiente de desconfianza, hacia el notario; porque es muy difícil de que llegue a darse; pero si sucediera, en el ordenamiento jurídico de todos los países así como en el nuestro existen sanciones en materia penal y materia civil. En Guatemala, el Colegio de Abogados

mpone sanciones a los Abogados y a los Notarios que no se rigen en el ejercicio de la profesión a los rectos principios y postulados de la Abogacía y del Notariado, regulados por el Código de Etica Profesional del Colegio de Abogados.

Finalmente, de acuerdo a lo anotado anteriormente, expongo que como ya lo señalé en el anterior capítulo, testigo instrumental es aquella persona que interviene en los actos y contratos que autoriza el notario, firmando con él y los otorgantes. La ley le da opción al notario de asociarse de los testigos instrumentales; pero no los utiliza. Cuando son escrituras de testamentos o donaciones por causa de muerte aquí su intervención si es obligada ya que así lo exige la ley en los artículos 42, 44 y 51 del Código de Notariado de Guatemala.

Así pues, la ley exige la presencia de testigos instrumentales y la presencia del testador como requisito esencial para darle validez al testamento.

El artículo 42 del Código de Notariado, establece en su numeral 3o., la presencia de dos testigos, que reúnan las calidades que exige esta ley. El numeral 8o. dice: Que el testador, los testigos, los interpretes en su caso y el notario, firmen el testamento en el mismo acto.

El artículo 44 del mismo Código, estipula: que en los testamentos y donaciones por causa de muerte, son formalidades esenciales además de las consignadas en el artículo 31, entre otros, el numeral 2o, la presencia de dos testigos; en el numeral 5o. dice: las firmas del otorgante o su impresión digital, en su caso, de los testigos y del notario, y de los interpretes si los hubiere.

En el artículo 51 del citado Código, dispone que el notari podrá asociarse de testigos instrumentales en los actos y con tratos que autorice. Pero si se tratara de testamentos o donaciones por causa de muerte, está obligado a asociarse de lo testigos que exige esta ley.

Como lo podemos observar, solo en estos casos de testamentos o donaciones por causa de muerte intervienen los testigo instrumentales, en los demas casos ya no se utilizan, siguiendo una tendencia a desaparecer.

#### INTERVENCION DEL TESTIGO DE CONOCIMIENTO, EN EL INSTRUMENT PUBLICO

Su intervención se dá cuando el notario no conoce a lo otorgantes en un instrumento público, y estos no se pueden identificar con cédula de vecindad en el caso de los nacionales y con pasaporte en el caso de los extranjeros, identificándolos por su parte el testigo de conocimiento debe ser conocido po el notario.

En virtud del principio de la fe pública el notario deb dar "fe del conocimiento" de quienes otorgan un instrument público. Si la identidad de los otorgantes no tuviese una fiscalización en la persona del notario sus declaraciones carecerían de la firme estabilidad que reclama todo proceso jurídico

Así por ejemplo una persona podría fácilmente otorgar u instrumento público en perjuicio de otra; y así, por falta d una fórmula de seguridad los actos serían objeto de un enred que naria difícil determinar la certeza de los comparecientes

Fundado, pues, en la garantía de los propios otorgantes y aún de los terceros, y como una lógica derivación de la iden

idad personal, forzosa para impedir la sustitución de los declarantes; el notario tiene la obligación ineludible de dar fe de que los conoce; sin embargo, podría ocurrir que el notario no los conociese. En ese supuesto, y como muestra de garantía, las legislaciones han permitido que las partes se identifiquen con dos personas que testimonien sobre la veracidad de su identidad. Estas personas que intervienen para garantizar la existencia de los otorgantes cuando estos son desconocidos del notario, se llaman testigos de conocimiento.

Por lo anterior los tratadistas del Derecho Notarial indican, con acierto que la intervención de los testigos de conocimiento tiende a desaparecer, puesto que su única misión es la de identificar a los otorgantes, cuando estos fueren personas desconocidas para el notario.

En la actualidad, la cédula de vecindad ha venido a sustituir a los testigos de conocimiento. En la práctica notarial su intervención es totalmente obsoleta.

Por lo antes mencionado, considero que la intervención del testigo de conocimiento en el instrumento público ya es muy raro, salvo en aquellos casos en los que uno de los otorgantes no tenga el documento necesario para identificarse, como lo es la cédula de vecindad para las personas nacionales o el pasaporte para las personas extranjeras.

Por todo lo anterior se infiere que los testigos de conocimiento se exigen por razón de identidad de los otorgantes en el instrumento público.

El artículo 29 numeral 4o., del Código de Notariado de Guatemala, con respecto a los testigos de conocimiento, expresa

lo siguiente: "La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el notario o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente.

#### INTERVENCION DEL TESTIGO ROGADO, EN EL INSTRUMENTO PUBLICO

La intervención del testigo rogado o de confrontación con también se le conoce en el instrumento público, se da cuando firma a ruego de otra persona que no puede o no sabe firmar al realizarse el acto jurídico. Y también se da cuando confronta con el notario, el texto de los testimonios o certificaciones que expidan estos en el ejercicio de sus funciones.

En el Código de Notariado guatemalteco, no hay un concepto de testigo rogado, ni se incluye como una clase de testigo pero la función que cumple sí se menciona, toda vez que en el artículo 29 numeral 12 de este texto legal, en su parte conducente expresa lo siguiente: "...Si el otorgante no supiere no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto otro que especificará el notario firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho ..."

Debo agregar entonces que el testigo rogado interviene en los actos y contratos inter vivos y mortis causa para firmar a ruego de uno de los otorgantes que no sabe o no puede hacerlo para así darle la validez necesaria al instrumento público con las firmas respectivas.

#### INSTRUMENTOS PUBLICOS EN QUE INTERVIENEN LOS TESTIGOS

- Actas Notariales

- Actas de Legalización de firmas,
- Actas de Protocolización,
- Escrituras Públicas:
  - a) Intervención de testigos instrumentales, de conocimiento, y rogados.
  - b) Intervención de testigos por disposición de la ley:
    - Escritura Pública de Testamento Abierto;
    - Escritura Pública de Testamento Cerrado;
    - Escritura Pública de Donación por Causa de Muerte.

#### LOS TESTIGOS EN EL ACTA NOTARIAL

#### ACTA NOTARIAL

Es un instrumento público autorizado por Notario, para hacer constar hechos que presencien y circunstancias que le consten, siempre a petición o rogación de una persona interesada.

#### DEFINICION

Guillermo Cabanellas, citado por el Notario Nery Muñoz, señala lo siguiente: "Acta notarial, es el instrumento autorizado, a instancia de parte, por un Notario o escribano, donde se consignan las circunstancias, manifestaciones y hechos que presencian y les constan, de los cuales dan fe y que, por su naturaleza, no sean materia de contrato."(36)

-----  
[36) Muñoz, Nery Roberto. El Instrumento Público y el Documento Notarial. página. 29.



Sancho Tello nos explica que acta notarial, es el documento público que a requerimiento de parte el Notario hace constar un hecho, que por su naturaleza no es objeto de contrato.

El Notario Nery Muñoz define el acta notarial, como el documento público notarial, autorizado por Notario a solicitud de parte interesada, en la cual hace constar hechos que presencian y circunstancias que le constan, los cuales no son objeto de contrato.(37)

#### CLASIFICACION

En cuanto a la clasificación de actas notariales existen demasiadas. En lo que respecta a doctrina no hay un acuerdo referente a la clasificación de las actas, por lo que indica la que tradicionalmente se aplica en Guatemala ya que no hay clasificación legal.

- 1.- Actas de Presencia.
- 2.- Actas de Referencia.
- 3.- Actas de Requerimiento.
- 4.- Actas de Notificación.
- 5.- Actas de Notoriedad.

#### LOS TESTIGOS EN EL ACTA NOTARIAL

Los testigos Instrumentales: Estos testigos son excluidos de intervenir en el acta notarial de acuerdo a nuestra legislación vigente.

-----  
(37) Muñoz, Nery Roberto. El Instrumento Público y el Documento Notarial pág. 31./

os testigos de Conocimiento: Estos testigos si pueden intervenir cuando sea necesario.

os Testigos Rogados: Al igual que los anteriores estos testigos si pueden intervenir cuando sea necesario.

Con respecto al acta notarial, el Código de Notariado de Guatemala dice en el artículo 60: "El notario, en los actos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, levantará actas notariales en las que hará constar los hechos que presencie y circunstancias que le consten."

El artículo 61 del mismo texto legal preceptúa que: "El notario hará constar en el acta notarial; el lugar, fecha, hora de la diligencia; el nombre de la persona que lo ha requerido; los nombres de las personas que además intervengan en el acto; la relación circunstancia de la diligencia; y el valor y número de orden del papel sellado en que estén extendidas las hojas anteriores a la última. (Lo último subrayado ya no se pone).

En los protestos, inventarios y diligencias judiciales, observará las disposiciones especiales determinadas por la ley para cada caso, sin que sea obligatoria la concurrencia de testigos.

#### LOS TESTIGOS EN EL ACTA DE LEGALIZACION DE FIRMAS

En cuanto a el acta de legalización de firmas es conveniente señalar que no es un acta notarial, como equivocadamente se cree en algunas ocasiones.

#### DEFINICION

El acta de legalización de firmas, es por medio del cual el notario, da fe que una firma que ha sido puesta o reconocida en su presencia es auténtica, y que él conoce al signatario o bien que lo identificó por los medios legales, siendo responsable el profesional de la firma y fecha de legalización.(38)

Es la fe que da el Notario, de que una firma fue puesta o reconocida ante él, por las personas signatarias y por consiguiente, deben tenerse como verdaderas, en virtud de la fe pública de la cual está investido el Notario.

El acta de legalización de firmas, en algunas legislaciones y en doctrina tiene otras denominaciones como: certificación de firmas, testimonio de firmas, auténticas, legitimidad de firmas etc.

El Notario Nery Muñoz, cita en su obra a varios autores que definen el acta de legalización de firmas entre ellos: Carlos Emérito González, la denomina certificación de firmas: "La certificación de firmas que realiza el escribano, constituye instrumento público, aunque no escritura pública; pero ese carácter de instrumento público de la certificación no se transmite al documento en el cual se efectúa la misma, pues este continúa siendo instrumento privado."(39)

Para Gimenez Arnau, los testimonios de legitimidad de firmas, legitimaciones o legitimación notarial de firma " es un acta o declaración notarial, puesta al pie de un documento, sin consignar tal declaración en el protocolo, en la que el Notario afirma que considera como auténticas, por conocimiento

-----  
(38) Muñoz, Nery Roberto. El Instrumento Público y El Documento Notarial. Pág. 75.

(39) Muñoz, Nery Roberto. El Instrumento Público y el Documento Notarial. Pág. 76.

directo o identidad con otras indubitadas, las firmas de los funcionarios que autoricen el documento o de los particulares que lo suscriban."(40)

El autor Pedro Avila Alvarez, se refiere a el acta de legalización de firmas diciendo: "Testimonio de legitimidad de firma, es aquel en que el Notario da fe de la autenticidad de una firma (es decir, de haber sido estampada por la persona a quien se atribuye), fundándose en haber sido puesta en su presencia, en conocer la que utiliza dicha persona o en la identidad con otra firma indubitada de la misma.(41)

Oscar Salas, nos indica que la autenticación de fecha y firmas de un documento: "consisten en la declaración del notario, a veces llamada "auténtica", de que las firmas que figuran en el documento son verdaderas por conocer a los firmantes y haber estos firmado en su presencia..."(42)

El Código de Notariado de Guatemala no tiene una definición del acta de legalización de firmas. El artículo 54 del Código de Notariado estipula "Los notarios podrán legalizar firmas cuando sean puestas o reconocidas a su presencia"

#### LOS TESTIGOS EN EL ACTA DE LEGALIZACION DE FIRMAS

Los Testigos Instrumentales: Según nuestro Código de Notariado no intervienen en la realización del acta de legalización de firmas.

-----

(40) Ibidem. pág. 76.

(41) Ibidem. pág. 75 y 76.

(42) Muñoz, Nery Roberto. El Instrumento Público y el Documento Notarial. Pág. 76.

Los Testigos de Conocimiento: Si pueden intervenir en el act de legalización de firmas, de acuerdo al artículo 55 del Código de Notariado literal a), que preceptúa: "Cuando sea de firmas El lugar y la fecha; los nombres de los signatarios, su identificación por medios establecidos en el inciso 4o. del artículo 29 de esta ley, si no fueren conocidos por el Notario; fe d que las firmas son auténticas; firmas de los signatarios; las firmas de los testigos si las hubiere."

Por su parte el inciso 4o. del artículo 29 del Código d Notariado en su parte conducente establece: "La identificació de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medi de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigo conocidos por el notario (testigos de conocimiento), o por ambo medios cuando así lo estimare conveniente."

Los Testigos Rogados: Si pueden intervenir, por supuesto s fuere necesario, en la realización del acta de legalizació de firmas de acuerdo a nuestra legislación notarial por medi del artículo 56 del Código de Notariado que indica: "Si la firm hubiere sido puesta por una persona a ruego de otra que no su piere o no pudiere firmar, ambas compareceran al acto; par el caso de reconocimiento, será suficiente la concurrencia de obligado, lo que hará constar el notario. La persona que n supiere o no pudiere firmar pondrá su impresión digital al pi del acta."

#### LOS TESTIGOS EN EL ACTA DE PROTOCOLIZACION

Tal como lo afirma el notario Nery Muñoz en su obra, e acta de protocolización ha sido un tema de mucha controversi en Guatemala, pues esta clase de actas se redactan en el Proto colo.

En Guatemala es conocido que las actas se redactan fuera del protocolo, y las escrituras públicas se redactan en el Protocolo. Pero hay un acta que se redacta en el Protocolo y es precisamente el acta de protocolización.

La diferencia que existe entre un acta notarial y un acta de protocolización, es la redacción en el Protocolo; pues mientras el acta de protocolización si se redacta en el Protocolo el acta notarial no. Por lo anterior el acta de Protocolización o es un acta notarial.

La mayoría de autores le denomina al acta de protocolización escritura acta o escritura de protocolización; pero nuestra legislación la denomina acta de protocolización de acuerdo al artículo 64 del Código de Notariado. Es por eso que se le continúa llamando así.

Bernardo Perez Fernández del Castillo, citado por el Notario Nery Muñoz, afirma: "La protocolización de documentos es una de las actuaciones notariales más frecuentes que por su nombre provoca confusión."

Históricamente la protocolización es una reminiscencia del derecho español, cuando el notario encuadernaba como parte del protocolo los expedientes instruidos ante la autoridad judicial."(43)

#### DEFINICION

El Notario Nery Muñoz en su obra, cita a algunos autores que definen el acta de protocolización de la forma siguiente:(44)

- 
- (43) Muñoz, Nery Roberto. El Instrumento Público y el Documento Notarial. Pág. 57
  - (44) Ibidem. pág. 58.

Para Pedro Avila Alvarez, "las actas de protocolización son aquellas en las que el Notario da fe de la entrega de un documento y de su incorporación al protocolo."

González Palomino dice, "Las actas de protocolización documentan una declaración del Notario respecto a una actividad "activa" suya; el recibo del documento y una incorporación a protocolo."

Por su parte Carlos Emérito González explica que "Protocolizar es incorporar al protocolo documentos públicos o privados."

Oscar A. Salas refiere, que las actas de protocolización "sirven para incorporar al protocolo uno o más documentos públicos o privados, o de una y otra clase a la vez, bien se por disposición de la ley, mandamiento judicial, o administrativo o rogación de los particulares."

En mi opinión, Protocolización, es la incorporación que hace un Notario, de un documento público o privado al registro notarial o protocolo, ya sea a solicitud de parte o por mandato legal o por orden de un tribunal competente.

O sea que las actas de protocolización sirven, para la incorporación de documentos públicos o privados al protocolo a través del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley y bajo la fe del notario, para efectos de su conservación y reproducción así como de la fecha en que fue protocolizado.

Un aspecto muy importante es que en la protocolización no deben aparecer nuevas declaraciones, pues su objeto es la incorporación del documento. Ya incorporado el documento protocolizado, van unidos, se transforman en uno solo, es decir

El acta de protocolización y el documento, y así tienen que ser reproducidos al extender testimonios o copias.

Así mismo hay que hacer notar que en la legislación guatemalteca se utilizan los términos protocolación y protocolización indistintamente.

De acuerdo al artículo 63 del Código de Notariado: Podrán protocolizarse:

- .- Los documentos o diligencias cuya protocolación esté ordenada por la ley o por tribunal competente.
- .- Los documentos privados cuyas firmas hubieren sido previamente legalizadas.
- .- Los documentos privados sin reconocimiento o legalización de firmas.

En los casos previstos en el inciso 1, la protocolización la hará el notario por sí y ante sí; en los casos del inciso 2 bastará la comparecencia de la persona a cuyo favor se suscribirá el documento; y en los casos del inciso 3 es indispensable la comparecencia de todos los signatarios del documento.

Como ejemplo del inciso número 1, en lo que se refiere a los documentos o diligencias cuya protocolación esté ordenada por la ley se puede citar: El acta de matrimonio artículo 101 del Código Civil; y a los documentos provenientes del extranjero artículo 38 de la Ley del Organismo Judicial.

En lo que se refiere a la orden de tribunal competente se puede citar: la protocolización de un proyecto de partición aprobado judicialmente, partición de la herencia aprobada por juez, artículos 222, 223 y 512 del Código Procesal Civil y Mercantil.

En cuanto al inciso número 2, se puede protocolizar cualquier documento privado, en el cual la firma ya ha sido anteriormente legalizada, a solicitud de la persona a cuyo favor se suscribió el mismo. Esta protocolización no convierte a documento privado en público.

En el inciso número 3, también se pueden protocolizar documentos privados sin legalización ni reconocimiento de firmas pero en este caso, si es necesario que comparezcan todos los signatarios del documento. Aquí tampoco convierte al documento privado en público.

Es en estos últimos dos casos en los que pueden intervenir los testigos, como lo explicaré más adelante.

Los requisitos que debe contener el acta de protocolización están establecidos en el artículo 64 del Código de Notariado que dice: "El acta de protocolización contendrá:

- 1.- El número de orden del instrumento.
- 2.- El lugar y fecha.
- 3.- Los nombres de los solicitantes, o transcripción en su caso, del mandato judicial.
- 4.- Mención del documento o diligencia, indicando el número de hojas que contiene y el lugar que ocupa en el protocolo según la foliación, y los números que correspondan a la primera y última hojas.
- 5.- La firma de los solicitantes, en su caso, y la del notario

#### LOS TESTIGOS EN EL ACTA DE PROTOCOLIZACION

Los Testigos Instrumentales: Esta clase de testigos pueden intervenir en el acta de protocolización, de acuerdo al artículo 962 del Código Civil que dice: "Autorizado el tes

amento cerrado, el notario lo entregará al testador, después de transcribir en el protocolo, con el número y en el lugar que le corresponde, el acta de otorgamiento. Dicho instrumento será firmado también por todos los que en el acto intervinieren."

Esta intervención de los testigos instrumentales se da también, conforme a los artículos 42 numeral 3 y 44 numeral 1 del Código de Notariado vigente que regulan las formalidades especiales para testamentos.

Esta intervención, puedo decir que es la excepción a la regla; ya que en Guatemala las protocolizaciones se hacen por incorporación, no se utiliza la transcripción, solamente en este caso. Así como también la participación de los testigos instrumentales en las actas de protocolización solamente en este caso se da.

Los Testigos de Conocimiento: Si pueden intervenir en el acta de protocolización en los casos previstos en los numerales 2 y 3 del artículo 63 del Código de Notariado vigente, cuando sea necesario.

Teniendo también como referencia con respecto a los testigos de conocimiento el artículo 29 numeral 4 del Código de Notariado vigente que dice: "...La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente "...

Los Testigos Rogados: Al igual que los testigos anteriores, los testigos rogados si pueden intervenir si es necesario en el acta de protocolización en los casos previstos en los numerales 2 y 3 del Código de Notariado guatemalteco; cuando el o

los otorgantes no supieren o no pudieren firmar.

Al respecto el artículo 29, numeral 12 establece en su parte conducente lo siguiente: "Las firmas de los otorgante y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedidas de las palabras "Ante Mi". Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto otro que especificará el notario firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho...."

#### INTERVENCION DE TESTIGOS EN LA ESCRITURA PUBLICA

#### LA ESCRITURA PUBLICA

El Código de Notariado de Guatemala vigente, no define la Escritura Pública, aunque si enumera los requisitos que debe contener. En la doctrina encontramos infinidad de definiciones por lo que mencionaré algunas de suma importancia que son citadas por el Notario Nery Muñoz en su obra.

Para Fernández Casado: "Escritura Pública, es el instrumento público por el cual una o varias personas jurídicamente capaces establecen, modifican o extinguen relaciones de derecho." (45)

Novoa Seoane dice: "La escritura pública, es el documento autorizado por Notario con las solemnidades del derecho a requerimiento de una o más personas o partes otorgantes... con capacidad legal para el acto o contrato a que se refieran por virtud

-----

(45) Muñoz, Nery Roberto. El Instrumento Público y el Documento Notarial. pág. 11

e la cual se hacen constar la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas particulares, con sujeción a las leyes y a la moral."(46)

Aguado la define así: "La escritura se refiere a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica; o más general y exactamente: contiene un negocio jurídico."(47)

Para López Palop: "La Escritura Pública, es el documento autorizado por Notario competente en que se consigna la creación, modificación o extinción de una relación de derecho entre personas capaces."(48)

Azpeitia dice: "Escritura Pública es el original autorizado por Notario en que consta la esencia de un contrato o de un acto jurídico intervivos o de última voluntad, refiriéndose, por lo tanto, siempre a una declaración de voluntad."(49)

Argentino I. Neri, la define así: "Son escrituras Públicas las que, con las formalidades de ley, se hacen ante escribano público, u otro funcionario autorizado para ejercer en las mismas condiciones."(50)

#### LOS TESTIGOS EN LA ESCRITURA PUBLICA

Los Testigos Instrumentales: Si pueden intervenir en la escritura pública de acuerdo al artículo 51 del Código de Notariado vigente que preceptúa: "El Notario podrá asociarse de testigos instrumentales en los actos o contratos que autorice.

- (46) Ibidem, pág. 11.  
(47) Ibidem, pág. 11.  
(48) Ibidem, pág. 11.  
(49) Ibidem, pág. 12.  
(50) Ibidem, pág. 12.

Pero si se tratare de testamentos o donaciones por causa de muerte, está obligado a asociarse de los testigos que exige esta ley."

Los Testigos de Conocimiento: También esta clase de testigos si pueden intervenir en la escritura pública, si fuere necesario, de acuerdo a lo que establecen los artículos 29 numeral 4o. y 52 del Código de Notariado vigente.

El artículo 29 numeral 4o. preceptúa lo conducente: "Identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente"...

Por su parte el artículo 52 estipula: "Los testigos deben ser civilmente capaces, idóneos y conocidos por el notario. Si el notario no los conociere con anterioridad, deberá cerciorarse de su identidad por los medios legales."

Los Testigos Rogados: Pueden intervenir en la escritura pública si fuere necesario de acuerdo al Código de Notariado que en su artículo 29 numeral 12 preceptúa lo siguiente: "Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervenga y la del notario, precedida de las palabras "Ante mi". Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto otro que especificará el notario firmando por él un testigo y su fuerza. Si varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente el mismo derecho. Cuando el propio notario fuere el otorgante pondrá antes de firmar la expresión: "Por mi y ante mi".

INTERVENCIÓN DE TESTIGOS POR DISPOSICIÓN DE LA LEY.

Además de la intervención que ya mencioné, por disposición de la ley, está la intervención de los testigos específicamente en lo que se refiere a los testamentos y a la donación por causa de muerte.

EL TESTAMENTO

De acuerdo al artículo 935 del Código Civil, Decreto Ley No. 106 de Guatemala, "El testamento es un acto puramente personal y de carácter revocable, por el cual una persona dispone el todo o de parte de sus bienes, para después de su muerte."

Por otra parte Cabanellas explica que: "Testamento es la declaración de última voluntad, relativa a los bienes. Es decir el documento donde consta legalmente la voluntad del testador."(51)

CLASES DE TESTAMENTOS

De acuerdo a las circunstancias ya sean normales o no, se destacan los testamentos ordinarios o formalistas y los extraordinarios o privilegiados denominados así porque se simplifican los requisitos por lo extraordinario de la situación en que son otorgados.

El Código Civil de Guatemala, da una clasificación, en el artículo 954 que dice: "Los testamentos en cuanto a su forma, son comunes y especiales. Son comunes, el abierto y el cerrado.

-----  
51) Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Pág. 208. Tomo IV.

Son especiales los que se otorgan en los casos y condiciones que se expresan en este capítulo."

Entre los especiales, el mismo Código Civil, establece El testamento del ciego, artículo 957; el testamento del sordo artículo 958; el testamento militar, artículo 965; el testamento marítimo, artículo 967; el testamento en lugar incomunicado artículo 971; el testamento del preso, artículo 972; el testamento en el extranjero, artículo 974.

#### TESTAMENTO COMUN

Es el testamento que se otorga en circunstancias normales

#### TESTAMENTO ESPECIAL:

Es aquél testamento otorgado en condiciones extraordinarias y en el cuál se omiten algunos requisitos formales y solemnidades.

#### TESTAMENTO ABIERTO

Es la declaración de voluntad que se hace ante notario y testigos quedando estos enterados de las disposiciones de última voluntad del testador

Este testamento debe hacerse en escritura pública y ante notario, tanto el notario como los testigos están enterados de lo que se pone en dicho instrumento.

#### LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES EN EL TESTAMENTO

Como requisito esencial además de la presencia del testador por supuesto está la presencia que exige la ley de testigos

instrumentales, para darle validez al acto de testar.

Los Testigos Instrumentales en el Testamento Abierto: De acuerdo al Código de Notariado de Guatemala, los testigos instrumentales si intervienen en testamento abierto.

Así lo estipula el artículo 42 en los numerales 3; 8 y 9 de dicho cuerpo legal, que en su parte conducente establece:

Artículo 42.- La escritura Pública de testamento además de las formalidades generales contendrá las especiales siguientes:

- 1.- La presencia de dos testigos que reúnan las calidades que exige esta ley.
- 1.- Que el testador, los testigos, los intérpretes en su caso y el notario, firmen el testamento en el mismo acto.
- 1.- Que si el testador no sabe o no puede firmar, ponga su impresión digital y firme por él un testigo más, que deberá reunir las mismas calidades de los testigos instrumentales.

También el artículo 44 preceptúa que: "En los testamentos y donaciones por causa de muerte, son formalidades esenciales además de las consignadas en el artículo 31, las siguientes:

- 1.- La presencia de dos testigos.
- 1.- Las firmas del otorgante o su impresión digital, en su caso, de los testigos y del notario, y de los intérpretes, si los hubiere.

El artículo 51 del mismo Código de Notariado, preceptúa: "El notario podrá asociarse de testigos instrumentales en los actos o contratos que autorice. Pero si se tratare de testamentos o donaciones por causa de muerte, está obligado a aso-

ciarse de los testigos que exige esta ley."

#### LOS TESTIGOS DE CONOCIMIENTO EN EL TESTAMENTO ABIERTO

De acuerdo a lo que establece el artículo 29 numeral 4 del Código de Notariado vigente, los testigos de conocimiento si pueden intervenir en el testamento abierto, ya que el notario puede identificar al testador, si no lo conociese, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte en su caso, o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente.

#### LOS TESTIGOS ROGADOS EN EL TESTAMENTO ABIERTO

El testigo rogado es el que comparece en el instrumento público cuando uno de los otorgantes no puede o no sabe firmar firmando el testigo rogado en su lugar.

En el caso del testamento abierto podría intervenir el testigo rogado si el testador no supiere o no pudiere firmar tal como lo establece el artículo 29 numeral doce del Código de Notariado que dice: "Las firmas de los otorgantes y de la demás personas que intervengan y la del notario, precedida de las palabras "Ante mí". Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto otro que especificará el notario firmando por él un testigo, y si fuere varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho..."

El artículo 42 numeral 9, preceptua: "que si el testador no sabe o no puede firmar, ponga su impresión digital y firme por él un testigo más, que deberá reunir las mismas calidades de los testigos instrumentales."

Tanto los testigos rogados como los testigos instrumentales o forzosamente deben ser conocidos del notario. En cambio los testigos de conocimiento si deben ser conocidos por el notario.

#### ESTAMENTO CERRADO

Es el testamento otorgado ante notario y presentado en plica (sobre cerrado), no enterándose el notario, ni los testigos el contenido de la plica.

Este testamento está revestido de dos fases, una fase pública y otra fase secreta.

#### FASE PUBLICA

El testamento cerrado es un testamento escrito sobre todo, esta fase se da cuando el testador acude al notario y le lleva la plica, conteniendo su voluntad, para dejar sus bienes a quién él considere mejor. El notario redacta el acta sobre la plica, en donde se hace constar las condiciones en que está la misma.

La plica, puede conservarla el notario o el testador y se hace constar en la cubierta de la plica a quien le queda esta (la plica).

Esta visita al notario y la redacción de el acta es lo que constituye la fase pública.

#### FASE PRIVADA

Es el contenido propiamente de la plica y que nadie lo sabe, solamente el testador.

Planiol Ripert, se refiere al testamento cerrado en forma siguiente: "Testamento cerrado es aquel que redactado por el testador o bajo su dirección personal se presenta cerrado y sellado a un notario quién levantará acta del testamento suscribiéndola a continuación. Es una combinación del testamento ológrafo y del abierto."(52)

Guillermo Cabanellas, dice que "testamento cerrado es aquel escrito por el testador o por otra persona en su nombre y que bajo cubierta cerrada y sellada, que no puede abrirse sin romperse, es autorizado en el sobre escrito por el notario, en presencia de los testigos que exige la ley."(53)

#### LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES EN EL TESTAMENTO CERRADO

La legislación guatemalteca, exige en todos los testamentos además de la presencia del testador, la intervención de testigos instrumentales como requisito esencial para que tenga validez jurídica el acto de testar.

El Código Civil en su artículo 959, establece las formalidades del testamento cerrado de la siguiente forma: "En el testamento cerrado se observarán las solemnidades pertinentes prescritas para el testamento abierto y, además, las siguientes: 1a. El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada, de suerte que no pueda extraerse aqué sin romper ésta; 2a. En presencia del notario y los testigos y los intérpretes en su caso, manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento y si está escrito y firmado por él o escrito por mano ajena y si, por no poder

-----  
(52) Planiol Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. pág.599 Tomo V.  
(53) Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. pág.210 Tomo IV.

firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona, cuyo nombre expresará; 3a. Sobre la cubierta del testamento extenderá el notario el acta de su otorgamiento, dará fe de haberse observado las formalidades legales; y 4a. Extendida y leída el acta, la firmarán el testador, los testigos, los intérpretes si los hubiere y la autorizará el notario con su sello y firma.

Si el testador no puede firmar, pondrá su impresión digital y un testigo más designado por él mismo, firmará a su ruego.

Menciono nuevamente el artículo 42 del Código de Notariado que establece en su numeral 3 lo siguiente: "La presencia de dos testigos que reúnan las calidades que exige esta ley" (instrumentales). El mismo artículo 42 en su numeral 8 dice: "Que el testador, los testigos, los intérpretes en su caso y el notario, firmen el testamento en el mismo acto."

El artículo 44 del Código de Notariado preceptúa lo siguiente: "En los testamentos y donaciones por causa de muerte son formalidades esenciales además de las consignadas en el artículo 31, las siguientes: ...2. La presencia de dos testigos."

El artículo 51 del Código de Notariado establece: "El notario podrá asociarse de testigos instrumentales en los actos o contratos que autorice. Pero si se tratare de testamentos o donaciones por causa de muerte, está obligado a asociarse de los testigos que exige esta ley."

#### LOS TESTIGOS DE CONOCIMIENTO EN EL TESTAMENTO CERRADO

En todos los actos o contratos que autorice el notario, este deberá identificar a los otorgantes con los medios comunes como lo es la cédula de vecindad o el pasaporte para los extranjeros en su caso, además existe el medio supletorio de iden-

tificar a los otorgantes si no los conoce el notario que se  
los testigos de conocimiento, estos deberán de conocer a los  
otorgantes así como al notario, de tal suerte que en los testa  
mentos, y específicamente en el testamento cerrado si puede  
intervenir los testigos de conocimiento, si fuere necesario  
de acuerdo al artículo 29 numeral 4, del Código de Notariad  
que expresa: "Los instrumentos públicos contendrán: ...4. I  
identificación de los otorgantes cuando no los conociere e  
notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte  
o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medic  
cuando así lo estimare conveniente."

#### LOS TESTIGOS ROGADOS EN EL TESTAMENTO CERRADO

Los testigos rogados intervienen en los actos y contrat  
intervivos y mortis causa, firmando a petición o ruego del otor  
gante que no sabe o no puede firmar el instrumento público.

En nuestro Código de Notariado vigente, está legislad  
que es obligatoria la intervención de los testigos instrumeta  
les en los testamentos, no así la intervención de los testigo  
de conocimiento y los testigos rogados que es eventual, cuand  
se dan los casos que establece el Código de Notariado, es decir  
cuando no se conoce a los otorgantes en el caso de los testigo  
de conocimiento, y cuando firma una persona a ruego de otr  
en el instrumento público en el caso de los testigos rogados.

El artículo 42 del Código de Notariado de Guatemala, nu  
meral 9, establece: "Que si el testador no sabe o no puede fir  
mar, ponga su impresión digital y firme por él un testigo más  
que deberá reunir las mismas calidades, de los testigos instru  
mentales."

El artículo 29 numeral 12, del mismo texto legal precepti

Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que interengan y la del notario, precedidas de las palabras "Ante mi", si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto otro que especificará el notario firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho..."

#### LA DONACION

Planiol Ripert, dice que "La Donación es un acto jurídico que se realiza a fin de efectuar una transmisión gratuita de un valor, en favor de un beneficiario determinado y que debe, de acuerdo con la ley hacerse en forma auténtica."(54)

La Donación por la causa puede ser: simple y remuneratoria.

La Donación simple, es cuando la causa es la liberalidad del Donante.

La Donación remuneratoria es aquella que se le hace a una persona por sus méritos o por sus servicios prestados al donante, siempre que no constituya deuda exigible.

El artículo 1855 del Código Civil guatemalteco dice: "La donación entre vivos es un contrato por el cual una persona transfiere a otra la propiedad de una cosa, a título gratuito"

La Donación puede ser: Donación entre vivos y Donación por causa de muerte.

-----  
(54) Planiol, Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. pág. 331. Tomo V.

La Donación entre vivos, es a lo que se refiere el artículo 1855 del Código Civil, el artículo 1856 del mismo cuerpo legal estipula que la donación entre vivos puede ser también remuneratoria y onerosa.

En cuanto a la donación por causa de muerte, el Código Civil en el libro III, título II referente a la sucesión hereditaria, el artículo 943 dice: "Donación Por Causa de muerte Las donaciones por causa de muerte se rigen por las mismas disposiciones de los testamentos sobre legados."

La sucesión por causa de muerte se realiza por la voluntad de la persona, manifestada en testamento y, a falta de éste por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda, intestada, comprendiendo en uno y otro caso, todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

Los derechos a la sucesión de una persona se transmite desde el momento de su muerte; y la sucesión puede ser a título universal y a título particular.

Cuando la asignación es a título universal se llama herencia, y cuando la asignación es a título particular se llama legado. El título es universal, cuando se sucede al causante en todos sus bienes y obligaciones transmisibles, a excepción de los legados. El título es particular cuando se sucede en uno o más bienes determinados.

La sucesión puede ser en parte testada y en parte intestada.

Todo lo anterior de acuerdo a los artículos 917-918-919 del Código Civil vigente guatemalteco.

Como anoté anteriormente la sucesión puede producirse en dos formas: una a título universal y la otra a título particular sucesión singular como se le llama doctrinariamente.

La sucesión a título particular, es la que comprende la adquisición por el sucesor de bienes concretos e individualizados recibiendo el nombre de LEGADOS.

#### LEGADO

Al igual que la herencia el legado tiene dos acepciones una como el objeto transmitido y la otra como el acto de transmisión a título particular de una cosa o derecho.

Con respecto al acto de transmisión a título particular de una cosa o derecho Rojina Villegas nos dice:

"Legado es la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador de un bien determinado o susceptible de determinarse, que puede consistir en una cosa, un derecho o un servicio hecho en favor de una persona y a cargo de la herencia de un derecho o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador si se trata de cosas determinadas o hasta que estas se determinen posteriormente."(55)

Puig Peña, nos da una definición más corta y clara al respecto que dice: "Legado es aquella disposición testamentaria por cuya virtud el causante asigna una ventaja económica de carácter particular a aquel o aquellos a quienes desea benefi-

-----  
(55) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil tomo II, Editorial Porrúa, pág. 302.

ciar en concreto."(56)

La donación entre vivos es un contrato que surte efecto cuando todavía están vivos el donante y el donatario.

La donación por causa de muerte, que es un acto de última voluntad surte sus efectos después que fallece el donante, a favor del donatario.

#### LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES EN LA DONACION POR CAUSA DE MUERTE

El Código de Notariado vigente, exige como formalidad esencial, cuando el notario facciona y autoriza una escritura de donación por causa de muerte, la presencia de dos testigos instrumentales.

El artículo 44 numeral 2 del Código de Notariado establece "En los testamentos y donaciones por causa de muerte, son formalidades esenciales, además de las consignadas en el artículo 31, las siguientes: ...2. "La presencia de dos testigos..."

El artículo 43 del mismo texto legal dice: "Las escrituras de donación por causa de muerte contendrán las mismas formalidades que el testamento."

El artículo 42 numeral 3, del Código de Notariado preceptúa lo siguiente: "La escritura pública de testamento además de las formalidades generales contendrá las especiales siguientes: ...3. La presencia de dos testigos que reúnan las calidades que exige esta ley..."

-----

(56) Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Español. Tomo IV. Ediciones Nauta, S.A. pág. 1601.

De acuerdo al artículo 51 del Código de notariado, el notario podrá asociarse de testigos instrumentales en los actos contratos que autorice. Pero si se tratare de testamentos de donaciones por causa de muerte, está obligado a asociarse a los testigos que exige dicha ley.

#### OS TESTIGOS DE CONOCIMIENTO EN LA DONACION POR CAUSA DE MUERTE

Tal como lo he venido exponiendo, en los documentos notariales, en el testamento abierto, en el testamento cerrado, en la donación por causa de muerte, y como lo establece el Código de Notariado vigente en Guatemala, el notario puede identificar a los otorgantes, en este caso al testador y al donante, cuando no son conocidos por él, por medio de la cédula de vecindad o por el pasaporte en su caso, o por dos testigos conocidos or el notario, y que estos testigos conozcan a los otorgantes, testador o donante, así lo preceptúa el artículo 29, numeral , de dicho cuerpo legal.

El artículo 52 del mismo Código de Notariado, establece: Los testigos deben ser civilmente capaces, idóneos y conocidos or el notario. si el notario no los conociese con anterioridad, deberá cerciorarse de su identidad por los medios legales.

#### OS TESTIGOS ROGADOS EN LA DONACION POR CAUSA DE MUERTE

La función de los testigos rogados está claramente establecida en el Código de Notariado en su artículo 29 numeral 12 que dice: "Los instrumentos públicos contendrán: Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedidas de las palabras "Ante mi". Si el otorgante no supiere o no pudiese firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto otro que especificará el notario firmando por él un testigo y si fueren varios

los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo har un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo de recho...".

En el caso de la donación por causa de muerte, sería que si el donante no supiere o no pudiere firmar, tendría que firmar otra persona a ruego del donante, tal como lo estipulan los artículos 42 y 43 de nuestro Código de Notariado que dicen el artículo 43 expresa: "Las escrituras de donación por causa de muerte contendrán las mismas formalidades que el testamento.

Por su parte el artículo 42 establece que "Las escrituras públicas de testamento además de las formalidades generales contendrán las especiales siguientes: el numeral 9 dice: "Qu si el testador no sabe o no puede firmar ponga su impresión digital y firme por él un testigo más, que deberá reunir las mismas calidades de los testigos instrumentales."

El testigo rogado no necesariamente tiene que ser conocido por el notario, tiene que reunir las mismas calidades que los testigos instrumentales de acuerdo al artículo mencionado anteriormente.

### CAPITULO III

#### SITUACION DE LOS TESTIGOS EN LA FUNCION NOTARIAL DE ACUERDO LA LEGISLACION VIGENTE

Algunos tratadistas del Derecho Notarial, son partidarios de que la intervención de los testigos en el instrumento público debe mantenerse; pero hay otro grupo que sostiene la teoría de que la intervención de los testigos debe eliminarse totalmente; y, hay otros que están de acuerdo en la eliminación de los testigos; pero que deben de haber algunas excepciones. Todo lo anterior da origen a teorías con respecto a la intervención de los testigos, que estudiaremos en un capítulo aparte. Por el momento nos interesa la posición que tiene nuestro Código de Notariado vigente.

#### REGIMEN LEGAL DE LA PARTICIPACION DE LOS TESTIGOS EN LA FUNCION NOTARIAL

Nuestro Código de Notariado vigente, Decreto 314 del Congreso de la República, en lo que se refiere a la intervención de testigos instrumentales, está con los tratadistas que favorecen la Teoría Ecléctica, ya que le da la posibilidad al Notario de poder asociarse de ellos en los actos y contratos intervivos, pero no lo obliga; pero si es obligatoria su intervención en las escrituras de testamentos y donaciones por causa de muerte, tal como lo preceptúa el artículo 51 que dice: "El notario podrá asociarse de testigos instrumentales en los actos o contratos que autorice. Pero si se tratare de testamentos o donaciones por causa de muerte, está obligado a asociarse de los testigos que exige esta ley."

¿Cuáles son esos testigos que exige la ley? con respecto a esto el artículo 42 numeral 3 del Código de Notariado dice lo siguiente: "La escritura pública de testamento además de

las formalidades generales contendrá las especiales siguientes en su numeral 3, la presencia de dos testigos que reúnan la calidades que exige esta ley."

El artículo 43 del mismo Código establece: "Las escritura de donación por causa de muerte contendrán las mismas formalidades que el testamento."

El artículo 44 del referido Código de Notariado dice: "En los testamentos y donaciones por causa de muerte, son formalidades esenciales, además de las consignadas en el artículo 31 las siguientes: en el numeral 2 dice: la presencia de dos testigos..., en el numeral 5 dice: las firmas del otorgante o su impresión digital, en su caso, de los testigos y del notario y de los intérpretes, si los hubiere."

En Guatemala, en la práctica notarial, el notario usualmente no hace uso de esa posibilidad de asociarse de testigo tal como lo dice el artículo 51 del Código de Notariado vigente los ha eliminado en los actos y contratos inter vivos.

El notario no utiliza a los testigos instrumentales en los actos y contratos inter vivos, en primer lugar porque está que la dación de fe le corresponde solamente a él ya que él está investido de la fe pública que es la que le da autenticidad y legalidad a sus actos notariales. Los actos que autoriza el notario se tienen como ciertos, no se puede dudar de ellos.

En segundo lugar, el notario no utiliza a los testigos instrumentales en los actos y contratos inter vivos, porque no los necesita y la ley no lo obliga, lo deja a su libre albedrío.

En cambio si se asocia de testigos instrumentales en las escrituras de testamentos y donaciones por causa de muerte, a que en estos casos intervienen como un requisito exigido por la ley, porque así lo establece la legislación notarial vigente en Guatemala. Puedo decir que la ley si obliga al notario a asociarse de esta clase de testigos en estos casos.

Como ya mencioné anteriormente el Código de Notariado de Guatemala vigente es seguidor de la teoría ecléctica, pues a pesar de que está entre los que no favorecen la intervención de testigos en el instrumento público, si obliga su intervención en las escrituras públicas de testamentos y donaciones por causa de muerte.

#### TESTIGOS DE CONOCIMIENTO

En cuanto a los testigos de conocimiento, debo decir que en virtud del principio primordial de la fe pública el notario debe dar "fe de conocimiento" de quienes otorgan un instrumento público. La identidad de los otorgantes debe tener una fiscalización en la persona del notario y es así que fundado en la garantía de los propios otorgantes y, aún de terceros y como una lógica derivación de la identidad personal forzosa para impedir la sustitución de los declarantes, el notario tiene la obligación de dar fe de que los conoce; pero podría suceder que el notario no los conociere. En este caso las legislaciones han permitido y como un signo de garantía que las partes se identifiquen con dos personas que den testimonio sobre la verdad de su identidad. Estas personas que intervienen para garantizar la existencia de los otorgantes cuando estos son desconocidos del notario, se llaman testigos de conocimiento.

Siguiendo el principio de la fe pública de que el notario debe dar "fe de conocimiento", el Código de Notariado vigente,

establece en el artículo 29 numeral 3 en su parte conducente lo siguiente: "Los instrumentos públicos contendrán: y el numeral 3 dice: "La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento..."

Como ya lo apunté anteriormente existen diferentes medios para que el notario pueda identificar a los otorgantes.

El medio más común es el conocimiento que tiene el notario de los otorgantes y afirmado por el notario y lo cual se hace constar en la comparecencia del instrumento público.

El Código de Notariado de Guatemala, en el artículo 2 numeral 4o. preceptúa: "Los instrumentos públicos contendrán "La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente."

El artículo 52 del mismo Código de Notariado establece "Los testigos deben ser civilmente capaces, idóneos, y conocidos por el notario. Si el notario no los conociere con anterioridad, deberá cerciorarse de su identidad por los medios legales."

En cuanto a las teorías que existen en relación a los testigos ya mencioné anteriormente que para los testigos instrumentales existen tres: las objetivas, las subjetivas y las eclécticas y en su orden las primeras consideran que deben mantenerse los testigos, las segundas dicen que son innecesarios; y, las terceras consideran que deben mantenerse solamente en casos determinados.

Para los testigos de conocimiento existe la teoría objetiva, ya que estos están reconocidos por la legislación universal, como un medio supletorio de identificación de los otorgantes, cuando el notario no los conoce.

Así que la legislación universal mantiene a los testigos de conocimiento y que es el criterio que sigue nuestro Código de Notariado vigente, debemos estar concientes que el notario en todo acto o contrato, debe dar fe de conocimiento del otorgante y en bastante de los casos se encuentra en que no puede identificarlos directamente o sea de la manera común o normal o desconocerlos, o podría ser que los otorgantes no tengan en el momento de la celebración del acto o contrato, la cédula de vecindad o el pasaporte en su caso; que son los documentos que acreditan la identidad personal de los otorgantes; y, es aquí en donde entran en acción los testigos de conocimiento como un medio supletorio para identificar a los otorgantes dándole una gran ayuda al notario.

#### TESTIGOS ROGADOS

Al referirme a los testigos rogados, puedo decir que la firma es un requisito esencial o sea de mucha importancia, sin la firma no concretiza o legaliza un acto o contrato; pero, puede ocurrir que uno de los otorgantes en una escritura pública no sepa o no pueda firmar, entonces firmará otra persona a ruego del otorgante que no sabe o no puede firmar, esta persona es el llamado testigo rogado, en el Código de Notariado guatemalteco no está conceptuado; pero si señala su aplicación como lo podemos leer en el artículo 29 numeral 12 que dice: "Los instrumentos públicos contendrán:... Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedida de las palabras "Ante mi". Si el otorgante no supiere

o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto otro que especificará el notario firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgante que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho..."

El artículo 42 numeral 9o., del Código de Notariado dice "La escritura pública de testamento además de las formalidades generales contendrá las especiales siguientes:...Que si el testador no sabe o no puede firmar, ponga su impresión digital y firme por él un testigo más, que deberá reunir las mismas calidades de los testigos instrumentales."

En cuanto a las teorías, el Código de Notariado guatemalteco sigue la corriente de la teoría objetiva, ya que considera la intervención del testigo rogado como una formalidad en los actos y contratos intervivos como lo apunta el artículo 29 numeral 12, y en los actos mortis causa la considera una formalidad especial para su validez tal como lo preceptúa el artículo 42 numeral 9o.

#### IMPEDIMENTOS LEGALES PARA ACTUAR COMO TESTIGOS

No todas las personas pueden intervenir como testigos en el instrumento público.

La ley enumera prohibiciones absolutas, creando verdadera incapacidad para fungir como testigos. Otras prohibiciones que no son tan graves y podrían calificarse como incompatibilidades.

Antiguamente, Las Partidas, traían bastantes prohibiciones absolutas como por ejemplo: Los homicidas, robadores, conocidos envenenadores, los que producen falso testimonio, traidores

alevosos, forzadores de mujeres, adivinos, siervos, el muy pobre y desconocido, el de mala vida o de mala fama, el tahir, el que dejase de decir verdad por precio, los casados que tienen varraganas conocidamente, la mujer adúltera, los menores de 16 años y muchos más.

Las Partidas se referían a las incompatibilidades que había para los padres y parientes, enemigos paniaguados, servidores, etc.

En general se puede decir que son cuatro las condiciones para intervenir como testigo:

- 1) Capacidad;
- 2) Conocimiento;
- 3) Probidad;
- 4) Imparcialidad.

#### CAPACIDAD

La regla general es la capacidad, y, las excepciones están exactamente prescritas en las respectivas legislaciones de cada país. Mayoría de edad, de cualquier sexo y la plenitud de sus facultades que comprende la capacidad civil.

Dice Carlos Emérito González en cuanto a la incapacidad: 'Las incapacidades comprenden la edad y lucidez del testigo. Los menores de edad no emancipados, los dementes, los ciegos, y los que no sepan firmar, formarían el primer grupo.

En cuanto a los religiosos y a los comerciantes fallidos no rehabilitados, su imposibilidad de testimoniar no se justifica, porque para presenciarse un acto, poco interesan las situaciones de conciencia, o si es buen o mal pagador de sus deudas.

La mejor demostración de ello es que pueden serlo como pruebas de delitos y cuasi-delitos."(57)

En cuanto a las incompatibilidades, estas son impuestas para que dos intereses no puedan encontrarse a un mismo tiempo en una sola persona, perdiendo así el testimonio sus principales atributos.

Estas incompatibilidades serían:

- a) Parentesco con el notario hasta un grado razonable, que podría ser al cuarto; igual sería el parentesco por consanguinidad o por afinidad.
- b) Los dependientes, amanuenses o empleados del notario; pero no los de otras oficinas. Al contrario estas personas amanuenses o empleados de otras oficinas, por su especialización y su conocimiento de la función instrumental, deberían ser los testigos más calificados.

#### CONOCIMIENTO

Esta condición, se refiere al entendimiento que debe tener el testigo sobre el instrumento en que va a intervenir y suscribir por supuesto y que no sea solamente un espectador, sino que sea una persona conciente que entiende lo que ve, esto por si alguna vez en un litigio tiene que narrar los hechos que le consten o los hechos observados.

#### PROBIDAD

Esta es la condición moral mínima que debe exigirse en un individuo que con su firma en el documento da veracidad a las afirmaciones del notario y de las partes otorgantes en los regímenes de existencia de testigos.

-----  
(57) Teoría General del Instrumento Público. págs. 252 y 253.

IMPARCIALIDAD

En cuanto a esta condición se debe decir, que el testigo o tiene que tomar partido ni con unos ni con otros, por eso que las incompatibilidades al producir el choque de intereses resquebrajan esta condición, tornándose parciales.

El parentesco, la amistad y la relación de dependencia inhiben para actuar. Por eso las voluntades libremente encaminadas serán las únicas valederas.

Mucho se ha discutido en cuanto a si un cónyuge puede ser o no testigo; pero si nos ubicamos en el texto de la ley, son bastantes los que se pronuncian afirmativamente ya que no están enumerados entre los que no pueden ser testigos.

Yo no estoy de acuerdo con los que se pronuncian afirmativamente ya que un cónyuge como puede ser parcial también puede ser imparcial de acuerdo a las circunstancias que rodeen una determinada situación, ante los hechos de su pareja matrimonial.

Modestino citado por Carlos Emérito González agregó a las condiciones expuestas, la dignidad, la fe, las costumbres y la gravedad de los testigos, "por eso no deben ser escuchados testigos que vacilan contra la fe de su testimonio."(58)

Fernández Casado, citado por Giménez-Arnau, decía sobre la capacidad para ser testigo lo siguiente: "Para todos los testigos, de cualquier clase, que habían de tener capacidad intelectual, probidad e imparcialidad. Como de estas cualidades

-----  
(58) González, Carlos Emérito. Teoría General del Instrumento Público. Pág. 255.

las dcs últimas son de indole moral, la ley se limita a establecer una serie de prohibiciones o supuestos de incapacidad que al lado de la incapacidad intelectual, presumible a partir de determinada edad, constituyen reglas de carácter negativo. El deber positivo de decir verdad del testigo no pasa de ser una regla moral o deber de carácter público, pues si se llegara a comprobar la mentira dará lugar a la imposición de pena por el delito de falso testimonio.(59)

En cuanto a las incapacidades de los testigos instrumentales pueden ser distintas ya sea que se trate de actos inter-vivos o de mortis causa.

Por ejemplo la legislación española la divide así:

#### ACTOS INTER-VIVOS

La regla general es la presunción de capacidad, que establece la legislación española y nos indica: "para ser testigo instrumental en los documentos inter-vivos se requiere ser español, hombre o mujer, mayor de edad, o emancipado o habilitado legalmente y no estar comprendido en los casos de incapacidad que establece la legislación notarial española.

Las personas sujetas a régimen foral podrán ser testigos si son mayores de edad, por su legislación.

También podrán ser testigos los extranjeros domiciliados en España que comprendan y hablen suficientemente el idioma español.

-----

(59) Giménez-Arnau, Enrique. Derecho Notarial. Pág. 707.

La capacidad de acuerdo al artículo 80. del Código Civil de Guatemala vigente es:

CAPACIDAD: La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.

En cuanto a la INCAPACIDAD la legislación española las agrupa así:

- 1.- Por falta de capacidad intelectual o física, son inhábiles para intervenir, los locos, o dementes, los ciegos, los sordos y los mudos.
- 2.- Por presunción de falta de probidad. Los que hayan sido condenados por delitos de falsificación en documentos públicos o privados o por falso testimonio y los que están sufriendo pena de interdicción civil.
- 3.- Por presunción de falta de imparcialidad;
  - a) Los parientes del notario autorizante o de cualquiera de los otorgantes en cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
  - b) Los escribientes o amanuenses, dependientes o criados del notario autorizante que presten sus servicios mediante un salario o retribución y vivan en su compañía.

A los testigos de conocimiento sólo les afectan las incapacidades a que se refieren los numerales 1o. y 2o. a no ser que sean a la vez testigos instrumentales.

El artículo 90. del Código Civil vigente en Guatemala, dice en cuanto a la INCAPACIDAD: "Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento,

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

deben ser declarados en estado de interdicción. Pueden así mismo ser declarados en estado de interdicción, las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se exponen ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos.

La declaratoria de interdicción produce, desde la fecha en que sea establecida en sentencia firme, INCAPACIDAD absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos; pero los actos anteriores a tal declaración pueden ser anulados si se prueba que la incapacidad existía notoriamente en la época en que se verificaron.

#### ACTOS MORTIS CAUSA

Siempre siguiendo como parámetro, la legislación española se refiere a las incapacidades para actuar como testigos en los testamentos en la forma siguiente: hay que distinguir las incapacidades para toda clase de testamentos (abiertos o cerrados y las especiales del testamento abierto.

En cuanto a las incapacidades para toda clase de testamentos dice:

No podrán ser testigos en los testamentos;

- 1.- Los menores de edad, salvo lo dispuesto en la ley de la materia.
- 2.- Los no domiciliados en el lugar del otorgamiento, a no ser que aseguren conocer al testador y el notario conozca a este y a aquellos, o en los casos exceptuados por la ley.
- 3.- Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.
- 4.- Los que no entienden el idioma del testador.
- 5.- Los que no están en su sano juicio.

- .- Los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos y privados o por el de falso testimonio, y los que estén sufriendo pena de interdicción civil.
- .- Los oficiales, auxiliares, copistas, subalternos, y criados, cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante.

Al referirse a las incapacidades especiales del testamento abierto dicha legislación establece lo siguiente: "En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges ni los parientes de aquellos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad."

No están comprendidos en esta prohibición los legatarios y sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario."

Tampoco están comprendidos en esta prohibición según ha aclarado el Tribunal Supremo Español, los simples testigos de conocimiento, ni los dependientes del heredero instituido y tampoco el confesor del testador en su última enfermedad, el sacristán de la Parroquia por el hecho de haber éste dejado un legado a la entidad Iglesia, que era la realmente instituida.

#### CONDICIONES DE LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES EN EL TESTAMENTO

En materia de capacidad de los testigos instrumentales en el testamento, Neri I. Argentino cita a Rébora que por razones de distinto carácter ha clasificado en tres grupos las normas que condicionan su intervención en el testamento, de acuerdo con la legislación argentina y estas son: normas positivas, normas

negativas y normas complementarias.(60)

#### NORMAS POSITIVAS

Estas normas han sido decretadas con una sola finalidad preestablecer la aptitud de los testigos; y, son:

##### LA EDAD

La legislación argentina preceptuó que los testigos de un testamento deben ser mayores de edad. Esta es una formalidad de orden genérico, en consideración a la cual sólo pueden ser testigos los individuos de veintiún años cumplidos. En nuestra legislación específicamente el Código Civil preceptúa en su artículo 80., que la mayoría de edad se cumple a los dieciocho años. De acuerdo a lo anterior ninguna persona que no haya adquirido la mayoría de edad ni aún el menor emancipado, puede ser capaz para actuar como testigo instrumental; es por eso que tampoco se estime suficiente que el notario exprese en el instrumento que los testigos son mayores de edad, debe designar la edad.

De consiguiente, la exigencia de la plena capacidad civil es de rigor y ningún notario puede sustraerse de ella.

##### EL SEXO

Antiguamente a la mujer se le prohibía intervenir como testigo en los instrumentos públicos; pero con el tiempo este criterio fue desapareciendo hasta llegar a nuestros días, siempre

-----  
(60) Neri I. Argentino. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. pág. 269. Volumen 3.

Analizando la legislación argentina nos dice en una de sus normas que la mujer casada puede ser testigo en instrumentos públicos, este derecho se juzga acordado a la mujer soltera, divorciada o viuda; es insoslayable, que toda mujer mayor de edad, cualquiera que sea su estado civil, puede ser testigo del testamento por acto público, pues este testamento es jurídicamente un instrumento público.

#### NUMERO REQUERIDO Y LUGAR DE RESIDENCIA

Según la legislación argentina, el testamento por acto público debe hacerse ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar.

#### NUMERO REQUERIDO

Sigue explicando Rébora, que en vez de dos testigos, como es norma común en los actos inter-vivos, en materia testamentaria la ley ordena que sean tres.

Otras legislaciones como una garantía más, exigen mayor número de testigos por ejemplo la legislación brasileña exige cinco testigos, la francesa requiere la presencia de dos notarios y dos testigos o la presencia de un notario y cuatro testigos.

Nuestra legislación notarial, específicamente el Código de Notariado vigente, exige para testamentos y donaciones por causa de muerte la presencia de dos testigos instrumentales de acuerdo a los artículos 42 y 44.

El artículo 42 numeral 9o., del mismo Código de Notariado exige un testigo más y dice: "La escritura pública de testamento además de las formalidades generales contendrá las especiales

siguientes:... 9. Que si el testador no sabe o no puede firmar ponga su impresión digital y firme por él un testigo más, que deberá reunir las mismas calidades de los testigos instrumentales."

El Código Civil en el artículo 957 preceptúa lo siguiente "Testamento del ciego. En el testamento del ciego debe intervenir un testigo más de los que se requieren para el testamento abierto, será leído en alta voz dos veces; la primera por el notario autorizante, y la segunda, por uno de los testigos elegido al efecto por el testador, se hará mención especial de esta circunstancia."

También el Código Civil regula que el testamento común abierto debe otorgarse en escritura pública y consecuentemente ante notario como lo establecen los artículos 955 y 956 de dicho cuerpo legal.

#### LUGAR DE RESIDENCIA

La legislación argentina regula que los testigos testamentarios (testigos instrumentales), sean residentes del lugar en que se otorga el acto.

En cuanto al aspecto residencial de los testigos, el legislador manifiesta que no obstante lo exigido por la Novísima Recopilación, de que los testigos sean vecinos del lugar, se ha preferido la residencia, ya que ésta es bastante para que los testigos conozcan al testador y para que el escribano pueda conocerlos a ellos; y, es más la residencia es un medio suficiente para probar la individualidad y la identidad de los testigos

El Código de Notariado guatemalteco vigente en su artículo 29, numeral 2, establece que: "Los instrumentos públicos contendrán: Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad,

profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes."

#### CONOCIMIENTO DE LOS TESTIGOS POR EL NOTARIO

Los testigos deben ser conocidos por el notario; pero si este no los conociere, puede exigir, antes de otorgar el testamento que dos personas aseguren la identidad de los testigos instrumentales. Para evitar el proceso fraudulento del testamento, la ley exige la presencia de los testigos, y además impone a condición de que el notario certifique que son personas de su conocimiento.

Al respecto el Código de Notariado vigente establece en el artículo 52 lo siguiente: "Los testigos debe ser civilmente capaces, idóneos y conocidos por el notario. Si el notario no los conociere con anterioridad, deberá cerciorarse de su identidad por los medios legales."

#### CONOCIMIENTO DE LOS TESTIGOS POR EL TESTADOR

En lo referente al conocimiento entre el notario y los testigos, la legislación es bastante imperativa. En cambio, con respecto al conocimiento entre los testigos y el testador no hay ninguna forma establecida.

En cuanto a la problemática de si los testigos deben conocer al testador y si ello importa una condición esencial para la validez del acto. LAFAILLE, citado por Neri I. Argentino ha resumido su parecer en la forma siguiente:

- a) Los testigos son instrumentales y no de conocimiento; de tal forma que dan fe de que asistieron al otorgamiento, que el testador dictó sus disposiciones, que oyó la lectura de ellas, que manifestó su conformidad y que firmó

en su presencia. Para eso no es necesario el conocimiento del testador;

- b) Sería conveniente que los testigos conocieran al testador en la medida necesaria para evitar cualquier clase de maniobra tendiente a la sustitución del testador; y,
- c) Quien debe conocer al testador es el notario, y si no lo conoce tendrá que proceder como en todas las escrituras públicas, es decir, auxiliares de testigos que salven esta dificultad; estos testigos son distintos de los que actúan como instrumentales y por supuesto su función es también distinta.(61)

LOS TESTIGOS DEBEN CONOCER EL IDIOMA NACIONAL Y EL IDIOMA DEL TESTADOR:

La legislación argentina dispone que si el testador no puede testar si no en idioma extranjero, además de dos intérpretes deben actuar testigos instrumentales que necesariamente deben entender los dos idiomas ya que podrían cometerse maniobras abusivas tendientes a desvirtuar el fiel pensamiento del testador.

Al respecto el Código de Notariado de Guatemala vigente en el artículo 29 numeral 6o., preceptúa: Los instrumentos públicos contendrán:...6. La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignore el idioma español, el cual de ser posible, deberá ser traductor jurado. Si el intérprete no supiere o no pudiere firmar, lo hará por él, un testigo".

El artículo 31 numeral 4, del mismo texto legal establece: "Son formalidades esenciales de los instrumentos públicos:...4. La intervención de intérprete, cuando el otorgante ignore el

(61) Neri I. Argentino. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. pág. 282 Volumen 3.

spañol."

#### FORMAS NEGATIVAS

Se refieren a las circunstancias que impiden a ciertas personas actuar como testigos instrumentales en el testamento.

#### ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES

No pueden ser testigos instrumentales en el testamento los ascendientes y los descendientes del testador, reciban o no a consecuencia del testamento, beneficio alguno.

También se incluye en esta prohibición al cónyuge del testador.

Si pueden ser testigos instrumentales en el testamento, los parientes colaterales o afines siempre que por el testamento no resulten beneficiados; pero, si lo fueren, ni los testigos se suponen inhábiles ni el testamento se tiene por nulo, sólo se juzgan nulas las disposiciones que el testador dictó en favor de quién actuó de testigo.

#### HEREDEROS INSTITUIDOS, LEGATARIOS Y FAVORECIDOS

La legislación argentina establece que no pueden ser testigos instrumentales en el testamento los herederos instituidos en el testamento, ni los legatarios, ni los que reciben algún favor por las disposiciones dictadas.

Borda, citado por Neri I. Argentino, señala que la prohibición que indica la ley no implica la nulidad del testamento sino simplemente la caducidad del beneficio que el acto contenga

en favor del testigo.

PARIENTES DEL ESCRIBANO DENTRO DEL CUARTO GRADO, DEPENDIENTES DE SU OFICINA Y DOMESTICOS

No pueden ser testigos en los testamentos los parientes del escribano dentro del cuarto grado, ni los dependientes de su oficina, ni sus domésticos.

En Guatemala, el Código de Notariado vigente, en el artículo 53 numeral 4o. señala que no podrán ser testigos los parientes del notario.

LOS CIEGOS, SORDOS Y MUDOS

La legislación argentina, como consecuencia de su imposibilidad física ha establecido que los ciegos, los sordos y los mudos no puedan intervenir como testigos en los testamentos; ya que la ceguera, la sordera, y la mudez son accidentes físicos personales que limitan la aptitud de la persona para actuar como testigo.

La legislación notarial guatemalteca, también excluye a estas personas para actuar como testigos, así lo estipula el artículo 53 numeral 3 del Código de Notariado referido.

PRIVADOS DE RAZON

Estas personas no pueden ser testigos, ya que están privados de su razón por cualquier causa que sea, los dementes no pueden serlo ni aún en los intervalos lúcidos.

Los individuos dementes no pueden expresar su voluntad,

ues carecen de intención, porque les falta precisamente atributos intelectuales, tales como el discernimiento es por ello que son totalmente inhábiles.

#### NORMAS COMPLEMENTARIAS

Además de las normas que ya hemos analizado, como lo son las positivas y las negativas que regulan la función del testigo en el testamento, la legislación argentina incluye algunas normas complementarias por las cuales pueden ser testigos: 1) Los parientes colaterales o afines del testador; 2) Los albaceas, tutores, o curadores nombrados en el testamento; 3) Las personas que tengan parentesco entre si; y, 4) Según el caso, una o dos personas que no sepan firmar.

#### PARIENTES COLATERALES O AFINES DEL TESTADOR

Si el testamento contiene alguna disposición en favor de estas personas, es suficiente causal para que tales parientes legítimos o naturales, no pueden ser testigos ya que de admitirlos, ellos podrían ejercer influencia directa en el ánimo del testador, y cambiar, así, el giro de su voluntad.

#### ALBACEAS, TUTORES O CURADORES NOMBRADOS EN EL TESTAMENTO

Pueden intervenir como testigos en el testamento, los albaceas o los tutores o curadores, siempre que en el testamento no se haya instituido alguna mejora o beneficio a su favor.

#### PERSONAS QUE TENGAN PARENTESCO ENTRE SI

El parentesco que pueda existir entre varias personas no es impedimento para que sean testigos simultáneamente de un testamento. Teniendo pues las aptitudes generales estipuladas por

la ley para ser testigo, no hay impedimento alguno para que pueda serlo, a la vez, padre e hijo, o dos hermanos, o tío y sobrino, porque careciendo, respecto del acto, de todo interes pecuniario, y aceptado, en consecuencia, que no existe posibilidad de ejercer presión alguna en el ánimo del testador, no hay razón alguna para inhabilitarlos.

#### PERSONAS QUE NO SABEN FIRMAR

La firma es un requisito esencial de suma importancia; sin ella no hay pronunciamiento respecto de un acto, en general, por lo tanto el testador y los testigos deben saber firmar. Pero hay casos en que el testador o algún testigo no sabe o no puede firmar, en este punto el Código argentino regula tres hipótesis, que son:

#### CUANDO EL TESTADOR SABE FIRMAR

Preceptúa que uno de los testigos, a lo menos, debe saber hacerlo por los otros dos.

#### CUANDO EL TESTADOR NO SABE FIRMAR

Estipula que otra persona debe firmar por él, o alguno de los testigos, lo haga por él y que en este último caso dos de los testigos, por lo menos deben saber firmar.

#### CUANDO EL TESTADOR SABE FIRMAR; PERO NO LO PUDIERE HACER:

Ordena que puede firmar por él otra persona, o uno de los testigos, y que en este caso, dos de los testigos, por lo menos deben saber firmar.

Al respecto, en Guatemala el Código de Notariado en el artículo 42 numeral 9o. establece: "La escritura pública de testamento además de las formalidades generales contendrá las especiales siguientes:... 9. Que si el testador no sabe o no puede firmar, ponga su impresión digital y firme por él un testigo más, que deberá reunir las mismas calidades de los testigos instrumentales."

Por último nuestro Código de Notariado vigente en su artículo 53 señala las prohibiciones para intervenir como testigos lo cual dice: "No podrán ser testigos:

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

## CAPITULO IV

### ANALISIS JURIDICO Y DOCTRINARIO SOBRE LA PARTICIPACION DE LOS TESTIGOS EN LA AUTORIZACION DEL INSTRUMENTO PUBLICO

#### CRITERIOS DOCTRINARIOS SOBRE LA NECESIDAD DE LA INTERVENCION DE LOS TESTIGOS

La intervención de los testigos en el proceso de otorgación instrumental es un tema que desde hace mucho tiempo viene siendo objeto de discusión, bajo varios puntos de vista.

Como primer punto, explicaré que el planteo inicial se formuló en Alemania. En este país, el estatuto de la fe pública, por efecto de su mala conformación, fue compartido por funcionarios judiciales y notariales, quienes en el ámbito de sus respectivas competencias celebraban actos y contratos con y sin asistencia de testigos instrumentales, situación que creó diferentes criterios acerca de la misión testifical y que fue degenerando en una corrupción sin precedentes, ya que en las otorgaciones los testigos eran realmente personeros de los funcionarios.

Ante tal situación caótica y encaminado hacia un ordenamiento jurídico que unificase a las funciones de derecho y que disciplinara los aspectos formales del instrumento público, se propugnó y obtuvo en 1871 un congreso en la ciudad de Stuttgart. En dicho congreso hubo fuertes debates y se resolvió y se impuso la supresión parcial de los testigos. Los motivos que se argumentaron para fundar esta conveniencia fueron recogidas por algunas legislaciones y, a la par dieron origen a controvertidas tesis doctrinarias.

En España, adquirió una singular trascendencia esta polémica alrededor de la institución de los testigos.

Los notarios Torres Aguilar y Falguera, fueron los principales protagonistas en un principio de esta polémica ya que Torres Aguilar estaba a favor de que desaparecieran totalmente los testigos; mientras que Falguera se inclinaba en favor de mantener a los testigos.

En un principio algunos notarios con Torres Aguilar a la cabeza, hicieron un frío análisis sobre la importancia de la intervención testifical al acto jurídico a documentarse, esto es no tomando en cuenta la fuerza probatoria testimonial que pudiera reportar para la justicia en un proceso motivado por torcidas argumentaciones de las partes otorgantes.

En cambio los que estaban a favor de que subsistieran los testigos con Falguera como máximo exponente tenían el criterio de mantener a los testigos, dándole valor a la prueba preconstituida por los testigos ya que en caso de problemas entre las partes, la justicia necesita de sus declaraciones que son de certeza, de haber tenido participación directa en la formación del instrumento.

Para tener una verdadera visión sobre los criterios vertidos en cuanto a la intervención de los testigos en los instrumentos públicos es necesario, ante todo, categorizarlos pues no todos responden a idénticas ideas y conceptos.

Por lo tanto haciendo grupos de esos criterios con sentido orgánico, esto es con arreglo a sus caracteres, pueden dividirse dos teorías antitéticas una subjetiva, que propugna por la supresión lisa y llana de los testigos; y otra objetiva, que proclama que se mantengan. Y entre ellas una tercera teoría, la ecléctica.

TEORIA SUBJETIVA

A Torres Aguilar le corresponde ser el padre de esta teoría, en cuanto al hecho de haber sido el primero en darle estado público, en España. Inspirado en las consideraciones debatidas en el Congreso de Stuttgart, Torres Aguilar publicó en la "Gaceta del Notariado" en 1873 una monografía cuyo contenido crítico, a lo principal se refiere a:

- ) La conclusión a la que llegó fue que había una gran confusión en el orden jurídico notarial alemán, y a la necesidad de unificarlo y de situar más decente a la persona del testigo, pues eran clasificados como agentes inconcientes, de criados del notario o de instrumento pasivo, personas a quienes no se les exigía condiciones rigurosas.
- ) Al propósito de mantener la obligatoriedad de los testigos pero sólo para los testamentos.,
- ) La relación de semejanza de esta reforma legislativa alemana con la ley notarial española de 1862, que establecía la necesidad de dos testigos, que estuvieran presentes en el acto de autorizar todo instrumento público inter vivos, y en lo que se refiere a testamentos mantenía en vigor las leyes recopiladas.
- ) La legislación europea de ese entonces que no pudo alejarse de la antigua rutina y de las fórmulas añejas y ridículas.
- ) La importancia de la autorización de los actos y contratos y a la circunstancia de que, según sea el carácter que el notario tenga diversa ha de ser la forma y solemnidades que necesite; y, por lo tanto, al tratar de los testigos, ha de ser diferente su intervención según sea el

caso que para fundar al notario se adopte.

- f) Los principios sobre los cuales, a su juicio, podía ordenarse el notariado; o el notario es un archivero de los documentos a que se da autenticidad pública, o es un funcionario autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran; acerca de lo cual dijo que: de acuerdo al primer sistema, el notario es solamente un custodio de los documentos que se hallan en el archivo y en tal supuesto sólo podrá dar certificaciones de ellos; pero no fe notarial; y, por eso al desaparecer la fe notarial debe existir la intervención de los testigos; mientras que en el segundo sistema, la autorización notarial reviste el carácter de pública, valor que el Estado da al acto o contrato en que éste funcionario interviene, para que sea de todos creído, a menos que se pruebe su nulidad o falsedad.

En resumen Torres Aguilar abogó por la desaparición de los testigos, pues en su citada monografía dijo, finalmente, que la fe pública debe ser indivisible, como lo es la que tienen los encargados del poder ejecutivo, y los secretarios que han de dar autenticidad a los más importantes actos del poder judicial, pues ni los primeros necesitan testigos para hacer valer sus decisiones, ni los segundos para dar autoridad a las sentencias ni a la mayor parte de las actuaciones judiciales (Torres Aguilar, citado por Neri Argentino). (62)

-----  
(62) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial Vol. 3. págs. 199 y 200.

Neri Argentino, cita en su obra a Fernández Casado, que dice: "Los testigos son innecesarios en los instrumentos públicos, porque no son ellos sino el notario quien les puede dar el carácter de pública; por lo demás, agrega, en el terreno de la ciencia los testigos no intervienen por vía de prueba, sino de solemnidad; concluye expresando; que en el terreno de la ley los testigos necesitan reunir los mismos requisitos que los de prueba, puesto que no pueden serlos los parientes y allegados de las partes, ni aún los del mismo notario, restricciones que no tienen fácil explicación, de no admitir que la suspicacia del legislador los coloca al lado del notario para completar, o aún alguna vez para destruir, lo afirmado por éste.(63)

Con respecto a la ineficacia que importa la asistencia de los testigos al acto instrumental, De Velasco también citado por Neri Argentino, destacó la tradición histórica que señala la exposición de motivos de la ley del 1 de abril de 1939 (en España), relativa al valor instrumental de los testigos en la otorgación de los instrumentos públicos, cuya intervención personal poco ha faltado para ser una ficción pues ha sido en muchos casos un requisito cumplido en serie por verdaderos profesionales de la testificación, tales situaciones son suficientes para eliminar a los testigos, señaló categóricamente que es de lamentar que la ley española no haya adoptado un criterio más radical y suprimido también la intervención de los testigos en los testamentos sobre todo considerando el exceso de formalidades que rodea a tales documentos y el contraste que nos ofrece la facilidad con que los juzgados han de declarar testamento ológrafo a papeles de muy dudoso valor.(64)

-----  
(63) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial Vol. 3. pág. 200.

(64) Ibidem. pág. 200.

Herrán de las Pozas, ha dicho que los más prestigiosos tratadistas de Derecho Notarial critican desde distintos puntos de vista la intervención de los testigos en los instrumentos públicos; así vemos que López Palop señala que la intervención de los testigos se opone a la naturaleza secreta del protocolo; a juicio de Pou Ribas, la intervención de los testigos, tal como estaba regulada no tenía fundamento alguno, ni interesa a los mismos otorgantes, en quienes tampoco es raro el deseo de que no intervinieran los testigos en la escritura, obligando al notario de explicarles de la necesidad legal de su presencia, de igual manera piensan Mateo Azpeitia, Manuel Carana, estos tratadistas citados por Neri Argentino.(65)

Fue un gran paso el que dió la legislación española, al promulgar la ley del 1 de abril de 1939, que suprimió a los testigos en el instrumento público, pues por regla general no son necesarios. Sin embargo, los testigos subsisten en los testamentos, porque esta materia se rige por el Código Civil Español, que no ha sufrido modificaciones en este punto.

Sanahuja y Soler, citado por Neri Argentino, expresa que la verdadera razón de la supresión de los testigos es en todas partes, más que resultado de una tesis doctrinal, la remoción de un estado de cosas que en la práctica había perdido todo vigor y quedaba reducido a una simple ficción generalmente los testigos firmaban sin conocer el contenido del acto, casi siempre eran agentes retribuidos del notario.(66)

Otros tratadistas que son afines a estas teorías dicen que los testigos deben eliminarse totalmente, tanto para actos

-----  
(65) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. Vol. 3. págs. 200 y 201.

(66) Ibidem. pág. 201.

inter-vivos como para actos mortis causa.

Analizando esta teoría, la subjetiva, que es la que propugna por la supresión general de los testigos instrumentales tanto para los actos inter-vivos como para los actos mortis causa, debo de admitir que es la teoría por la cual estoy a favor, pues considero que el notario es el único que le da veracidad, legalidad y autenticidad, tanto a los actos inter-vivos como a los de mortis causa; ya que es la persona que está investida con la fe pública notarial por ministerio de la ley.

Los testigos, como lo dicen algunos tratadistas del Derecho Notarial, generalmente firmaban sin saber el contenido del instrumento público en el que intervienen. Además los testigos no coadyuvan a la dación de fe como lo indican algunos tratadistas; para mí el único que da fe pública en los actos y contratos en que interviene es el notario, en Guatemala así lo establece el artículo uno del Código de Notariado vigente.

Por lo tanto no hay necesidad, considero de la intervención de los testigos instrumentales tanto en los actos inter-vivos como en los actos mortis causa. En Guatemala, no obstante que la ley le da al notario la oportunidad de asociarse de los testigos instrumentales, este no los utiliza en los actos inter-vivos; pero si los utiliza en los actos mortis causa ya que es obligado por la legislación notarial que así lo establece en el artículo 51 del Código de Notariado vigente. Es pues que si no existiera esta obligación de utilizar a los testigos instrumentales en las escrituras de testamentos y donaciones por causa de muerte, el notario también no los utilizaría.

Esta teoría, en mi opinión es la que se debe imponer en un tiempo muy próximo en todas las legislaciones notariales del

mundo, o sea la supresión total de los testigos instrumentales en el instrumento público notarial.

#### TEORIA OBJETIVA

Esta teoría propugna el mantenimiento de los testigos en el instrumento público.

Fundado en la idea de que el requisito de la intervención testifical es de rigurosa solemnidad, con el auspicio y autoridad de varios colegios notariales, Falguera citado por Neri Argentino, refutó la tesis de Torres Aguilar y afirmó lo siguiente: "La intervención de los testigos en los instrumentos públicos tiene por objeto imprimirles el sello de la publicidad; acreditar que no se han hecho clandestinamente, sino en público; al efecto se requiere a dos personas para que estén presentes en representación del público, a fin de que sea una verdad que la escritura es pública y se ha hecho en público y no en secreto. Véase con cuanta razón se dice que los testigos constituyen una de las publicaciones del instrumento, porque lo hacen público.

Interviniendo el testigo como solemnidad y como publicación, y representando los dos testigos al público, es evidente que no reside en ellos la mitad de la fe, ni la más mínima parte de ella; la fe reside única y exclusivamente en el notario.

Los testigos, pues, no dan a la escritura garantía alguna de credibilidad; sin embargo, no por esto deben considerarse inútiles, no son un elemento superfluo, porque una escritura pública debe llevar alguna muestra de que tiene este carácter y esta muestra son los testigos. Es cierto lo que en son de censura; pero proclamando una verdad, han dicho los jurisconsultos.

os alemanes reunidos en Stuttgart en 1871, que los testigos instrumentos son agentes inconcientes la mayor de las veces, ue son siempre instrumentos pasivos.

Los testigos no pueden ser sino instrumentos pasivos, como os espectadores de una función teatral, como las gentes que stán presenciando una revista militar, porque representan el apel de espectadores, y nada más."(67)

Azpeitia Esteban, también citado por Neri Argentino, dice ue ninguna de las dos doctrinas la de Torres Aguilar y la de Faiguera, llevan a resolver el problema del fundamento de la ntervención de testigos en el instrumento público.

Pero Azpeitia Esteban, inclinado por la tesis doctrinal e Faiguera, sostiene que el fundamento de la intervención de estigos en los documentos públicos, puede ser valorado por cua-ro modalidades de prueba instrumental que son: el de Sentencia robatis Probata, esto es, de prueba probada; el de la prueba reconstituida; el del principio de la prueba; el primitivo o ajón.

En el primer caso, el de prueba probada, la escritura pública es una sentencia, que lleva en si tres medios acreditativos de su plena eficacia: la confesión de los otorgantes, a testificación de los extraños y la sanción o aprobación del uncionario público.

En el segundo caso, en el de la prueba preconstituida,

-----  
67) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial, Vol. 3. pág. 202.

la escritura pública necesita de varios requisitos para su máxima eficacia y que son: la fe de identidad, en la intervención de los testigos, en la firma de las partes, y suscripción de los testigos, y en el archivo o protocolización de los documentos dando como resultado que la intervención de los testigos tiene como fundamento la necesidad de ayudar a la fe notarial, defendiéndose así los propios otorgantes de la posible infidelidad del funcionario y este de aquellos; en fin los testigos sirven de control público.

En el tercer caso, en el del principio de la prueba, dice que el instrumento público es uno de los medios de expresar los actos jurídicos, los cuales existen por la voluntad de los otorgantes y no por la sanción pública instrumental. Según este sistema los testigos pueden argumentar en contra de la escritura que ellos mismos suscribieron; de tal suerte, que con testigos diversos se puede hacer ineficaz una escritura pública y en tal virtud, la autorización notarial traslada una prueba cuya apreciación queda al arbitrio de los particulares y de los tribunales en su caso; en definitiva para el Código Civil Español, la jurisdicción notarial no existe.

En el cuarto caso, el primitivo o sajón, el instrumento público se basa en la buena fe y en el principio de la formalidad privada; pero el instrumento no hace cosa juzgada, pues la autorización notarial y la intervención de testigos son medios que contribuirán en su oportunidad ante los tribunales.(68)

finaliza Azpeitia Esteban diciendo que de los cuatro sis

-----

(68) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial Vol. 3. págs. 203 y 204.

temas analizados y en los cuales encuadró el historial de los testigos instrumentales, ninguno autoriza a prescindir de ellos para la validez y formación de la escritura pública. Todos exigen esa intervención, unos, como antecedente, otros como coadyuvante, otros como controlante y otros como mera prevención.

Otro tratadista citado por Neri Argentino es Otero y Valen-  
cín que dijo: "es un equívoco prescindir de los testigos instru-  
mentales, los cuales al notario, le sirven de garantía al mismo  
funcionario para que presencié su discreción y diligencia."  
Finalmente acota, que todo acto jurídico que presuponga un otor-  
gamiento debe realizarse con la presencia de los testigos instru-  
mentales.(69)

En lo que se refiere a la teoría objetiva, que propugna  
por mantener a los testigos en el instrumento público; es neces-  
ario indicar que esta teoría, ya cumplió con su cometido en  
el tiempo en que eran imprescindibles los testigos en los actos  
y contratos inter-vivos y mortis causa; pero, en la época actual,  
esta teoría ya no se ajusta a la realidad, ya que no son obliga-  
torios en los actos inter-vivos, aunque si lo son en los actos  
mortis causa.

Los defensores de esta teoría, dicen que uno de los objeti-  
vos de la intervención de los testigos, en el instrumento público  
es el de imprimir el sello de la publicidad; lo cual a mi crite-  
rio no se sustenta en la actualidad ya que el notario tiene a  
la disposición de cualquier persona el protocolo para que vea  
el instrumento por el cual tiene interés, es decir, que es pú-  
blico, ya que se puede consultar el protocolo siempre y cuando  
se tenga interés en el asunto.

-----  
(69) Ibidem. Pág. 205.

También una de las principales justificaciones de los defensores de la intervención de los testigos en el instrumento público es la de carácter histórico pues desde el siglo XII e que comenzara la organización del notariado o sea la instrumentación pública, están arraigadas sus raíces, estos tratadistas no se quieren renovar, se oponen a la innovación; cuando el Derecho es dinámico, es cambiante y en forma constante progresa cambia y por ende lo es el Derecho Notarial, por tal razón estoy de acuerdo con los que sustentan esta teoría.

Los testigos, pues, no añaden al instrumento público garantía alguna de credibilidad, ya que el único como ya lo dije anteriormente que da credibilidad es el notario, con la fe pública de la cual está investido el profesional del Derecho. Los testigos instrumentales en la mayoría de los casos son instrumentos pasivos, que actúan como espectadores nada más.

#### TEORIA ECLECTICA

En esta teoría están quienes no obstante que son partidarios de la eliminación de los testigos instrumentales a la asistencia al acto jurídico, aceptan su intervención en las escrituras públicas de testamento y en los actos y contratos e que las partes no sepan o no puedan escribir o no conozcan el idioma del país donde se realice el otorgamiento y autorización

Los tratadistas que están a favor de esta teoría afirman que el Estado juzga garantía para las partes y los terceros a un instrumento público autorizado con las formalidades de ley, precisamente por virtud de la dación de fe del notario tanto de la identidad de los otorgantes como de la certeza de sus declaraciones; dentro de cuyas formalidades está la presencia simultánea al acto de los testigos, que son un reflejo histórico d

a prueba documental, y, que han venido siendo admitidos, sin reservas, para proteger al notario contra las argucias, generalmente falaces de las partes.

El Instituto Argentino de Estudios Legislativos, en un acto donde intervinieron juristas de la talla de Lafaille, Galli, Rey, Bustamante y Spota, debatió ampliamente la eliminación de los testigos instrumentales.

Lafaille y Galli coincidían en la supresión de los testigos en los actos inter-vivos no así en los testamentos.

Rey, sostuvo que el requisito de los testigos instrumentales tal como está regido actualmente, es inútil, desde el momento en que no se exige que se compruebe la identidad de los mismos, pretendientes a dar mayor seriedad al acto.

Bustamante opinó que sólo debían exigirse en las escrituras otorgadas por personas que no supiesen o no pudieren firmar.

Spota, propuso que "aún en el caso de que los otorgantes sean ciegos y puedan afirmar, se requiera la intervención de los testigos cuando sean requeridos por aquellos."

Se hicieron votaciones con respecto a las proposiciones, fue aprobada la proposición de Bustamante con la modificación sugerida por Spota.

El Notario Villalba Welsh, citado por Neri Argentino dice que: "Uniformada a la indivisibilidad de la fe pública no es argumento totalmente valedero para imponerlo como premisa necesaria para abolir la actuación instrumental de los testigos. En este respecto confiesa que la regla general sostenida de la

no intervención de testigos "encuentra adecuada justificación para excepcionar en materia de testamentos."

Para finalizar y que quede bien claro su criterio, concluye expresando que está a favor de la eliminación de los testigos instrumentales de la escritura pública, excepto en los testamentos y en los casos en que a juicio absoluto del escribano se requiera su intervención. (70)

Bollini, está a favor de la eliminación de los testigos instrumentales; pero no de manera general, por eso al creer que esto es imposible se inclina por el eclecticismo, haciendo suyas las conclusiones de Villaalba Welsh, propugna que intervengan los testigos en los siguientes casos:

- 1.- Cuando cualquiera de los otorgantes o el propio escribano lo exigiese;
- 2.- Cuando se otorgue testamento por acto público. (71)

Cordero, citado por Neri Argentino, está a favor de que sean suprimidos los testigos en la escritura pública; no obstante dejarlos subsistentes en los casos en que el escribano no conozca a las partes y sea imposible su identificación por medio del certificado de identidad u otro medio legal, cuando alguno de los contratantes no sepa o no pueda firmar, y en los testamentos. (72)

-----  
(70) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. Vol. 3. Pág. 217.  
(71) Ibidem. pág. 219.  
(72) Ibidem. pág. 221.

En relación a la teoría ecléctica, puedo decir que es la teoría que siguen la mayoría de las legislaciones del mundo en materia notarial, ya que la mayoría están a favor de que se eliminen los testigos instrumentales a la asistencia en los actos de contratos inter-vivos; pero, aceptan su participación en las escrituras de testamentos y donaciones por causa de muerte.

También aceptan la participación de estos testigos en aquellos casos en que las partes no sepan o no puedan escribir - no conozcan el idioma del país donde se realice el acto o contrato jurídico.

En mi opinión, los seguidores de esta teoría no se definen, a que por una parte están a favor de suprimir a los testigos instrumentales, y por otra aceptan las excepciones como las mencionadas anteriormente, es, creo una posición tibia, en la que o se definen por el si o por el no.

La fe pública como ya lo expresé anteriormente, es única e indivisible que está a cargo por supuesto del notario, no hay si se necesitan otras personas para compartirla; el notario es el forjador del instrumento público, el que le da forma a la voluntad de las partes que lo requieran, es el técnico, que asesora a los otorgantes.

Por lo antes expuesto, no veo diferencia entre actos y contratos inter-vivos y actos y contratos mortis causa, pues ambos suelen ser solemnes, no va a cambiar la fe pública entre unos y otros, es la misma.

En conclusión en mi opinión ya no deben intervenir los testigos instrumentales, tanto en actos y contratos inter-vivos como en mortis causa, que es la teoría que se impondrá en un

futuro cercano.

#### TEORIA PREDOMINANTE EN LA LEGISLACION GUATEMALTECA

El Código de Notariado vigente en Guatemala, como ya lo he mencionado en el capítulo anterior, sigue la teoría ecléctica en materia de testigos instrumentales, pues no obstante que la ley permite la intervención de dichos testigos en los actos y contratos inter-vivos, no lo obliga; como si lo obliga a asociarse de testigos en las escrituras de testamentos y donaciones por causa de muerte.

Generalmente, el notario en Guatemala, no hace uso de la potestad que le confiere la ley de asociarse de testigos instrumentales en los actos y contratos inter-vivos. Solamente se asocia de ellos en las escrituras públicas de testamento y donación por causa de muerte ya que así lo establece la ley notarial vigente.

El artículo 51 del Código de Notariado establece: "El notario podrá asociarse de testigos instrumentales en los actos o contratos que autorice. Pero si se tratare de testamentos o donaciones por causa de muerte, está obligado a asociarse de los testigos que exige la ley."

Los artículos 42 y 43 del mismo Código de Notariado, se refieren a la intervención de testigos instrumentales en las escrituras de testamentos y donaciones por causa de muerte, tal como ya quedó detallado en el capítulo anterior.

Por lo anterior soy de la opinión que el Código de Notariado guatemalteco en lo que se refiere a los testigos instrumentales es seguidor de la teoría ecléctica, pues no obstante que

está en contra de su intervención, si obliga a dicha intervención en las escrituras de testamento y de donación por causa de muerte.

#### QUALIDADES QUE DEBE REUNIR EL TESTIGO INSTRUMENTAL

Para poder realizar el papel de testigo instrumental es necesario poseer, como cualidad común, tres condiciones fundamentales tanto en los actos inter-vivos como en los de mortis causa. Estas condiciones son: según Neri Argentino: capacidad, probidad, e imparcialidad.(73)

. CAPACIDAD: Para determinar esta cualidad física, debe tomarse en cuenta la edad y el estado de lucidez de la persona así como también la aptitud del sujeto actuante: parentesco, instrucción, vecindad y conocimiento, pues de existir alguna de estas incompatibilidades el testigo no será idóneo. El Código de Notariado requiere que el testigo sepa leer y escribir.

. PROBIDAD: La probidad es una cualidad de orden moral, es una precaución que debe adoptarse para garantizar mejor la actuación, es decir, que el testigo deberá poseer tres virtudes como mínimo: rectitud, integridad y honradez.

. IMPARCIALIDAD: La reflexión que sugiere esta calidad es de importancia, ya que el testigo instrumental, no debe favorecer con su intervención a ninguna de las partes es decir a los otorgantes. También no debe tener interés en el acto o contrato en que interviene. No tienen imparcialidad los parientes del notario autorizante o de cualquiera de los otorgantes.

Carlos Emérito González, establece una cualidad más para

-----  
73) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial.  
Vol. 3. pág. 190.

el testigo instrumental y es el conocimiento que dice:

CONOCIMIENTO: Es el entendimiento que debe tener el testigo, sobre el instrumento que suscribe, para no ser un espectador más, sino ser una persona conciente que ve y comprende lo que ve, por si alguna vez debe narrar los hechos observados en un pleito futuro.(74)

En cuanto a las calidades de los testigos, el Código de Notariado vigente en Guatemala, el artículo 52 regula lo siguiente: "Los testigos deben ser civilmente capaces, idóneos y conocidos por el Notario. Si el notario no los conociese con anterioridad, deberá cerciorarse de su identidad por los medios legales."

En cuanto a la prohibición para ser testigo, el Código de Notariado dice lo siguiente:

Artículo 53.- No podrán ser testigos:

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

CARACTER DE SU INTERVENCION

-----  
(74) González, Carlos Emérito. Teoría General del Instrumento Público. pág. 254.

El notario Bloch, citado por Enrique Gimenez Arnau, dice que las misiones que pueden asignarse al testigo son múltiples, entre ellas están: a) la misión de coautorizante; b) la de contribuir a la solemnidad; c) la de intervenir en la determinación de la capacidad del testador; d) la de constituir prueba del otorgamiento.(75)

Carlos Emérito González, dice que los testigos instrumentales sirven para acreditar lo que se hizo, lo que la escritura dice y que ratificarían o coadyuvarían a lo dicho por las partes del notario, actuando juntamente con éste en la dación de fe."(76)

Algunos tratadistas juzgan la actuación de los testigos, se preguntan si es activa o pasiva. Los que dicen que es pasiva, explican, que los testigos instrumentales son entes pasivos, sea que son personas que su actuación es pasiva y en todos los casos, su actividad radica en el hecho de suscribir, en unidad de tiempo y acción con las partes y el notario, el acto que vieron y percibieron.

El Código de Notariado vigente en Guatemala, estipula en el artículo 51 que en las escrituras de testamentos o donaciones por causa de muerte es obligatoria la presencia de los testigos y se exige dicha ley. Y esta es la posición de la mayoría de las legislaciones en materia notarial.

El mismo Código, establece en los artículos 42 y 43 como formalidades especiales para testamentos y Donaciones por causa

75) Arnau, Enrique Giménez. Derecho Notarial. Págs. 700 y 701.

76) González, Carlos Emérito. Teoría General del Instrumento Público. págs. 250 y 251.

de muerte, la presencia de dos testigos que reúnan las calidades que exige dicho cuerpo legal. Y cuando el testador no sabe o no puede firmar, este deberá poner su impresión digital y además exige un testigo más que firme por él que deberá reunir las mismas calidades de los testigos instrumentales.

También el artículo 44 numeral 2 de dicho Código establece como formalidad esencial de los testamentos y donaciones por causa de muerte la presencia de dos testigos.

#### CONSECUENCIA DE LA OMISION DE TESTIGOS INSTRUMENTALES

##### OMISION EN ACTOS INTER-VIVOS

El Código de Notariado en su artículo 51, en los actos y contratos inter-vivos, no establece con carácter obligatorio la intervención de testigos instrumentales, más bien deja al criterio del notario si se asocia de ellos o no.

De lo anterior se infiere que si hay omisión de los testigos, el instrumento público mantiene su validez, su eficacia; no existe problema alguno.

Enrique Gimenez-Arnau, dice que si en los actos inter-vivos no intervienen los testigos instrumentales, o si participan testigos inhábiles no es requisito esencial en la legislación española a partir del 1 de abril de 1939 y por lo tanto no producirá la ineficacia del acto.(77)

-----  
(77) Giménez Arnau, Enrique. Derecho Notarial. pág. 709.

MISION EN ACTOS MORTIS CAUSA

Enrique Gimenez Arnau, dice que cuando se trate de testamentos, si no intervienen los testigos, en el número y con las ualidades que el Código Civil exige, será un acto nulo por defecto de requisitos esenciales de forma.(78)

Al respecto de los testamentos, he de decir que en la legislación Notarial guatemalteca, en el Código de la materia, n el artículo 42 numeral 3, establece que la escritura pública e testamento es formalidad especial la presencia de dos testigos que reunan las calidades que exige esta ley.

En los testamentos y donaciones por causa de muerte, sonormalidades esenciales entre otras, la presencia de dos testigos, así lo estipula el artículo 44 numeral 2. del Código de otariado vigente.

En cuanto a la no intervención de testigos en una escritura e testamento, y como ya lo mencioné antes, es una formalidad sencial de acuerdo a la legislación notarial vigente, el Código ivil en el artículo 977 establece lo siguiente: "Es nulo el estamento que se otorga sin la observancia de las solemnidades senciales que la ley establece."

ESTIGOS DE CONOCIMIENTO

En lo que se refiere a los testigos de conocimiento, nues-ro Código de Notariado sigue la teoría objetiva, pues los man-iene vigentes es decir que no los elimina, ya que estos están

-----  
78) Ibidem. pág. 709.

reconocidos por la legislación universal como un medio supletorio de identificación de los otorgantes, cuando el notario no los conoce.

Existen varios medios para que el notario pueda identificar a los otorgantes. En primer lugar está un medio normal que es el que el notario conozca directamente a los otorgantes.

En segundo término, por ejemplo, en Guatemala, si el notario no conoce a los otorgantes hay medios supletorios para ello, como lo son, la cédula de vecindad para los guatemaltecos; y el pasaporte para las personas extranjeras, otro medio que es el que me interesa es el que los identifique por medio de dos testigos.

El artículo 29 numeral 4, preceptúa: "Los instrumentos públicos contendrán: La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente.

#### CALIDADES QUE DEBE REUNIR EL TESTIGO DE CONOCIMIENTO

Tal como lo mencioné con los testigos instrumentales, el testigo de conocimiento debe tener en primer término la capacidad, las calidades o requisitos indispensables para poder ser testigo en el instrumento público.

La legislación argentina con respecto a los testigos de conocimiento, considera que deben reunir las mismas calidades que los testigos instrumentales y que los testigos de conocimiento pueden ser instrumentales al mismo tiempo.

Neri Argentino, dice con respecto a los testigos de cono-

amiento que deben tener cuatro cualidades que son:(79)

- .- Que sean conocidos por el escribano.
- .- Que sean capaces, es decir que estén exentos de las inhabilidades que la ley señala.
- .- Que su nombre y residencia consten en el cuerpo de la escritura pública.
- .- Que el escribano certifique que los conoce, y hasta habría que agregar la suscripción o firma de los testigos.

Como ya lo mencioné anteriormente, la legislación argentina considera que los testigos instrumentales y los testigos de conocimiento deben tener las mismas cualidades, cualidades o requisitos que son: la capacidad intelectual, y física, la probidad, la imparcialidad y el conocimiento, así como la comprensión y el entendimiento del papel que cumple.

El artículo 52 del Código de Notariado estipula: "Los testigos deben ser civilmente capaces, idóneos y conocidos por el notario. Si el notario no los conociere con anterioridad, deberá cerciorarse de su identidad por los medios legales."

Es decir que en este artículo se mencionan los requisitos para los testigos sin hacer distinción alguno ya sea para testigos instrumentales o para los de conocimiento, las cualidades son para unos y para otros.

El Código de Notariado, requiere que los testigos sean civilmente capaces, es decir, que tengan la mayoría de edad

-----

79) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial  
Vol. 3. pág.354.

dieciocho años cumplidos, y ser aptos para actuar como sujetos de derechos y obligaciones de acuerdo al artículo 8 del Código Civil vigente. También requiere que los testigos sean idóneos lo cual quiere decir que sean aptos, adecuados con condiciones competentes de acuerdo a la ley, es decir que no estén inhabilitados para actuar de acuerdo a la ley.

También los testigos de conocimiento deben ser conocidos por el notario y conocer al otorgante por quien están interviniendo en el instrumento público identificándolo.

Las prohibiciones para actuar como testigos están estipuladas en el artículo 53 del Código de Notariado, las cuales ya las mencioné anteriormente.

#### CARACTER DE LA INTERVENCION DE LOS TESTIGOS DE CONOCIMIENTO

Azpeitia Esteban, citado por Neri Argentino, dice con respecto al carácter de la intervención de los testigos de conocimiento en el instrumento público, debe ser lo bajo las bases de: veracidad, lealtad y consecuencia, pues prestan un testimonio de identidad personal del otorgante.(80)

El notario tiene la obligación de dar fe de que conoce a los otorgantes. Pero sucede muy a menudo que el notario no conoce al otorgante y este no puede identificarse por los medios legales; es decir, con la cédula de vecindad o el pasaporte en su caso; y, es aquí donde, la legislación universal o la mayoría de las legislaciones, han establecido que los otorgantes se pue-

-----  
(80) Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial.  
Vol. 3. págs. 354, 191 y 192.

en identificar por medio de dos testigos que reúnan los requisitos exigidos por las respectivas leyes de los países, diciendo verdad sobre la identidad de los otorgantes. En nuestro medio sí está establecido en el artículo 29 numeral 4, del Código de Notariado y que ya he mencionado varias veces en este trabajo.

#### CONSECUENCIAS DE LA OMISION DEL TESTIGO DE CONOCIMIENTO

En el caso de los testigos de conocimiento, su intervención es un requisito esencial del instrumento público y de acuerdo al artículo 33 del Código de Notariado vigente la omisión de formalidades no esenciales hace que incurra el notario en una multa de cinco a cincuenta quetzales según sea el caso.

El notario puede caer en responsabilidad penal, si da fe de conocer al otorgante y luego se descubre que no es de su conocimiento, el Código Penal tipifica el delito de falsedad ideológica en el artículo 322 que establece: "Quien con motivo del otorgamiento, autorización o formalización de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos seis años.

De modo que el notario deberá ser muy cuidadoso, al dar fe de conocimiento a las partes o de los otorgantes, tiene que utilizar todos los medios legales para identificarlos y así no caer en responsabilidad penal que le será muy perjudicial su honorabilidad.

El Código de notariado no señala ninguna responsabilidad ni pena para los testigos; el Código Penal, señala responsabilidad para la persona que incurra en falso testimonio, tal como lo preceptúa el artículo 460 que en su parte conducente expresa: "Come-

te falso testimonio, el testigo, intérprete, traductor o perito que en su declaración o dictamen ante autoridad competente o notario, afirmare una falsedad, se negare a declarar estando obligado a ello u ocultare la verdad.

El responsable de falso testimonio será sancionado con prisión de seis meses a tres años y multa de cincuenta a un mil quetzales...?"

También el Código Penal preceptúa en lo que se refiere a la presentación de testigos falsos en el artículo 461 que expresa: "Quien a sabiendas, presentare testigos falsos en asunto judicial o administrativo o ante notario, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de cincuenta a un mil quetzales.

Si la presentación la hubiere efectuado sobornando a los falsos testigos, se le impondrá la misma pena que correspondiere a los sobornados."

#### TESTIGOS ROGADOS

En lo concerniente a los testigos rogados, el Código de Notariado guatemalteco sigue la teoría objetiva, es decir que los mantiene, los considera necesarios, reitero, considera la intervención del testigo rogado como una formalidad para los actos y contratos inter-vivos y así lo estipula el artículo 29 numeral 12 que dice: "Los instrumentos públicos contendrán: las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedida de las palabras "Ante mi". Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto otro que especificará el notario firmando por él un testigo, y si fueren va-

los los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo ará un testigo por cada parte o grupo que represente un mismo arecho..."

En los actos mortis causa, el Código de Notariado considera los testigos rogados en su intervención como una formalidad special así está establecido en el artículo 42 que dice: "La escritura pública de testamento además de las formalidades generales contendrá las especiales siguientes:...9. Que si el testador no sabe o no puede firmar, ponga su impresión digital y firme or él un testigo más, que deberá reunir las mismas calidades e los testigos instrumentales."

#### ALIDADES QUE DEBEN REUNIR LOS TESTIGOS ROGADOS

El Código de Notariado, estipula que los testigos rogados ben tener las mismas calidades que los testigos instrumentales, el como lo expresa el artículo 42 numeral 9 que ya mencioné teriormente.

Los testigos rogados como los instrumentales, no necesadamente deben ser conocidos por el notario, en tanto que los stigos de conocimiento si deben ser conocidos por el notario.

En lo que se refiere a la doctrina, dice que para interir como testigo por lo general se requiere de cuatro condicioes que son: capacidad, conocimiento, probidad e imparcialidad as cuatro condiciones ya las he analizado anteriormente, tamén se le podrian incluir a los testigos rogados.

#### RACTER DE LA INTERVENCION DEL TESTIGO ROGADO

Cuando los testigos rogados intervienen para firmar en

el instrumento público, en los actos y contratos inter-vivos y mortis causa, lo hacen a ruego del otorgante que no sabe o no puede firmar; y, así acreditar que el otorgante ha consentido y aceptado todo lo que se ha vertido en el instrumento público. Y así también cumplir con los requisitos exigidos por la ley, como lo establecen los artículos 29 numeral 12 y 42 numeral 9 del Código de Notariado vigente.

#### CONSECUENCIA DE LA OMISION DEL TESTIGO ROGADO

La intervención del testigo rogado, es similar a la del testigo de conocimiento, pues es eventual su intervención dependiendo del caso. En el caso de los testigos de conocimiento, intervienen si hay que identificar a uno de los otorgantes que no ha podido identificarse por los medios legales.

En cuanto a los testigos rogados, estos intervienen si uno de los otorgantes no sabe o no puede firmar, si no firma el testigo rogado, es decir se omite el testigo rogado, si fuera sólo la firma no habría problema pues la ley no dice nada al respecto. El problema consiste en que el otorgante que no sabe o no puede firmar, debe dejar la impresión digital correspondiente en el instrumento y ésta es una formalidad esencial de acuerdo a los artículos 31 numeral 6 y 44 numeral 5, del Código de Notariado vigente; y, su omisión es decir que el otorgante por alguna razón no pudiere dejar la impresión digital que corresponde esto sería violar esos mismos artículos, por ser una formalidad esencial.

Lo más lógico sería que si no hay testigo rogado y el otorgante no pudiere dejar la impresión digital requerida eso se consignaría en el instrumento; pero para esto se tendría que modificar la ley en este sentido.

Para los actos inter-vivos, la omisión de formalidades esenciales da lugar a la acción de parte interesada para demandar a nulidad del instrumento público, siempre y cuando se ejercite dicha acción dentro del término de cuatro años a partir de la fecha de otorgamiento.

En los actos mortis causa, la omisión de formalidades esenciales da como consecuencia que el testamento es nulo, de acuerdo al artículo 977 del Código Civil, que dice en su parte conducente: "Es nulo el testamento que se otorga sin la observancia de las solemnidades esenciales que la ley establece..."

## CONCLUSIONES

- ..- Existen varias clasificaciones, sobre los testigos; la más conocida en Guatemala es la que los clasifica en: testigos instrumentales, testigos de conocimiento, y testigos rogados, que son regulados en el Código de Notariado.
- .- Los instrumentos públicos en que intervienen los testigos son: actas notariales, actas de legalización de firmas, actas de protocolización y escrituras públicas.
- .- La intervención de testigos obligada por disposición de la ley es en: escritura pública de testamento abierto, escritura pública de testamento cerrado y escritura pública de donación por causa de muerte.
- .- En general, son cuatro las condiciones para intervenir como testigo en un instrumento público que son: capacidad, conocimiento, probidad, e imparcialidad.
- .- En doctrina existen tres teorías en cuanto a la subsistencia de los testigos en el instrumento público que son: la teoría subjetiva, la teoría objetiva y la teoría ecléctica.
- .- La teoría subjetiva desea la supresión total de los testigos en el instrumento público, la teoría objetiva propugna por el mantenimiento de los testigos, y la teoría ecléctica no obstante propugnar por la eliminación de los testigos, acepta excepciones.
- Los testigos instrumentales, deben desaparecer totalmente de la legislación notarial de Guatemala; pues solo actúan como espectadores, como entes pasivos cuando intervienen.

- 8.- Los testigos de conocimiento se deben mantener en la legislación notarial guatemalteca; ya que en algunos casos pueden intervenir como un medio supletorio, para identificar al o los otorgantes.
- 9.- Los testigos rogados deben intervenir; pero solamente en aquellos casos en que no se pueda dejar la impresión digital.
- 10.- El Código de Notariado de Guatemala vigente, Decreto 314 del Congreso de la República, sigue la teoría ecléctica en cuanto a la intervención de los testigos instrumentales; porque obliga su participación, solamente en los actos mortis causa.
- 11.- El notario está investido de la fe pública notarial por ministerio de la ley.
- 12.- La fe pública notarial, le corresponde darla solamente al profesional del Derecho, que es el Notario, ya que esta es indivisible, el notario le da veracidad, legalidad y autenticidad tanto a los actos y contratos inter-vivos como a los de mortis causa.

## RECOMENDACIONES

Es necesario en los tiempos actuales, que el Colegio de Abogados y estudiosos del Derecho Notarial, se pronuncien con respecto a promover reformas al Código de Notariado, en relación a la participación de los testigos en el instrumento público; por ejemplo:

- ..- Es recomendable reformar el artículo 51 del Código de Notariado, para que se supriman los testigos instrumentales tanto para los actos y contratos inter-vivos como de mortis causa; pues estos han dejado de ser útiles, ya son obsoletos y para modernizar al notariado es necesario dinamizar aún más la función del notario. La reforma sería un notable respaldo al notario y a la fe pública, de la cual dicho profesional del Derecho es poseedor.
- !.- También recomiendo que los testigos de conocimiento se deben mantener en la legislación notarial, pues estos son un medio supletorio para identificar a los otorgantes cuando estos no lo puedan hacer por los medios legales conocidos ya sea con la cédula de vecindad o el pasaporte en su caso.
- }.- Es necesario hacer reformas en cuanto a la intervención del testigo rogado; ya que este debería intervenir solamente en aquellos casos en que uno de los otorgantes le fuera imposible dejar la impresión digital por motivos físicos y el notario haría constar las causas.

#### BIBLIOGRAFIA

- 1.- CABANELLAS, GUILLERMO. DICCIONARIO DE DERECHO USUAL. EDITORIAL HELIASTA, S.R.L. BUENOS AIRES, ARGENTINA. 1976.
- 2.- GIMENEZ-ARNAU, ENRIQUE. DERECHO NOTARIAL. EDICIONES UNIVERSIDAD DE NAVARRA, S.A. PAMPLONA, ESPAÑA. 1976.
- 3.- GONZALEZ, CARLOS EMERITO. TEORIA GENERAL DEL INSTRUMENTO PUBLICO, EDIAR, S.A. EDITORES. SUCESTORES DE CIA. ARGENTINA DE EDITORES, S.R.L. BUENOS AIRES, ARGENTINA. 1953.
- 4.- LARRAUD, RUFINO. CURSO DE DERECHO NOTARIAL. EDITORIAL DE DE PALMA. BUENOS AIRES, ARGENTINA. 1966.
- 5.- MUÑOZ, NERY ROBERTO. EL INSTRUMENTO PUBLICO Y EL DOCUMENTO NOTARIAL. EDICIONES MAYTE. GUATEMALA. 1992.
- 5.- NERI, ARGENTINO I. TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE DERECHO NOTARIAL. EDICIONES DE PALMA. BUENOS AIRES, ARGENTINA. 1980.
- 7.- PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. DERECHO NOTARIAL. EDITORIAL PORRUA, S.A. MEXICO. 1981.
- 8.- PUIG PEÑA, FEDERICO. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL. EDICIONES NAUTA, S.A. BARCELONA, ESPAÑA. 1979.
- 9.- PLANIOL MARCEL Y RIPERT, JORGE. TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCES. EDITORIAL CULTURAL. S.A. LA HABANA, CUBA. 1946.
10. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. EDITORIAL PORRUA. S.A. MEXICO 1982.

11. SALAS MARRERO, OSCAR. APUNTES DE DERECHO NOTARIAL TOMO I. UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, FACULTAD DE DERECHO. 1971.

LEYES

1. CODIGO DE NOTARIADO. DECRETO 314 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA. 1946.
2. CODIGO CIVIL. DECRETO LEY NUMERO 106. 1963
3. CODIGO PENAL. DECRETO 52-73 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA Y SUS REFORMAS. 1973.

ESTATUTO DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y NOTARIOS DE GUATEMALA.

A P E N D I C E

Ejemplo de la intervención de testigos instrumentales en una escritura pública.

En un testamento abierto. Fundamento legal, artículos: 955 y 956 del Código Civil; artículos 42-43-44 y 45 del Código de Notariado.

SIETE (7).- En la ciudad de Guatemala, el día veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y cinco, siendo las quince horas con treinta minutos, ANTE MI: CARLOS ENRIQUE MORALES MASAYA, Notario, y en presencia de los testigos civilmente capaces e idóneos: señores JUAN ANTONIO LOPEZ CRUZ, quién e identifica con la cédula de vecindad número de Orden A guión uno y de Registro cien mil, extendida por el Alcalde Municipal de esta ciudad capital, y LUIS RODOLFO FLORES RUIZ, quien se identifica con la cédula de vecindad número de Orden A guión uno y de Registro ciento cincuenta mil, extendida por el Alcalde Municipal de esta ciudad capital, comparece en la casa situada en la quinta calle, número nueve guión setenta de la zona uno de esta ciudad, el señor JORGE ALEJANDRO OCHOA BRAN, de cincuenta años de edad, casado, Perito Contador, guatemalteco, de este domicilio, quien se identifica con la cédula de vecindad, número de Orden A guión uno y de Registro noventa mil, extendida por el Alcalde Municipal de la ciudad de Guatemala. Doy fe de que a mi juicio el señor OCHOA BRAN se encuentra en el pleno goce de sus facultades mentales y volitivas, como se desprende de la forma clara y precisa con que se expresa. Asegurándome hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles y ser de los datos de identificación personal consignados, el señor JORGE ALEJANDRO OCHOA BRAN, me manifiesta que por el presente Instrumento Público, otorga TESTAMENTO COMUN ABIERTO, conforme a las siguientes cláusulas: PRIMERA: Expone el señor Jorge Alejandro Ochoa Bran que nació en esta ciudad de Guatemala, el día siete de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, siendo sus padres

don LUIS RODOLFO OCHOA SANTOS y la señora BRENDA CARMELA BRAN RAMOS, ambos ya fallecidos; que se encuentra casado con la señora DORA LETICIA ESPINOZA GAMEZ, con quien ha procreado sus hijos JORGE ANTONIO y SILVIA LETICIA de apellidos OCHOA ESPINOZA, los dos mayores de edad; SEGUNDA: Continua manifestando el señor Jorge Alejandro Ochoa Bran, que es su última voluntad distribuir sus bienes para después de su fallecimiento en la siguiente forma: a) A su hijo Jorge Antonio Ochoa Espinoza, le deja como legado la suma de TREINTA MIL QUETZALES (Q.30,000.00) depositados en el Banco del Agro; b) A su hija Silvia Leticia Ochoa Espinoza, le deja como legado la finca urbana inscrita en el Registro General de la Propiedad de la Zona Central, con el número veinte (20), folio treinta (30), del libro cien (100), de Guatemala, que identifica a un lote de terreno ubicado en la décima calle, siete guión cuarenta y siete de la zona siete de esta ciudad, con la superficie, medidas y colindancias que constan en su primera inscripción de dominio; y c) A su esposa Dora Leticia Espinoza Gamez, la instituye heredera universal de todos sus demás bienes, derechos y obligaciones, nombrándola ALBACEA, por lo que tendrá a su cargo la entrega de los legados, lo que deberá hacer dentro de los seis meses siguientes a la fecha del fallecimiento del testador; TERCERA: Declara el testador, que fuera de sus hijos antes nombrados, no tiene otros, por lo que en el supuesto caso de que alguna persona se atribuya esta calidad, desde ahora la deshereda expresamente, aún en el caso de hijo póstumo o nacido con posterioridad a la fecha de este testamento; y, que con anterioridad no ha otorgado testamento ni donación por causa de muerte, por lo que si apareciere alguno de estos instrumentos, lo revoca, ya que es su voluntad que únicamente tenga plenos efectos lo que dispone en este testamento. Asimismo declara que no tiene ninguna clase de deudas; CUARTA: En los términos relacionados el testador acepta este instrumento. Yo el Notario, doy fe: que lo escrito me fue expuesto; de que tengo a la vista las cédulas

le vecindad de los testigos instrumentales y del testador, así como el título de propiedad de el bien legado, que consiste en testimonio de la escritura pública número veinte que autorizó en esta ciudad, el día diez de abril de mil novecientos noventa y cuatro; y que en la facción de este testamento se cumplieron los siguientes requisitos: a) El testador expresó por sí mismo su voluntad en español y de viva voz; b) Que hemos estado reunidos en un sólo acto desde el principio hasta el fin, únicamente el testador, los testigos y el notario, el que se celebró sin ninguna interrupción; y, c) Que por designación del testador, leí íntegramente y en voz alta este testamento, y al final de cada cláusula, averigué viendo y oyendo al testador sobre el contenido de la misma, quién me manifestó ser esa la expresión fiel de su voluntad, por lo que bien enterado de su contenido, objeto, validez y advertidos de los efectos legales de este acto y del registro del testimonio de esta escritura en su oportunidad, lo acepta, ratifica y firma con los testigos que dan fe de todo lo actuado y el Notario, quien hace constar que la diligencia se termina siendo las diecisiete horas del mismo día al principio indicado.

f) testador

f) testigo

f) testigo

ANTE MI:

Firma y sello del Notario.

Ejemplo de la intervención de testigos de conocimiento en una Escritura Pública, en este caso en un contrato de Compra Venta de Bien Inmueble.

Tal como lo estipula el artículo 29 numeral 4, del Código de Notariado vigente en Guatemala que dice:

"Los instrumentos públicos contendrán: ...

4. La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente."

OCHO (8).- En la ciudad de Guatemala, el día veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y cinco, ANTE MI: CARLOS ENRIQUE MORALES MASAYA, Notario, y en presencia de los testigos civilmente capaces e idóneos: señores CARLOS HUMBERTO JUAREZ DIAZ y DIONICIO ALVAREZ TOCA, ambas personas de mi conocimiento, comparecen por una parte el señor JOSE ANTONIO VILCHES PRADO, de cuarenta años de edad, casado, comerciante, guatemalteco, de este domicilio, no se identifica con ningún documento; y por la otra comparece el señor LUIS ARTURO RODAS CAMEY de treinta años de edad, soltero, mecanico, guatemalteco, de este domicilio que se identifica con la cédula de vecindad número de Orden A guión Uno y de Registro trescientos cincuenta mil, extendida por el Alcalde Municipal de la ciudad de Guatemala, Los comparecientes me aseguran ser de los datos de identificación personal anotados, que se encuentran en el libre ejercicio de sus derechos civiles y que por el presente instrumento público otorgan contrato de COMPRA VENTA DE BIEN INMUEBLE, de conformidad con las clausulas siguientes: PRIMERA: Manifiesta al señor JOSE ANTONIO VILCHES PRADO, que es propietario de la finca urbana inscrita en el Registro General de la Propiedad de la Zona Central, con el número siete mil (7000), folio doscientos (200), del libro setenta (70) de Guatemala, que identifica a un lote de terreno situado en la décima calle, número siete guión ochenta, de la zona cinco de esta ciudad, con la superficie, medidas y colindancias que constan en su primera inscripción de dominio, este inmueble goza del servicio de media paja de agua municipal amparado con título y registro número diez mil, de la Empresa Municipal de Agua de la ciudad de Guatemala. SEGUNDA: Continua manifestando el señor JOSE ANTONIO VILCHES PRADO, que por el precio de CINCUENTA MIL QUETZALES (Q.50,000.00) que al contado recibe a su entera satisfacción, del otro otorgante señor LUIS ARTURO RODAS CAMEY, le vende la finca identificada en la cláusula anterior. En la venta se

incluye la media paja de agua municipal y todo lo que de hecho y por derecho le corresponde a la misma. TERCERA: El señor JOSE ANTONIO VILCHES PRADO, de manera expresa hace constar que sobre el bien de su propiedad, que motiva el contrato al igual que el título de agua no existen gravámenes y limitaciones que puedan afectar los derechos del comprador y el notario le advierte de las responsabilidades en que incurriere si así no lo hiciera. CUARTA: Por su parte manifiesta el señor LUIS ARTURO RODAS CAMEY, que en los términos relacionados acepta expresamente la venta que se le hace. Yo el Notario Doy Fe: a) Que lo escrito me fue expuesto; b) Que tengo a la vista la cédula de vecindad relacionada, el título con que se acredita la propiedad del bien que se enajena, que consiste en el testimonio de la escritura pública número cien, autorizada en esta ciudad el día treinta de agosto de mil novecientos noventa por el notario Jorge Armando Barrios Chuga; y el Título de Agua Municipal; c) Que los señores Carlos Humberto Juárez Díaz y Dionici Alvarez Toca, intervinieron en este instrumento, como testigo de conocimiento, para dar fe de que conocen al señor José Antonio Vilches Prado y que todo lo dicho por él, se ajusta a la verdad; d) Que advierto los efectos legales del presente contrato y la obligación del registro del testimonio de esta escritura; y e) Que leo íntegramente lo escrito a los otorgante y enterados de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, lo ratifican, acepta y firman con los testigos de conocimiento y el Notario que autoriza.

f) vendedor

f) comprador

f) testigo

f) testigo

ANTE MÍ: firma del Notario

Ejemplo de la intervención de un testigo rogado, en un acta de legalización de firma; que es la firma puesta a ruego de otra persona que no sabe o que no puede firmar.

Impresión digital

f)

En la ciudad de Guatemala, el día veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y cinco, como Notario doy fe que la firma que antecede es auténtica, por haber sido puesta el día de hoy en mi presencia por el señor José Pablo Molina Linares, quien firmó a ruego del señor Dante Ottoniel Prado Sosa, quien por no saber hacerlo deja la impresión digital del dedo pulgar de la mano derecha, ambos son personas de mi conocimiento y firma nuevamente el señor José Pablo Molina Linares y deja su impresión digital el señor Dante Ottoniel Prado Sosa, en la presente acta de legalización.

f)

Impresión digital.

ANTE MI:

Firma y sello del Notario

Ejemplo de la intervención de un testigo rogado, en un testamento cerrado, cuando el testador no sabe o no puede firmar.

Fundamento legal, la actuación de esta clase de testigo está regulada en el Código de Notariado en los artículos 42 numeral 9, 43 y 44 numeral 5, también el Código Civil regula a respecto del testamento cerrado específicamente en los artículos 954 y 959.

#### ACTA NOTARIAL DE TESTAMENTO CERRADO

En la ciudad de Guatemala, el día veinte de abril de mil novecientos noventa y cinco, siendo las diez horas, Yo CARLOS ENRIQUE MORALES MASAYA, Notario, constituido en mi Bufete Profesional, ubicado en la décima calle siete guión diez de la zona uno de esta ciudad capital; y, en presencia de los testigos: JUAN ALBERTO VARGAS PONSÁ, LUIS ANTONIO MORALES SANCHEZ y SAUL ESTEBAN PAZ RUANO, quienes son guatemaltecos, casados, de este domicilio, de mi anterior conocimiento civilmente capaces e idóneos, de treinta y cinco, cuarenta y cincuenta años de edad Abogado y Notario, Perito Contador y comerciante, residentes en la décima calle diez guión treinta de la zona cinco, novena avenida quince guión diez de la zona siete; y séptima calle siete guión catorce de la zona diez de esta ciudad capital respectivamente; soy requerido por el señor JOSE EMILIO COLINDRES RUANO, de sesenta años de edad, casado, guatemalteco, Perito Contador, de este domicilio, quien se identifica con la cédula de vecindad número de Orden A guión uno y de registro ciento -- treinta mil, extendida por el Alcalde Municipal de la ciudad de Guatemala; para hacer constar lo siguiente: PRIMERO: Que a mi juicio así como al de los testigos citados, el señor JOSE EMILIO COLINDRES RUANO, se halla con plena capacidad mental y que él me asegura encontrarse en el libre ejercicio de sus

erechos civiles, manifiesta que las siete hojas de papel bond, escritas y firmadas por el testigo, señor SAULO ESTEBAN PAZ RUANO, a ruego de él, por estar incapacitado temporalmente dejando impresa la huella digital de su dedo pulgar derecho en las hojas seis y siete, contienen su testamento, procediendo a depositarlas en esta plica, la cual él cierra personalmente de manera que no pueda abrirse sin romperse y queda en poder de el requirente. SEGUNDO: Que el testador declara que cualquier otro testamento que aparezca como otorgado por él con anterioridad, expresamente lo revoca; TERCERO: Que yo el Notario ROY FE: a) Que lo escrito me fue expuesto y de que en lo actuado se han observado las formalidades legales; b) Que el testador expresó por sí mismo su voluntad de viva voz y en español; c) que enterado el otorgante del derecho que tiene de leer por sí mismo esta acta, si la hizo y al final de cada punto, viéndolo y oyéndolo, tanto los testigos como el infrascrito Notario, el testador manifestó que en lo escrito se contiene la expresión fiel de su voluntad; d) que hemos estado reunidos en un solo acto de principio a fin, únicamente el testador, los testigos y el Notario autorizante; que impuesto el otorgante del contenido, objeto, validez y efectos legales de la presente acta, manifiesta que la ratifica y acepta firmando el Notario y los testigos, firmando por él testador, el testigo SAULO ESTEBAN PAZ RUANO a ruego de él, por no poder hacerlo temporalmente, dejando impresa la huella digital de su dedo pulgar derecho, siendo las diez horas con cincuenta minutos en la misma fecha y lugar de inicio.

e) testigo rogado ( ) impresión digital

f) testigo f) testigo

f) Ante mi:  
Notario.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central