

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

**"CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL
DEL NOTARIO EN LOS DELITOS DE
FALSEDAD IDEOLOGICA Y FALSEDAD MATERIAL."**

T E S I S

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

por

JUAN PABLO AGUILAR MENDEZ

al Conferírsele el Grado Académico de
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

GUATEMALA, ENERO DE 1993.

DL
04
T(2803)

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. Manuel Vicente Roca Menéndez
VOCAL II	Lic. José Francisco de Mata Vela
VOCAL III	Licda. Sandra Elizabeth Vargas Aldana
VOCAL IV	Br. Lidia Mercedes Velásquez Rodas
VOCAL V	Br. Edwin Noel Peláez Córdón
SECRETARIO	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL

DECANO (En Funciones)	Lic. Roberto Samayoa.
EXAMINADOR	Lic. Cesar Augusto Morales Morales.
EXAMINADOR	Lic. Herold Fuentes Mérida.
EXAMINADOR	Lic. Carlos Manuel Castro Monroy.
SECRETARIO	Lic. Ricardo Ambrosio Díaz Díaz.

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).

Melini & Asociados

ABOGADOS Y NOTARIOS
CONSULTORIA-ASESORIA JURIDICA Y FINANCIERA

3554-92

CARLOS WALDEMAR MELINI SALGUERO
EDWIN OTTONIEL MELINI SALGUERO
CARLOS ALBERTO GONZALEZ CARRIOZA
ELISA COLON CARRILLENOS DE MORAN
MARCO TULLIO MELINI MINERA
ILEANA IRIMAN WYSS DE JACARRET
CARLOS FRANCISCO CORTIJEAS SIBOLIZANO

14 CALLE 2-61, ZONA 1
P.O. BOX 2935
TELE: 32848 25704 84082
TELEX: 9270 MELINI GU
FAX: 720486
CALLE MELINI
GUATEMALA, GUATEMALA, C. A.

2 de octubre 1982

UNIVERSIDAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Señor Licenciado
Juan Francisco Flores Juárez, Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, Zona 12.
Ciudad de Guatemala.

Estimado Señor Decano:

Atendiendo a la providencia que en su oportunidad se sirvió transcribirme, por la presente, como Asesor de Tesis, emito el dictamen referente al trabajo presentado por el Bachiller JUAN PABLO AGUILAR KENDEZ denominada por el sustentante "CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL DEL NOTARIO EN LOS DELITOS DE FALSEDADE IDEOLOGICA Y FALSEDADE MATERIAL".

He prestado asesoría en el trabajo presentado, y luego de entrevistas y sugerencias, así como consejos técnico bibliográficos considero que el trabajo es aceptable en su contenido desde el punto de vista jurídico ya que el sustentante utilizó la bibliografía adecuada en un problema que se ha vuelto frecuente en nuestro país y deja entrever una investigación breve pero funcional en el desarrollo del mismo aunque la bibliografía específica es muy escasa estubo en contacto directo con la problemática que representa la existencia de notarios que hacen mal uso de la fe pública que la Ley nos ha investido en detrimento de esta honorable profesión y aún mas en perjuicio directo de la comunidad a quien nos debemos.

Considero que el trabajo presentado es adecuado al tema y presenta una propuesta de reforma legislativa muy necesaria en la actualidad y al EMITIR MI DICTAMEN FAVORABLE, comparto el criterio del sustentante en cuanto a los aspectos legales y reales del ejercicio del notariado en Guatemala, por lo que previo dictamen favorable del revisor designado considero que es conveniente su discusión en el exámen público correspondiente

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para suscribirme del Señor Decano con muestras de mi respeto, muy atentamente,


Lic. Marco Tullio Melini Minera
A S E S O R

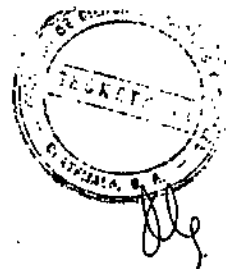
LIC. MARCO TULLIO MELINI MINERA
ABOGADO Y NOTARIO

MTM/sam
c.c. file.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, octubre siete, de mil novecientos noventidos:-

Atentamente pase al Licenciado MANUEL DE JESUS ELIAS HIGUE
ROS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del Ba
chiller JUAN PABLO AGUILAR MENDEZ y en su oportunidad emita
el dictamen correspondiente. -----



3/11/92
JFW



3984-92

Guatemala, 19 de Octubre de 1,992.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

LICENCIADO:

JUAN FRANCISCO FLORES JUAREZ
DECANO FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
Y SOCIALES, UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

30 OCT 1992
REVISOR
MANUEL DE JESUS ELIAS HIGUEROS
ABUGADO Y NOTARIO

SEÑOR DECANO:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que he concluido con la revisión que me fuera encomendada, en relación al trabajo de tesis presentado por el Bachiller JUAN PABLO AGUILAR MENDEZ, intitulado "CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL DEL NOTARIO EN LOS DELITOS DE FALSEDAD IDEOLOGICA Y FALSEDAD MATERIAL".

El tema desarrollado abarca elementos tales como la Culpabilidad y Responsabilidad Penal; la Responsabilidad del Notario en las ramas Civil, Administrativa, disciplinaria y Penal; así también se analiza la participación del Notario en los delitos de Falsedad Ideológica y Falsedad Material, para concluir con una propuesta de Reforma Legislativa al Código de Notariado, Código Penal y Código Procesal Penal, con el fin de sancionar aquellas transgresiones en que incurran algunos notarios al variar la voluntad de las partes al momento de autorizar un instrumento público.

Estimo en definitiva que el trabajo reviste Interés, hay aportes personales del sustentante y las conclusiones corresponden al desarrollo temático.

En consecuencia, al emitir el dictamen encomendado, estimo que el trabajo llena los requisitos que establecen las normas contenidas en el Reglamento para Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis, por lo tanto el mismo puede ser sometido al examen correspondiente, previo a obtener los títulos profesionales de Abogado y Notario y el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo del señor Decano su deferente servidor, atentamente,

"ID Y ENSERAD A TODOS"

Lic. Manuel de J. Elías H.
Revisor
MANUEL DE JESUS ELIAS HIGUEROS
ABUGADO Y NOTARIO

c.c. Interesado
Archivo

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, noviembre cinco, de mil novecientos noventidos.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
impresión del trabajo de tesis del Bachiller JUAN PABLO
AGUILAR MENDEZ intitulado "CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD
PENAL DEL NOTARIO EN LOS DELITOS DE FALSEDAD IDEOLOGICA Y
FALSEDAD MATERIAL". Artículo 22 del Reglamento para Exáme-
nes Técnico Profesionales y Público de Tesis. -----



[Handwritten signature]
Leopoldo



DEDICO ESTE ACTO

A DIOS

A LA VIRGEN DE LOS DESAMPARADOS

A MIS PADRES:

Jaime Rafael Aguilar Rodas y

Josefina Méndez de Aguilar.

A MIS HERMANOS:

Verónica, Betty, Héctor y José Luis.

A MI ESPOSA:

Ruth María Martínez Molina.

A MI HIJO:

Kevin Estuardo.

A MIS AMIGOS:

César Vivas Villanueva.

Dr. José Abel García Salas Escobar.

Lic. Marco Tulio Melini Minera.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.

I N D I C E .

"CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL DEL NOTARIO EN LOS DELITOS DE FALSEDAD IDEOLOGICA Y FALSEDAD MATERIAL."

INTRODUCCION.

Página

CAPITULO I

LA CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL.

I.1. Antecedentes Doctrinarios	1
I.2. Definición de Culpabilidad Penal	2
I.2.1. Elementos	3
I.2.2. Efectos Jurídicos	4
I.3. Definición de Responsabilidad Penal	6
I.3.1. Elementos	7
I.3.2. Efectos Jurídicos	10
I.4. Relación de Causalidad	10
I.5. Regulación Legal	12

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO

II.1. Definición	15
II.2. Clases de Responsabilidad Notarial	16
II.2.1. Civil	17

II.2.2. Administrativa	17
II.2.3. Disciplinaria	18
II.2.4. Penal	19
II.3. Doctrina de la Responsabilidad Penal (Notarial)	20
II.4. Elementos de la Responsabilidad Penal (Notarial)	22
II.4.1. Materiales o Físicos	22
II.4.2. Inmateriales o Psicológicos	23
II.5. Regulación Legal	24

CAPITULO III

EL DELITO DE

FALSEDAD IDEOLOGICA

III.1. Antecedentes	27
III.2. Definición	33
III.3. Elementos	34
III.3.1. Materiales	34
III.3.2. Psicologicos	35
III.4. Efectos	36
III.5. Formas de Comisión	37
III.6. Documentos susceptibles de falsearse	37
III.7. Regulación Legal.	39

CAPITULO IV

EL DELITO DE

FALSEDAD MATERIAL

IV.1. Antecedentes	41
--------------------	----

IV.2. Definición	45
IV.3. Elementos	45
IV.3.1. Materiales	45
IV.3.2. Psicológicos	47
IV.4. Efectos	48
IV.5. Formas de Comisión	49
IV.6. Documentos susceptibles de falsearse	50
IV.7. Regulación Legal	50

CAPITULO V

EL EJERCICIO DE

LA FUNCION NOTARIAL

V.1. Definición de Función Notarial	51
V.2. Clases de Función Notarial	58
V.2.1. Receptiva	58
V.2.2. Directiva o Asesora	59
V.2.3. Legitimadora	59
V.2.4. Modeladora	59
V.2.5. Preventiva	60
V.2.6. Autenticadora	60
V.3. Congruencia entre la declaración de voluntad de los particulares y el faccionamiento del instrumento público por parte del notario	61
V.4. Violación del Principio de Congruencia por parte del Notario	62

CAPITULO VI
DE LA PARTICIPACION
DEL NOTARIO EN LOS DELITOS

DE FALSEDAD IDEOLOGICA Y FALSEDAD MATERIAL

VI.1. Antecedentes	67
VI.2. Formas de Comisión	68
VI.3. Medios que se emplean	70
VI.4. Efectos	71
VI.4.1. Materiales	72
VI.4.2. Entre los contratantes	73
VI.4.3. Frente a terceros	74
VI.4.4. Psicológicos	75
VI.5. La Alteración de la Verdad Documental	76
VI.6. El irrespeto a las Declaraciones de voluntad	77
VI.7. El abuso del ejercicio de la Fe Pública Notarial	78
VI.8. Formas de Participación	80
VI.8.1. Directa	81
VI.8.2. Indirecta	82
VI.9. Defectos de la Regulación Legal	83
VI.9.1. Sustantiva	83
VI.9.2. Adjetiva	85
VI.10. Culpabilidad y Responsabilidad Penal del Notario	86
VI.11. Propuestas para una reforma legislativa	87
VI.11.1. Código de Notariado	89
VI.11.2. Código Penal	89
VI.11.3. Código Procesal Penal	90

CAPITULO VII	
ANTEPROYECTO DE	
REFORMAS LEGISLATIVAS	93
CONCLUSIONES	96
RECOMENDACIONES	103
BIBLIOGRAFIA	105

I N T R O D U C C I O N .

Recordando, cuando en las aulas de nuestra facultad, tuve la dicha de conocer los inicios de la Ciencia del Derecho, la evolución y desarrollo de la humanidad a través de los siglos, del paso de estadios sociales en los que se pregonaba "la ley del más fuerte" hasta el reconocimiento de los derechos del hombre; y al mismo tiempo observando como en algunas ocasiones se estima que la solución a los errores de redacción notarial está en enmendar a través de un borrador, pude establecer, la inobservancia de las leyes que rigen la actividad notarial y la amenaza de que el Notario valiéndose de conocer más del Derecho que los particulares crea un instrumento público falso; motivó el presente trabajo de investigación.

Fuë así, como al momento de presentar a la consideración de las autoridades de nuestra gloriosa facultad, nuestro Plan de Trabajo de Tesis, planteamos en pocas palabras el problema que apuntábamos y que nos llevó a formular la siguiente hipótesis: "EL NOTARIO GUATEMALTECO PUEDE RESULTAR CULPABLE Y RESPONSABLE DE LA COMISION DE LOS DELITOS DE FALSEDAD IDEOLOGICA O MATERIAL AL FACCIÓNAR EL INSTRUMENTO PUBLICO." Y ello por lo lamentable que sería ver que al sucederse un proceso penal por estos delitos, resultara que se atribuye la comisión delictiva a un Notario; y lo alarmante

que más preocupación causa, la imposición de una sanción penal al mismo.

En el primer capítulo (de los siete que consta), del presente trabajo de investigación, comenzamos tratando, del delito, sus elementos -positivos y negativos-, y la determinación de lo que es culpabilidad y responsabilidad penal, sin faltar, la relación de causalidad en materia penal. Para el segundo capítulo, nos adentramos a la Responsabilidad que como Profesional tiene el Notario en el ejercicio de su profesión haciendo énfasis en la Responsabilidad Penal. Tanto el tercer capítulo como el cuarto tratan en su orden el estudio de los delitos de Falsedad Ideológica y de Falsedad Material, incluyendo ambos capítulos definiciones, elementos, documentos susceptibles de falsearse, etc. Los primeros cuatro capítulos concluyen individualmente, con un apartado de regulación legal.

En el capítulo quinto tratamos las funciones que cumple el Notario, y la congruencia que debe prevalecer entre la voluntad de los particulares y el faccionamiento del Instrumento Público, que llamamos Principio de Congruencia.

Es en el capítulo sexto, cuando unificamos todo lo expuesto, exponemos deficiencias legislativas, y proponemos la superación de dichas deficiencias.

Finalmente, el capítulo séptimo es dedicado a un humilde anteproyecto de reformas legislativas,

pretendiendo así, demostrar la necesidad de clarificar las normas sustantivas notariales y penales, y las normas adjetivas penales; lo que sin lugar a dudas es necesario, y llamamos la atención en que no se pretende que el mismo (anteproyecto), sea perfecto, tampoco que se tome íntegro para su discusión en el Proceso Legislativo; ya que por el contrario tan solo es una invitación al estudio del problema que se plantea y la búsqueda de una solución, que beneficie a la profesión del Notariado y a la propia sociedad guatemalteca.

Con el mayor de los respetos que usted me merece,

EL AUTOR.

CAPITULO I.

LA CULPABILIDAD

Y

LA RESPONSABILIDAD PENAL.

I.1. Antecedentes Doctrinarios.

Para poder, adentrarnos a este tema, debemos de tomar la idea desde la definición de lo que el Derecho Penal, a determinado por delito, a través, de lo expresado por los estudiosos de esta materia; a lo largo de la Historia Jurídica del Delito y de lo que estimo la definición más apropiada, es la del conocido tratadista Eugenio Cuello Calón plasmada en su obra Derecho Penal, quien expresa "...la noción sustancial del delito: acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena."¹.

Si desglosamos la anterior definición, nos damos cuenta que la misma contiene en sí, los elementos principales del delito, siendo estos, una acción, por la actividad humana necesaria para su comisión, por hacer u omitir; es antijurídica, pues lógicamente va contra derecho, infringiendo este; típica, pues es una figura contenida en la ley penal de un país determinado, lo que se conoce como el tipo y que al darse los hechos externos se configura

(1) Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal". Tomo I, (Parte General), Volumen Primero. Editorial Bosch. Décimo Octava Edición. Barcelona, España. Pág. 300.

la tipicidad; culpable, ya que ha de existir una persona a quien se le atribuya su comisión y por consiguiente ésta debe cumplir una sanción pues ha incurrido en la comisión de un delito. De lo expuesto deviene resaltar que, doctrinariamente se conceptúan también como elementos del delito, la imputabilidad y las condiciones objetivas de punibilidad. En resumen diremos que, estos son, los elementos positivos del delito, pero existen también los denominados elementos negativos del delito, de los que trataremos más adelante. Visto lo anterior y para los efectos del presente trabajo, hemos de resaltar lo siguiente: La Culpabilidad y la Responsabilidad de una persona al cometer una acción delictiva.

I.2. Definición de Culpabilidad Penal.

Cuando una persona comete un delito, se adentra en la esfera del Derecho Penal, por lo que ha de establecerse que forma de participación tuvo en dichos actos y estos en que grado de ejecución culminaron, de ello que revista mucha importancia definir la culpabilidad penal, auxiliándonos de lo estimado por los doctos de la materia. El autor guatemalteco, Jorge Alfonso Palacios Motta, al respecto manifiesta:

"Es un comportamiento consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche debido a que el sujeto actúa en forma antijurídica, pudiendo y debiendo actuar diversamente."².

Por su parte, Eugenio Cuello Calón indica:

"El juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley."³

Mientras que, Carlos Fontán Balestra dice:

"... el análisis de determinada situación subjetiva ante el hecho, fundamentalmente psicológica, que ha de enfrentarse con la ley, por ser un elemento indispensable para que un obrar humano acarree como consecuencia una pena."⁴

I.2.1. Elementos.

Debemos de entender, que la culpabilidad ha de presentarse dentro del ámbito de su elemento culposo o doloso, a lo que la doctrina llama, formas de culpabilidad y que han sido definidos así, por el autor nacional Jorge Alfonso Palacios Motta: "Como elemento positivo del delito la culpabilidad se manifiesta a través de dos formas opuestas y una intermedia; las formas extremas son: el dolo, según que la acción haya sido provocada de manera intencional; y la culpa, atendiendo a que el acto se haya producido por imprudencia, negligencia o impericia del sujeto activo. La forma intermedia es la preterintencionalidad que surge cuando se ha producido un resultado dañoso mayor del que originalmente perseguía ocasionar

(2) Palacios Motta, Jorge Alfonso. "Apuntes de Derecho Penal". Segunda Parte. Impresiones Gardisía. Guatemala, Guatemala. Pág. 62.

(3) Ob Cit. Pág. 424.

(4) Fontán Balestra, Carlos. "Derecho Penal". Ediciones Arayú. Buenos Aires, Argentina. Pág. 289.

el sujeto activo." ⁵.

I.2.2. Efectos Jurídicos.

Los efectos jurídicos han de ser acordes a dos situaciones importantes; la primera, la forma en que se cometió el delito, así será la sanción a imponerse por hecho delictuoso consumado, que la tentativa; y la segunda, si ha sido cometido con dolo, culpa o de una forma preterintencional, siendo más grave la sanción para los delitos dolosos que lleven implícita la intención del sujeto activo de delinquir; una menos grave será para aquél que por un descuido mental a delinquiero, y finalmente una sanción al sujeto que ha delinquiero de una forma mayor a la que pretendió, resaltando que el perseguía deliberadamente un daño y consiguió uno más grave.

Estos efectos jurídicos han de variar cuando nos situamos al lado del elemento negativo del delito, la culpabilidad, las causas de inculpabilidad. Nuestro ordenamiento jurídico sustantivo penal contenido en el Código Penal (Decreto número 17-73 del Congreso de la República), regula en su artículo 25 las causas de inculpabilidad que son:

Miedo Invencible:

Que de conformidad con la ley se presenta en aque-

(5) Ob Cit. Pág. 64.

llos casos en que el sujeto activo ejecuta el hecho impulsado por un miedo invencible de un daño o mayor, es decir un daño al que se le teme de manera irreversible, y este es o cierto o bien inminente por lo que ya no se puede preveer de manera normal, siempre ajustado a las propias circunstancias del caso en particular.

Fuerza Exterior:

Es cometer el hecho impulsado por una fuerza extraña al sujeto, es decir no puede alegar esta circunstancia cuando la provoca el mismo agente, dicha fuerza no es humanamente resistible y ha de ser empleada directamente sobre él.

Error:

Dos elementos caracterizan esta causal, el primero que la comisión sea como reacción propia a una agresión que sugiera ser ilegítima, más no lo es; y segundo que el daño causado por dicha reacción sea proporcional a la supuesta agresión.

Obediencia Debida:

Lo primero a resaltar en este punto es que la persona actúa bajo las órdenes de otra, quien no podrá alegar esta causal como eximente. Además a de ejecutar el acto por la subordinación jerárquica existente entre quien da las ordenes y quien las recibe, siendo estas órdenes del giro normal de las atribuciones y no manifestando ningún rasgo

de ilegalidad.

Omisión Justificada:

Si el sujeto se encuentra al momento de los hechos en una situación que no puede superar, o que es legítima pero no le permite actuar para prevenir o evitar un daño más grave.

No debemos olvidar que estas causas enunciadas permiten que, no se sancione a un sujeto infractor por haber actuado sin culpabilidad, más si en forma antijurídica, siendo como los llama nuestra ley, causas que eximen de responsabilidad penal.

I.3. Definición de Responsabilidad Penal.

Ya hemos establecido que cuando se comete un hecho delictivo, ha de existir una persona a quien se le atribuya la ejecución del mismo, a dicha persona la sociedad a de imponerle una sanción como forma de reprimirle el hecho, de indemnizar al perjudicado y de prevenir la posibilidad del acometimiento de la comisión de un nuevo delito.

Ante ello diremos, que cuando se comete un delito, ha de existir un culpable y este debe responder por su infracción pues es responsable penalmente hablando.

Según Manuel Ossorio, debe entenderse por responsabilidad penal:

"La aneja a un acto u omisión penado por la ley y realizado por persona imputable, culpable o carente

de excusa voluntaria." 6.

Por su parte, Fontán Balestra, al referirse a este tema indica:

"Decimos que un individuo es penalmente responsable cuando pueden cargarse a su cuenta el delito y sus consecuencias." 7.

Eugenio Cuello Calón, al respecto dice:

"Es el deber jurídico que incumbe al individuo imputable de responder del hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas." 8.

I.3.1. Elementos.

De las definiciones antes plasmadas, se establece que el individuo ha de ser imputable, es decir, que tenga la capacidad y que sea efectivamente el infractor; lógicamente que esté excluido de los inimputables (menores, declarados en estado de interdicción, etc.). Obviamente que se den las condiciones propias para la comisión de un delito (condiciones objetivas de punibilidad).

Cuando ya se ha determinado quién es el sujeto infractor, que el mismo es susceptible de ser sancionado, y que se han dado las condiciones necesarias para la aplicación de las sanciones penales, debemos establecer que penas existen y su aplicabilidad.

(6) Ossorio, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales". Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. Pág. 674.

(7) Ob Cit. Pág. 155.

(8) Ob Cit. Pág. 426.

De conformidad con nuestro Código Penal, las penas se dividen así: (Ver artículos 41 y 42):

Penas Principales:

Muerte.

Prisión. Consistente en la privación de libertad de una persona desde un mes, hasta treinta años.

Arresto. Que es privación de libertad hasta sesenta días y por faltas.

Multa. Es la suma de dinero que el imputado de la comisión de un delito a de cancelar por el monto fijado por el juez.

Penas Accesorias:

Inhabilitación Absoluta. Pérdida definitiva de un derecho.

Inhabilitación Especial. Pérdida del derecho a ejercer una profesión.

Comiso y Pérdida de los Objetos o Instrumentos del delito.

Expulsión de Extranjeros.

Pago de Costas y Gastos Procesales.

Publicación de la Sentencia.

Las que otras leyes señalan.

Además de las expuestas se regula la imposición de una medida de seguridad al infractor de las establecidas en el artículo 88 del Código Penal (Decreto número 17-73

del Congreso de la República); (MEDIDAS DE SEGURIDAD: "Ciertas disposiciones adoptables respecto de determinadas personas, no dentro de una idea de amenaza o de retribución, sino de un concepto de defensa social, y de readaptación humana, por tiempo indeterminado.", según Raymundo del Rfo.)⁹.

debemos anotar que según nuestro ordenamiento jurídico penal sustantivo, contempla la aplicación de penas mixtas, es decir, privativas de libertad y pecuniarias.

La responsabilidad penal según nuestra ley de la materia se extingue por (Ver artículos 101-102 del Código Penal):

1. Muerte del Procesado o del condenado.
2. Amnistía.
3. Por perdón del ofendido (cuando la ley lo permite).
4. Prescripción (ver artículo 107 Código Penal).
5. Cumplimiento de la Pena.

La extinción de la pena ocurre:

1. Cumplimiento.
2. Muerte del Reo.
3. Amnistía.
4. Indulto.
5. Perdón del Ofendido (cuando la ley lo permite).
6. Prescripción (ver artículo 110 Código Penal).

(9) de León Velasco, Hector Amílbal y de Mata Vela, Jose Francisco. "Curso de Derecho Penal Guatemalteco". Edi-Art Impresos. Guatemala, Guatemala. Pág. 273.

A manera de observación diremos que, en nuestro Derecho Interno no se concede al Presidente de la República la facultad de indultar. Además de la responsabilidad penal, ha de deducirse responsabilidades civiles al responsable.

I.3.2. Efectos Jurídicos.

El efecto jurídico de la responsabilidad penal, es aplicar una de las sanciones que se han enunciado al sujeto activo del delito, para que se haga aplicación de la ley. La aplicación de la pena variará de la gravedad del delito cometido, las condiciones en el que el mismo fué cometido, y el grado de peligrosidad que demuestre por los hechos el agente.

El fin de la pena es sancionar, pero también como apuntábamos prevenir; el juzgador a de ser un profesional muy experimentado y con suficientes conocimientos para poder establecer la gravedad de la pena a imponer.

I.4. Relación de Causalidad.

El Código Penal preceptúa en su artículo 10 lo siguiente:

"(Relación de Causalidad). Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o -

cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta."

Es conveniente citar para el presente caso, lo expresado por el Abogado Antonio Morales Baños quién nos dice: "... para el derecho penal, se trata de saber, mediante la relación de causalidad, hasta donde una persona es responsable de un hecho, puesto que, todo acaecer de la naturaleza obedece a causas y efectos"¹⁰.

"... Al Derecho Penal sólo le interesa las causas que tienen su nacimiento en la conducta humana, entre ésta y el resultado delictuoso debe existir una relación de causa y efecto..."¹¹.

"Varias son las doctrinas formuladas respecto de este punto, entre ellas encontramos la doctrina de la equivalencia de condiciones, que enuncia que solo puede llamarse "causa" al conjunto de todas las condiciones; la doctrina de la causa eficiente, que trata de distinguir - "cualitativamente y cuantitativamente una condición de las - demás"; la doctrina de la causal próxima, exige que la acción haya sido causa directa cuando el evento, es previsible; la doctrina de la causalidad adecuada, reza que solamente serán causa las que se muestren específicamente idóneas con respecto a determinado resultado; finalmente la doctrina de la causalidad típica, expresa que la causalidad típica

(10) Morales Baños, Antonio. "Estudios y Comentarios al Nuevo Código Penal." Serviprensa Centroamericana. Guatemala, Guatemala. Pág. 37.

(11) De León Velasco, Hector Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit. Pág. 146.

ca queda a lo que expresa el verbo de la acción, a lo que exiga el tipo penal... la causalidad está en el tipo penal. Lo antes relatado sobre las teorías de la Relación de Causalidad ha sido parafraseado de la obra del autor Morales Baños¹².

I.5. Regulación Legal.

Sin haber ahondado con mucha profundidad en el presente tema, hemos aludido en una síntesis, los puntos más relevantes del mismo para el presente trabajo, concluyendo este capítulo con la relación a las normas penales que rigen la culpabilidad y la responsabilidad penal.

Debemos de tener presente, el principio de Legalidad, que consiste en que nadie podrá ser detenido o preso, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente, contenido en los artículos 6to. de la Constitución Política de la República de Guatemala y el artículo 1ro. del Código Penal. Como ya hemos anotado, el artículo 10o. regula lo relativo a la relación de causalidad. Los artículos 11o. y 12o. de dicho cuerpo legal estipulan lo relativo a el delito Doloso expresando que, el delito es doloso cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo presenta como posible

(12) Ob. Cit. Págs. 38,39,40 y 41.

y ejecuta el acto, prevaleciendo la intencionalidad del agente como quedó apuntado en el apartado respectivo; es culposo con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia, aseverando que estos hechos son punibles cuando la ley lo expresa así, vemos pues, la falta de intencionalidad del agente.

El delito será consumado, cuando concurren todos los elementos constitutivos del mismo y quedará en grado de tentativa cuando iniciada la ejecución del delito por actos externos a la voluntad del agente no se consuma, esto de conformidad con lo estipulado en los artículos 12o. y 13o. del citado texto legal.

En el apartado de la responsabilidad Penal, ha sido tratado lo relativo a la punibilidad, pena y extinción de una y otra a manera de referencia, citamos los artículos 26o. y 27o. del Código Penal que regulan las atenuantes y las agravantes que modifican la responsabilidad penal y de los que trataremos al conocer los delitos propios de este trabajo.

Hemos enumerado las normas legales que regulan el tema en mención y sobre los que girará la presente investigación.

1950

1951

1952

1953

1954

1955

1956

CAPITULO II.

LA RESPONSABILIDAD
DEL
NOTARIO.

II.1. Definición.

El Notario es un profesional que goza del depósito en sí, de la confianza de los particulares, recordemos que el Notario está investido de fé pública, por delegación del Estado que ejerce la soberanía dada por el pueblo, lo que nos haría pensar en que su ámbito de acción está en el Derecho Público, sin embargo actúa en el ámbito del Derecho Privado, precisamente en la contratación particular.

"El Notario como depositario de la fé pública, de la confianza de los particulares y del poder público, ha de tener un grado de responsabilidad muy considerable. El grado de responsabilidad notarial es la del Notario mismo, pues a cada uno de los deberes de ésta va enajenada la responsabilidad para sancionar su infracción."¹³

Atenderemos a las definiciones de estudiosos del tema a continuación:

José María Sanahuja y Soler se expresa así:

(13) López Velasquez, Lilia Eugenia. "La Escribanía del Gobierno y su Encuadramiento en la Legislación Guatemalteca." Tesis de Grado. Ediciones Mayte. Guatemala, Guatemala. Pág. 30.

"La atribución de la consecuencia jurídica coactiva que se produce por la inobservancia de la conducta debida." 14.

Oscar Salas nos dice al respecto:

"Es la situación jurídica en que se encuentra ese sujeto, autor de la violación, sobre el que debe hacerse efectiva tal sanción." 15.

A decir del Notario guatemalteco, Marinelli Golom:

"Es conveniente que el Notario esté capacitado, intelectual y moralmente, para lograr eficazmente su función, sin generar resultados dañosos, tanto para los particulares como para él mismo, de ahí donde descansa lo que se conoce como responsabilidad notarial." 16.

II.2. Clases de Responsabilidad Notarial.

Con el marco de referencia anterior, nos adentramos a conocer las variantes que se desmembran de dicha responsabilidad. Según Luis Carral y de Teresa: "El Notario tiene facultades propias, que le son atribuidas por la ley. Como hemos dicho y repetido, no da cuenta de su actuación a ningún superior jerárquico; y por ello, sólo debe responder civil y criminalmente de sus actos, y eso mediante juicio... el notario tiene responsabilidad disci-

(14) López Velásquez, Lilia Eugenia. Ob Cit. Pág.30.

(15) Salas, Oscar A. "Derecho Notarial de Centroamerica y Panamá." Editorial Costa Rica. - San José, Costa Rica. Pág. 181.

(16) Marinelli Golom, José Dante. "Las Responsabilidades del Notario y su Régimen en el Derecho Guatemalteco." Universidad Mariano Gálvez. Tesis de Grado. Guatemala, Guatemala 1979. Pág. 3.

plinaría, y responsabilidad administrativa." 17.

II.2.1. Civil.

Nos encontramos frente a esta responsabilidad, justo en el ámbito particular pues el notario a de resarcir a los particulares de los daños y perjuicios que a estos provoque por la compulsación de un instrumento.

"La responsabilidad civil, surge del incumplimiento de un deber, con perjuicio de alguien, y de la necesidad de reparar éste. El Notario debe cuidar de la validez del acto jurídico, no solo desde el punto de vista de la forma, sino también del fondo." 18.

"La responsabilidad civil tiene por finalidad reparar las consecuencias injustas de una conducta contraria a derecho (responsabilidad culposa, en su más amplio sentido); o bien reparar un daño causado sin culpa, pero que la ley, pone a cargo del autor material de este daño (responsabilidad objetiva o sin culpa)." 19.

II.2.2. Administrativa.

Una vez otorgado el contrato por los particulares y autorizado el mismo por el Notario, éste debe cumplir con dar los avisos que la ley ordena para los efectos de

(17) Carral y de Teresa, Luis. "Derecho Notarial y Derecho Registral." Editorial Porrúa S.A. Séptima Edición. Distrito Federal, México. Pág. 128.

(18) Ibidem. Pág.132.

(19) Gimenez Arnau, Enrique. "Derecho Notarial." Ediciones Universidad de Navarra S.A. Segunda Edición. Pamplona, España. 1976. Numeral 128.

carácter fiscal o puramente registral. El Notario pues, podría aparecer, como se le llaman algunos autores, como recaudador del fisco. Para el conocido autor Luis Carral y de Teresa "... se incurre en ella por incumplimiento de deberes -ajenos a la función notarial propia-, que otras leyes administrativas le imponen."²⁰.

El autor nacional Nery Roberto Muñoz, en su texto Introducción al Estudio del Derecho Notarial señala: "Entre las actividades que lleva el notario y que su incumplimiento conlleva responsabilidad administrativa, entre otras obligaciones, podemos citar: 1. La del pago de apertura del protocolo, 2. La de depositar el Protocolo, 3. La de cerrar el protocolo y redactar el índice, 4. La relativa a la entrega de testimonios especiales, 5. La de extender testimonios a los clientes, 6. La de dar avisos correspondientes y 7. La de tomar razón de las actas de legalización de firmas."²¹.

II.2.3. Disciplinaria.

Recordando que es Notario un profesional del derecho por ello debe cumplir las normas jurídicas, que son de su conocimiento, pues aunque no tiene un superior jerárquico, si se debe a un colegio profesional que lo sancionará en caso de que no atienda a la Ética y honradez que exige

(20) Ob Cit. Pág.129.

(21) Muñoz, Nery Roberto. "Introducción al Estudio del Derecho Notarial." Ediciones Mayté. Segunda Edición. Guatemala, Guatemala. Pág. 139.

tan especial profesión.

"Los españoles y argentinos distinguen la responsabilidad disciplinaria, derivada del incumplimiento por el Notario de deberes específicos que la ley le señala en su condición de tal, de la responsabilidad administrativa derivada del incumplimiento de deberes no estrictamente notariales, pero que se le imponen por las leyes con fines ajenos a la misión del notario como tal." ²².

II.2.4. Penal.

Hemos acotado ya, la indemnización que debe el notario a las partes por daños y perjuicios (civil), las obligaciones de dar avisos de ley (administrativa), y las que debe rendir a su Colegio Profesional. Punto importante a resaltar es que, si bien el Notario como miembro de una sociedad no está exento de incurrir en acciones delictivas, debemos de resaltar que en el ejercicio de su función puede (intencionalmente o no) incurrir en delitos que obliguen a las partes a deducir responsabilidades penales al notario al verse perjudicados por el mal accionar del mismo, o el propio Estado, a través del Ministerio Público accionar penalmente contra dicho profesional.

"Además de otros delitos en que pueda incurrir un notario en su vida privada, puede, en el ejercicio de

(22) Salas, Oscar A. Ob Cit. Pág.213.

su función pública, cometer violaciones del orden penal que deben ser calificadas como delitos funcionales." 23.

II.3. Doctrina de la Responsabilidad Penal. (Notarial).

Resulta interesante, la denominación que da el Doctor Oscar Salas (ver supra), a los delitos cometidos por un Notario en su función Notarial; los califica como delitos funcionales, y estos dependiendo del ordenamiento jurídico penal de cada país varían en su denominación y tipificación.

En nuestro país, para el Notario la legislación penal sustantiva lo estima funcionario así el Decreto número 17-73 del Congreso de la República, que creó el Código Penal, taxativamente llama a los notarios funcionarios públicos, cuando cometan delitos en el ejercicio de sus funciones profesionales; así mismo en la ley ya citada, nos da cuenta de doce delitos en que puede incurrir el notario guatemalteco como tal, siendo estos: Publicidad Indebida, Revelación del Secreto Profesional, Casos Especiales de Estafa, Falsedad Material, Falsedad ideológica, Supresión Ocultación o Destrucción de documentos, Revelación de Secretos, Violación de Sellos, Responsabilidad de Funcionario al autorizar un matrimonio e Inobservancia de formalidades al autorizar un matrimonio, Estafa Propia y Cohecho Activo.

(23) Ibidem. Pág. 200.

El autor de origen cubano Oscar A. Salas (obra ya citada) enumera de igual forma lo referente a la responsabilidad penal y los delitos en que el notario, a su criterio puede incurrir tales como Usurpación (anticipación y prolongación) y abandono de funciones; lo que en Guatemala si está regulado por el Código Penal pero en cuanto a la Usurpación de Funciones se refiere al atribuirse carácter oficial, lo que no sería propio del notario, en cuanto al delito de usurpación de calidad, no podría incurrir el Notario, pues este como tal comprende el haber obtenido los títulos profesionales para el ejercicio de tan noble profesión, refiriéndose en forma directa a quien no es profesional y finge serlo o que lo fué y por causas legales no lo ejerce más; y en cuanto a la anticipación o prolongación de funciones le ley se refiere a empleados o funcionarios públicos, cargos incompatibles con el ejercicio notarial; misma situación que se dá con el abandono de funciones (de cargo designa nuestra ley).

Dando seguimiento a los delitos citados por Oscar A. Salas, encontramos los de Incumplimiento de Deberes, Desobediencia y Resistencia o Denegación de Auxilio, los que a excepción de la resistencia (que sería cometido por un particular en perjuicio de a función notarial), son propios a los empleados o funcionarios públicos. Aún y cuando el Código Penal los llama (a los Notarios) funcionarios, ello a mi criterio es en sentido de la alta calidad que ostenta y no es sentido de ser dependiente del Esta-

do (figura propia del Escribano de Gobierno).

Los delitos de falsedad a los que se refiere el autor comentado están regulados en nuestra ley; el de infidelidad en la custodia de documentos se asemejaría a los delitos de falsedad en nuestro código, el delito de apropiación indebida es, para nosotros, patrimonial.

El delito de violación del Secreto Profesional, nuestra ley penal lo contempla como Revelación del Secreto Profesional y finalmente el delito de exacción ilegal en nuestra legislación, es propio de materia fiscal y no de honorarios; como lo estudia el autor en mención.

II.4. Elementos de la Responsabilidad Penal. (Notarial)

Tal como expresábamos en el numeral anterior, la responsabilidad penal del notario se circunscribe a los delitos que éste, en el ejercicio de su profesión cometa, siendo así, recordamos que según la doctrina penal sustantiva, todo delito tiene una fase interna (iter criminis) y una exteriorización (el hecho propio del delito), de lo que ya apuntamos, es punible solo la fase externa; visto así tendríamos que hay dos elementos que implican la responsabilidad penal del Notario, uno material y otro inmaterial.

II.4.1. Materiales o Físicos.

Este elemento es la propia realización del delito, el propio hecho delictivo, el apareamiento de un sujeto activo que ejecuta y de un sujeto pasivo que recibe el agravio; en el presente caso, sería el notario quien actua-

ría, como sujeto activo, cometiendo un delito de los ya citados y causando un daño a sus requirentes y/o clientes o la sociedad.

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

II.4.2. Inmateriales

o Psicológicos.

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

Es en este punto que debemos resaltar, la gravedad que priva en el caso que sea UN NOTARIO, quién conciba la idea de actuar en perjuicio de sus clientes, o bien en beneficio de una de las partes de la relación notarial que a la larga le beneficiaría por complicidad.

Meditando sobre este punto encontramos con que otra

situación podría presentarse cuando el notario en ambición de aumentar sus ingresos o acrecentar su patrimonio, faccione instrumentos públicos de manera que la meta sea el traslado de la propiedad de bienes primitivamente de sus clientes a su dominio. Recordemos que el notario autoriza instrumentos públicos, porque la sociedad a través del tiempo así lo requirió, al necesitar que se documentara los negocios y hubiere quién diera fé de la autenticidad de los mismos, aunado a que modernamente es el notario, quien en cumplimiento de las funciones, asesora y modeladora guía a las partes a la realización de determinado contrato, el que al mediar mala voluntad por parte del notario haría incurrir en infracciones a la ley a los particulares.

Muy importante, resulta ser, el estudio de este punto en virtud que las Universidades de nuestra República - deben exigir la tecnificación y el máximo grado de conocimientos científicos del futuro profesional, previendo que no se vaya dar el título facultativo a una persona que no cuenta con los conocimientos y preparación necesaria, porque este sería fácil de la idea de delinquir, en perjuicio de los particulares y en detrimento de la honrabilidad notarial, causando el desprestigio de la misma.

II.5. Regulación Legal.

En cuanto a la regulación legal del presente tema, diremos que las cuatro modalidades de responsabilidad notarial que hemos expuesto, se encuentran reguladas por el

ordenamiento jurídico guatemalteco. De esa manera, encontramos que la responsabilidad civil está regulada en el Código Civil, Decreto-Ley número 106, donde se encuentran las normas relativas a los daños y perjuicios (artículo 1645), así como lo relativo a las obligaciones de los profesionales a dicho pago (artículo 1668).

Mientras tanto la vía procesal en general a de ser la del juicio ordinario contenido en el artículo 96 en adelante del Código Procesal Civil y Mercantil (Decreto Ley número 107).

En cuanto a la administrativa, podemos encontrar las normas relativas a las obligaciones notariales por ser depósitario del protocolo, en el Decreto número 314 del Congreso de la República que contiene el Código de Notariado, además de obligaciones fiscales contenidas en las distintas leyes tributarias; por ejemplo el Código Tributario, la ley del Impuesto del Valor Agregado, La ley del Impuesto de Timbres Fiscales y Papel Sellado especial para Protocolos, Ley de Armas y Municiones, Ley del Impuesto Extraordinario y de emisión de bonos del tesoro emergencia, el mismo Código Civil en lo relativo a los avisos matrimoniales, etc.

Lo relativo a la responsabilidad disciplinaria, surge regulada por las situaciones de habilitación y rehabilitación del notario básicamente la aplicación del Código de Notariado y la ley de Colegiación Profesional Obligatoria (decreto número 62-91 del Congreso de la República).

Es el Código Penal, el cuerpo legal que contempla las figuras delictivas en que puede incurrir el Notario siendo las ya establecidas en el apartado respectivo de este capítulo, y plasmadas en los artículos:

- Artículo 222 Publicidad Indebida.
- Artículo 223 Revelación de Secreto Profesional.
- Artículo 263 Estafa Propia.
- Artículo 264 Casos Especiales de Estafa.
- Artículo 321 Falsedad Material.
- Artículo 322 Falsedad Ideológica.
- Artículo 327 Supresión, Ocultación o Destrucción de Documentos.
- Artículo 422 Revelación de Secretos.
- Artículo 434 Violación de Sellos.
- Artículo 437 Responsabilidad del Funcionario.
- Artículo 438 Inobservancia de Formalidades.
- Artículo 442 Cohecho Activo.

CAPITULO III.

EL DELITO DE FALSEDAD IDEOLOGICA.

III.1. Antecedentes.

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

Recientemente, se ha discutido la necesidad de la existencia de dichas figuras delictivas y su posible conjunción en una figura única; por la importancia que reviste dicha discusión considero pertinente comentar y analizar primeramente, lo expuesto por el connotado escritor Enrique Casas Barquero, en su obra "El Delito de Falsedad en Documento Privado."²⁴

A manera de preámbulo de este capítulo como el próximo, diremos que, básicamente se tipifica el delito de falsedad ideológica al consignar o hacer consignar en un documento público declaraciones falsas; mientras que el delito de falsedad material consiste en un supuesto --

(24) Casas Barquero, Enrique. "El Delito de Falsedad en Documento Privado." Editorial Bosch S.A. Barcelona, España.

distinto.

El concepto de falsedad se remonta a Las Partidas, y aunque las distintas legislaciones tratan indistintamente los términos: FALSEDAD así como FALSIFICACION, cabría una sutil diferencia apuntada por el autor citado en la manera siguiente: "... hay falsedad en la simple imitación, consistente en poner lo falso en vez de lo que debiera ser verdadero, y falsificación, en la sustitución o puesta de lo falso en en lugar en que estuvo lo verdadero."²⁵. Lo que en otras palabras sería, falsedad cuando se aporta al mundo exterior un concepto distinto al que debió aportarse, mientras que el falsificar sería propiamente el verbo, la acción de mutuar o cambiar algo verdadero (ya aportado) por algo falso; y en ello, descansa la diferencia anotada en que, en uno aún no existe la verdad (no ha sido aportada) mientras que en el otro, se cambia la verdad (supone que ya se ha aportado la misma).

El autor citado menciona "... la distinción entre falsedad material y falsedad ideológica se adopta positivamente, por primera vez por el Código Penal francés de 1810, ..." ²⁶. Desde aquella época hasta nuestros actuales días se han tratado puntos distintivos o diferentes de un delito con el otro, de los que trataremos cinco.

1. Visibilidad o no de la falsedad. Expresa Casas Barquero

(25) Ibidem. Pág. 9.

(26) Idem. Pág. 10.

que: "El presente criterio diferenciador es referido al dato de la visibilidad o no de la falsedad. Bajo este entendimiento se considera que la falsedad material comportaría una falsificación o alteración cometida sobre un documento, y capaz de ser reconocido y probada físicamente, bien a través de un atento examen o por medio de una simple inspección. la falsedad intelectual, por el contrario, resulta de la alteración de la verdad conforme al sentido del contenido del documento, no pudiendo ser reconocida por ningún signo palpable físico o material." 27.

De lo expuesto, y de conformidad con este criterio, caeríamos en un campo netamente pericial (Prueba de Expertos) y se haría complicado poder determinar cuando se comete un delito y cuando el otro, porque hoy en día el delincuente, cuenta con auxiliares técnicos avanzados que le facilitarían hacer, una copia idéntica al original y que sería casi imposible de demostrar, lo que afectaría enormemente el encuadramiento de la actividad delictiva al tipo penal.

2. Relación de la forma y el contenido con la genuinidad y la veracidad documentales. A decir del autor antes citado, "... se realiza falsedad material cuando el documento está falsificado en su esencia material, y falsedad ideológica cuando el documento está falsificado en su conte-

(27) Idem. Pág. 11.

nido. La falsedad material produce un documento no genuino, y la ideológica uno no verdadero." 28.

Este criterio me parece más acertado, sobre todo por sus efectos, pues habrá falsedad material cuando se dé la mutación de la materia documental de lo físico y por ende la otra falsedad (ideológica), cuando el contenido esencial se vea falseado, siendo efecto de la primera un documento falso que no puede nacer a la vida jurídica, sin embargo el segundo es genuino o verdadero pero de contenido falso, distinción más precisa.

3. Tripartición conceptual de falsedad material, intelectual e ideológica. Debemos iniciar expresando, que, este criterio llama falsedad caligráfica a la material y al respecto nos dice Casas Barquero: "Falsedad Material o caligráfica es la formación de un documento falso o la alteración de uno verdadero... Existe también falsedad intelectual cuando el funcionario público consagra en documentos elementos de hecho inexistentes o diversos... Falsedad ideológica es la creación de un documento no verídico en su contenido intrínseco..." 29.

Interesante es este criterio, por cuanto podríamos llamar diferenciación por el sujeto infractor, en virtud que existe falsedad material, cuando el delincuente altera o crea uno falso, pudiendo ser cualquier persona; mientras
(28) *Idem.* Pág.13
(29) *Idem.* Págs.17 y 18.

que, la falsedad intelectual la comete el funcionario que facciona el documento, y la ideológica la parte (otorgante) que declara falsamente.

Sin embargo este criterio, complica el análisis al crear una nueva distinción, entre la ideológica y la intelectual, conocidas ambas como una sola; lo que estimo, bien podríamos tomar por fundamento para una reforma legislativa ya que identifica bien al funcionario y mantiene el criterio clásico de distinción entre la falsedad material y la ideológica.

4. Reconocimiento unilateral de la falsedad material. Haciendo referencia a él conocido penalista Francesco Carrara, argumenta en defensa de esta posición y plasma lo siguiente: "... la falsedad meramente ideológica es la que se encuentra en un documento verdadero exteriormente, que contiene declaraciones mendaces, y precismanete se llama ideológica porque el documento no es falso en sus condiciones esenciales, pero sí son falsas las ideas que se quiere afirmar en él como verdaderas. Sostiene que la falsedad es siempre material, porque lo que es falso es la materialidad del escrito, que no es como materialmente debía ser, de lo cual resulta siempre una materialidad falsa, ya que ese documento debía presentar una materialidad distinta. Por ello, la falsedad puramente ideológica o intelectual no es punible bajo el título de falsedad documental sino bajo el de fraude."³⁰

(30) Idem. Págs. 18 y 19.

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

5. Restricciones críticas de la delimitación jurídica entre falsedad material e ideológica. Finalmente, el autor cuyo texto comentamos expone: "... la falsedad material da lugar a la violación de la obligación de dejar inmutado el estado de cosas referentes a los documentos, mientras la falsedad ideológica se caracteriza por la violación de la obligación de declarar la verdad por parte del sujeto que redacta el documento... En definitiva una misma conducta puede ser constitutiva de una hipótesis de falsedad ideológica." ³¹.

Tal como el autor apunta, la crítica es fundamentada, pero la solución propuesta no resuelve el problema, lo evade. No es formando un solo delito que se solucionaría el problema de distinción, tampoco atribuyendo a un sujeto infractor la comisión de ambos delitos, pudiendo ser imposible dicha concepción.

Concluye, Casas Barquero en que, "... considerar de forma unitaria las dos especies de falsedad a través

(31) Idem. Págs. 20 y 21.

de una única norma que abarque a ambas en vía alternativa significaría no sólo eliminar el problema para evitar resolverlo, sino hacer surgir otros problemas." ³². A criterio propio, me inclino por la diversificación del delito, pues, insisto que no es solución evadir el problema sino procurar la investigación científica del hecho que se pretende reprimir, procurando la actualización de las normas penales y su acrecentamiento y divulgación cumpliendo con la función preventiva del Derecho Penal.

Conviene previo al análisis de ambos delitos considerar que los documentos se clasifican legalmente, según los autores nacionales Hector Anibal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela, en: "Públicos, los expedidos por funcionario o empleado público, privados los que otorgan los particulares entre sí y los privados equivalentes a públicos como los títulos de crédito." ³³.

III.2. Definición.

Cada autor o estudioso del Derecho Penal, denota sus propias definiciones respecto al delito de falsedad ideológica, sin embargo, para los efectos de este trabajo atenderemos únicamente al tipo legal consignado en el Decreto número 17-73 del Congreso de la República (Código Penal).

(32) *Idem*. Pág. 24.

(33) *OB. Cit.* Pág. 592.

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

III.3. Elementos:

Expresamos básicamente dos elementos, el material y el psicológico.

III.3.1. Materiales:

El Código Penal (Decreto número 17-73 del Congreso de la República) ajusta el hecho a una situación concreta, el otorgamiento; lo que hace referencia a las partes que se obligan en un documento público; autorización, clara referencia al notario o a un funcionario público, o formalización, es decir, un acto que necesita llenar ciertas formalidades, de un documento público, o sea, el otorgado ante funcionario público, o bien ante Notario.

Es entonces cuando la ley hace referencia a la acción del verbo, insertar o hiciere insertar; si meditamos observaremos que se reduce la acción a dos supuestos, o lo comete quién facciona o quién otorga ante éste.

Declaraciones falsas, dice el Código Penal; recordemos que aunque sutil la diferencia es falso, lo que se aporta en vez de lo verdadero.

Continúa expresando la norma, concernientes a un hecho que el documento deba probar, es decir, quedan sujetos a este delito, los actos cuya documentación es requisito necesario para su validez, pues dicho negocio jurídico, a de demostrarse con el documento, de modo que la ley habla del asunto principal, pero ¿Que sucede cuando la insertación falsa es relativa a generalidades o bien a datos no relativos al negocio principal? Obviamente estaríamos ante otra figura delictiva, pudiendo ser un caso especial de estafa.

De modo que pueda resultar perjuicio, prescribe la ley; hemos anotado con anterioridad que perjuicio es toda ganancia lícita dejada de percibir, lo que considero, es reducir el sentido de la norma, sugiriendo el cambio del término por el de agravio, que es más amplio.

III.3.2. Psicológicos.

Se refiere a la intencionalidad del sujeto de agraviar a otra persona en provecho propio. Ante lo cual presenciamos un delito de comisión dolosa y nuevamente nos preguntamos ¿Podría un Notario alegar que por culpa erró al faccionar un instrumento público? Creemos que la posibilidad es difícil, en virtud que el notario a de tener una preparación académica necesaria para serlo; obviamente en el sentido que sea a él imputable la comisión del delito, para no expandernos desmedidamente, diremos que un notario, pudiera ser que escucha o entienda erróneamente la declaración de las partes, pero podría el legislador dispensar de responsabilidad penal al notario, definitivamente no. Dejamos como inquietud los errores de impresión, por ejemplo.

III.4. Efectos.

El efecto propio de la comisión de un delito, da lugar a dos acciones. la penal para sancionar al responsable y la civil, para el pago de responsabilidades civiles (artículo 67. Código Procesal Penal. Decreto número 52-73 del Congreso de la República).

Siendo así, tenemos que la comisión del delito de falsedad ideológica, da lugar a la iniciación del proceso penal respectivo, para la aplicación de la pena al responsable de la comisión del delito y para deducirle los daños y perjuicios que haya provocado a través de un juicio ordinario y persiguiendo de ser el caso, dejar sin efecto las

anotaciones registrales que se hayan hecho con base a dicho documento, pues el documento falso no es susceptible de provocar efectos jurídicos.

III.5. Formas de Comisión.

Ya hemos establecido que difícilmente podría cometerse este delito por culpa (impericia, imprudencia o negligencia), pues básicamente es un delito doloso, en vista de que media la intencionalidad, aunque tolera la forma intermedia de la preterintencionalidad. De igual forma es susceptible al no darse todos los elementos, de quedar en grado de tentativa, tentativa imposible, del desistimiento, y obviamente de ser un delito consumado.

En cuanto a la actuación del sujeto activo para la comisión del delito, debe ser por acción.

III.6. Documentos Susceptibles de Falsearse.

En cuanto a este aspecto, partiendo de la definición de documento formulada, por Guillermo Cabanellas, él estima lo siguiente: "Instrumento, escritura, escrito, con que se prueba, confirma o justifica alguna cosa o, al menos, que se aduce con tal propósito. En la acepción más amplia, cuanto consta por escrito o gráficamente; así lo es tanto un testamento, un contrato firmado, un libro o una carta, como una fotografía o un plano; y sea cualquiera la materia sobre al cual se extienda o figure, aunque indudablemente predomine el papel sobre todas las demás. Cualquier com-

probante o cosa que sirva para ilustrar." ³⁴.

Para el autor nacional, Nery Roberto Muñoz, en su obra citada, divide los documentos en privados y públicos. En cuanto a los primeros estima, el Licenciado Muñoz, que son los elaborados y firmados por las partes a quienes puede obligar o no; y los segundos los elaborados y firmados ya sea por un funcionario público en ejercicio de su cargo, y/o los que autoriza un notario que reciben el nombre de instrumentos públicos, debiendo tener presente que el Código de Notariado (Decreto número 314 del Congreso de la República), en su artículo 29 denomina instrumentos públicos, únicamente a las Escrituras Matrices.

Por lo antes expuesto, en este apartado, y de conformidad con la definición legal citada, establecemos que únicamente son susceptibles a falsearse los documentos públicos, ya sea autorizados por funcionario público o por notario; excluyéndose los documentos privados que son susceptibles a otro delito (artículo 323. Falsificación de documentos privados. Código Penal), así como los extendidos por facultativo (artículo 326. Código Penal).

Creemos, que por lo aludido de la estimación epigráfica del Código de Notariado, la redacción del artículo referente a la falsedad ideológica (artículo 322, Código Penal), debiera expresar concretamente que instrumentos,

(34) Cabanellas, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual." Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1974. Pág. 736.

son susceptibles al presente delito.

III.7. Regulación Legal.

En virtud de ya haber hecho referencia a la regulación legal de este delito (Falsedad ideológica), y de los procesos conducentes para la deducción de responsabilidades civiles y penales de quien se ve agraviado por la comisión de este delito contra quien lo cometa, no nos queda más que, insistir en que es necesaria una reforma legislativa al Código Penal en el sentido de, darle una redacción más adecuada al texto de dicho artículo, en pro del mejoramiento en su aplicabilidad, y sobre el cual, preocupados por dicha problemática, en _____ el último capítulo del presente trabajo de tesis formularemos una propuesta de a nuestro juicio como debe modificarse el texto legal mencionado, con la esperanza de que algún día sea tomada, no como último recurso, sino más bien como el primer paso del camino a tecnificar y hacer más positivas nuestras normas penales vigentes.

CAPITULO IV.

EL DELITO DE FALSEDADE MATERIAL.

IV.1. Antecedentes.

En cuanto a los antecedentes de este delito, diremos que su íntima relación para con el Delito de Falsedad Ideológica, nos hace tomar como principales antecedentes los ya citados para dicho delito en el capítulo anterior. De tal manera que, solamente agregaremos algunos puntos propios de este delito de falsedad.

Nuevamente haciendo referencia a lo expuesto por el autor Enrique Casas Barquero, este nos expresa que: "Únicamente pueden considerarse como falsedades delictivas aquellas en que la falta de veracidad incide sobre la esencia del contenido del documento, mostrando relevancia en los efectos que haya de producir... No basta, pues, con faltar conscientemente a la verdad sino que además tal falsedad ha de ser jurídico-penalmente relevante, lo que no ocurre cuando ésta es intrascendente."³⁵

Debemos de traer a nuestra memoria, la antigüedad de este delito en virtud de que, siempre el delincuente a querido crear una obra falsa en pro de un beneficio perso-

(35) Ob. Cit. Págs. 302 y 303.

nal y lo más importante es, que el adquirente no pueda preveer la posibilidad de la no autenticidad de la misma.

Cuando el tratadista guatemalteco Guillermo Alfonso Monzón Paz en su obra "Introducción al Derecho Penal Guatemalteco (Parte Especial)"³⁶, indica que en los delitos de falsedad, se distinguen tres formas de falsedad: La Material, la ideológica y la personal. en cuanto a la falsedad material, apunta que ésta falsedad es "... siempre que la inmutación de la verdad recae materialmente sobre la escritura. La inmutación material puede efectuarse o mediante formación o contrafacción, o mediante alteración o por medio de supresión."³⁷.

A manera de comentario, estimamos que la formación, - es una creación de un acto, contrafacción, es la formación total o pudiera ser de igual forma parcial, de crear un documento falso no importando si es de su contenido o de su forma, sea que se cree o se adicione, siendo su elemento diferenciador a la formación, la preexistencia de un modelo a emular; por su parte la alteración, es la transformación material del documento que a de entenderse es legítimo, por ejemplo una palabra o una cifra (sin olvidar que el Código de Notariado NO permite el uso de cifras ni abreviaturas. Artículo 13); se distingue de la contrafacción en que ésta crea y la segunda goza de la preexistencia del

(36) Monzón Paz, Guillermo Alfonso. "Introducción al Derecho Penal Guatemalteco. (Parte Especial)." Impresiones Gardisía. Guatemala, Guatemala.

(37) Ibidem. Pág. 185.

documento.

El comentado autor expresa que "Sin embargo, no constituye alteración la corrección de errores materiales."³⁸; de lo que hablaremos más adelante. En cuanto a la falsedad material de la alteración debe continuar la existencia del documento o llegaríamos a la supresión según el licenciado Monzón Paz (figura contemplada en el artículo 327 del Código Penal).

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

La simple corrección de errores no podría caer en el campo de aplicación del delito de Falsedad Material, pues lo que se persigue con ellos es darle a la plena verosimilitud al documento y no contrariar su contenido, a manera de ejemplo podemos citar la facultad del notario de testar y entrelinear (artículo 14 Código de Notariado).

Dos casos más, hemos de citar en este apartado que la legislación guatemalteca contempla para el notario: "Artículo 77. Al notario le es prohibido: 1. Autorizar actos o contratos en favor suyo o de sus parientes. Sin embargo, podrá autorizar con la antefirma: "Por mí y ante

(38) Idem. Pág. 185.

mi", los instrumentos siguientes: ... e) Las escrituras de ampliación o aclaración que tengan por objeto único, enmendar errores u omisiones de forma en que hubiere incurrido, ..."; como podemos apreciar, al notario se le permite a través de la fórmula por sí y ante sí la corrección de algunos errores, siendo estos los de forma.

El segundo caso se encuentra regulado en el mismo Código de Notariado, en su artículo 96o. que preceptúa: "Cuando en el protocolo se incurriere en los errores siguientes de forma: alterar la numeración cardinal de los instrumentos, la de foliación o el orden de la serie; dejar una página en blanco o inutilización de una hoja o pliegos del protocolo el notario acudirá a un juez de primera instancia del orden civil, el cual al constatar el error y en vista de las razones expuestas por el notario, podrá acordar la enmienda, levantándose al efecto un acta, certificación de la cual se agregará entre los comprobantes del protocolo."; este caso en particular no se ajusta a la fórmula de por mí y ante mí, sin embargo contempla supuestos que con alguna frecuencia se producen en el ejercicio notarial, y permite al notario una nueva solución que es acudir al Órgano Jurisdiccional para que a través de un juzgador se establezcan los errores y las enmiendas pertinentes a cada caso.

Hacemos énfasis nuevamente, en la diligencia que debe observar el notario dentro del ámbito de su ejercicio notarial, pues lo más importante es prevenir cualquier cir---

cunstancia anómala al autorizar un acto.

IV.2. Definición.

Ya acotamos, en cuanto a las definiciones, cada autor crea al propia o bien se adhiere a una previa; más para los efectos del tema y por lo analítico del mismo hemos de partir de la definición legal.

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

IV.3. Elementos.

De igual forma, atenderemos a la acción del delito (elemento material) y a la fase mental de dicha comisión (elemento psicológico).

IV.3.1. Materiales.

Para este análisis, tomando el texto legal desde su inicio, encontramos que estipula la forma hiciere, relativo a la conjugación del verbo hacer; ello nos situa ante una posición muy genérica que contiene la formación, contrafacción y la alteración, de la que nos hablaba el autor Guillermo Alfonso Monzón Paz (ver cita número 37) y aunque no estipula una persona específica o calidad que deba reunir la misma, el citado autor establece varias hipótesis a

suceder; así expresa que, este delito puede ser cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones a lo que estima "El objeto de esta acriminación es la necesidad de tutelar la fé pública documental."³⁹

Un hecho relevante lo constituye el que deberá hacerlo en el ejercicio de sus funciones, pues al hacerlo fuera de ellas, será considerado como un particular.

Una segunda hipótesis, es aquella en la cual la "Falsedad Material, cometida por un funcionario público en copias auténticas de actos públicos o privados y en atestados sobre contenido de actos ..." ⁴⁰. Supone esta acción, emitir una copia de un documento inexistente, o alterar la copia de un documento preexistente. Finalmente la cometida por un particular, que se adecua a la cita anterior en sus regímenes.

El objeto de comentar lo ya expresado por el Licenciado Monzón Paz, es el de perseguir la idea de adecuar las normas al ejercicio notarial siendo así, estimamos que las primeras dos posiciones del licenciado Monzón Paz son las más adecuadas al Notario e insistimos en una posible reforma legislativa al artículo transcrito, en el sentido de agregar que si el infractor fuere notario al autorizar un acto o bien al expedir una copia la sanción será más grave; de lo que se podría precisar además que el Notario

(39) Idem. Pág. 187.

(40) Idem. Pág. 188.

cometerá el delito, al ejercer sus facultades de conformidad con la ley.

Dando seguimiento a la norma transcrita vemos que, acertadamente el legislador estableció que dicho hacer sea en todo o en parte, tratando así de no dejar al olvido algún supuesto; y nuevamente estipula un documento público falso, pues ya hemos establecido que este delito recae solamente sobre documentos públicos (ya hemos externado opinión sobre estos términos), quedando excluidos los privados, regulados en otra norma legal (Artículo 323 Código Penal).

Continúa la norma, o alterare uno verdadero, lo que nos sitúa ante lo siguiente, lo comentado en este apartado hasta el momento desconoce la preexistencia del documento a excepción de las copias y este supuesto requiere como requisito indispensable la preexistencia del documento.

En cuanto a la parte final del artículo que comentamos reza, de modo que pueda resultar perjuicio, ya hemos indicado que a nuestro criterio el término preciso sería agravio.

IV.3.2. Psicológicos.

Nuevamente nos encontramos ante, la difícil situación de crear un ejemplo hipotético que nos permita creer en la posibilidad de cometer este delito por culpa (imprudencia, negligencia o impericia). Es por regla general un delito de comisión dolosa, la intencionalidad del agente

resulta obvia, pues no cabría la idea de crear un documento falso con un fin benévolo, aún y cuando se sanciona el hacer un documento público falso sin entrar a considerar si se utilizará por el agente el documento o por otra persona, el afectado a de ser una persona y la propia sociedad; no es punible como nuevo o distinto delito el que el agente infractor haga uso del documento falso.

En el caso específico del notario, sería más que repugnante la idea de que un profesional del derecho, maquinase en su mente la idea de defraudar a otra persona en su beneficio, valiéndose de que el estado a delegado en él la facultad de revestir de presunción de veracidad los actos que autoriza.

IV.4. Efectos.

En cuanto a la punibilidad de este delito, como se apreció, no es sancionada la acción de una manera mixta, pues solo regula la prisión que va de los dos a los seis años.

Para la respectiva aplicación de la pena, es decir, la deducción de responsabilidad penal, ha de seguirse el respectivo proceso penal y que así, una vez establecida la comisión del delito, el juzgador establezca la pena a imponer dentro de los parámetros legales.

En cuanto a la acción civil, para deducir las respectivas responsabilidades civiles en lo que a daños y perjuicios se refiere se debe acudir a la vía del juicio

ordinario, sin olvidar que ambas acciones pueden ser ejercitadas conjuntamente (la penal y la civil). en el caso específico de un notario ser el responsable penal de la comisión del delito, esto acarrearía la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, a lo que tanto para este delito como para el tratado en el capítulo anterior (Falsedad Ideológica), no debieran ser conmutables, pues, nuestro medio nos ha enseñado que muchos empíricos se valen de la firma y sello de otro profesional del derecho para ejercer dicha profesión, lo que no escapa a los profesionales legalmente inhabilitados.

IV.5. Formas de Comisión.

Una vez más, comentamos el texto del Licenciado Monzón Paz, quien nos expone: "El momento consumativo coincide con el acto en que se verifican la formación o la alteración. No tiene importancia el desarrollo posterior de una actividad criminosa (el uso). En efecto se trata de un delito instantáneo, aunque las consecuencias puedan ser permanentes... La prescripción corre desde el momento de la falsificación, aunque el acto haya sido usado posteriormente. La tentativa no es admisible; en efecto, antes de ser cometida la falsedad no hay posibilidad de daño... Se aplican las normas del concurso material, si este delito se comete para realizar o ocultar otro delito... La anti-juridicidad no queda excluida por el consentimiento del agraviado. La imputabilidad es a título de dolo (genérico),

dirigido a dos resultados: falsificar el acto y producir daño o peligro." 41.

Vemos pues que el autor nacional cita claramente lo relativo a las formas de comisión a lo que nos adherimos y agregamos que es un delito típico de acción.

IV.6. Documentos Suceptibles de Falsearse.

Poco se puede agregar a lo ya expuesto en el apartado similar del capítulo anterior, insistiendo en que el delito recaerá sobre documentos públicos y que se realiza por cualquier persona, por lo que consideramos se debe de regular más específicamente los instrumentos notariales que la ley permite faccionar y autorizar al notario y a su vez fijar taxativamente la profesión de Notario y la imposición de una pena más acorde a su profesión que ejerce.

IV.7. Regulación Legal.

Ya hemos anotado que el delito de falsedad material es establecido por el artículo 321 del Código Penal y que el mismo necesita de reformas legislativas para alcanzar el objetivo de hacer más efectivas las normas (Derecho Positivo) y no solo Derecho Vigente.

(41) Idem. Pág.188.

CAPITULO V.

EL EJERCICIO DE
LA FUNCION NOTARIAL.

V.1. Definición de Función Notarial.

Para poder llegar a el tema que en este capítulo tratamos nos remontamos hasta la definición de Derecho Notarial dada por el tratadista Oscar A. Salas que se transcribe a continuación: "El conjunto de doctrinas y de normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público." ⁴².

De la anterior definición, el propio autor la desglosa en tres aspectos, que comprende el contenido de la misma, siendo estos: 1. Organización del Notariado. En este apartado se estudia lo relativo a requisitos para ser notario, la competencia notarial y la responsabilidad profesional del notario. 2. Régimen jurídico de la función notarial. Para este aspecto, Salas expone "Se incluyen aquí las normas que regulan los diversos aspectos o fases de dicha función y los efectos jurídicos que produce su ejercicio, que son de capital importancia para el Derecho Notarial, pues que, mediante ella, cobran vida y se modelan jurídicamente las relaciones humanas." ⁴³. 3. Régimen

(42) Ob. Cit. Pág. 15

(43) Ibidem. Pág. 16.

formal del instrumento público. Comprende lo relativo a el registro del protocolo, las escrituras, actas, testimonios, etc.

Ahora atenderemos la definición de Notario, para lo cual consideramos que la más apropiada es, la que en 1948, durante el Primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, Argentina) fuera aprobada por el mismo y que el Doctor Oscar A. Salas, -- reproduce así: "El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad; conservando los originales de éstos y expedir copias que den fé de su contenido"⁴⁴.

De lo que hemos, anotado, se desprenden dos aspectos: El primero consistente en la función notarial es decir que esta no es más que "... la actividad del Notario llamada tambien el quehacer notarial."⁴⁵. Es aquella complejidad de normas que le indican al notario, que formalidades ha de seguir y como ha de modelar la voluntad de las partes dentro del marco de la ley, siendo que esté ante un contrato nominado o bien ante los contratos innominados.

(44) Ob. Cit. Pág.60.

(45) Muñoz, Neiry Roberto. Ob. Cit. Pág.25.

Otra definición de la función notarial es la enunciada en el texto "Derecho Notarial Guatemalteco.": "El Notario, por ser un concededor del Derecho, en su función notarial viene a ser un asesor legal de las personas que solicitan su intervención, y de esa manera encuadra la voluntad de las partes que le buscan dentro de los lineamientos de ley y por medio del Instrumento Público le da vida jurídica a los actos jurídicos de las partes, a causa de tener fé pública."⁴⁶

De lo expuesto agregamos a nuestro estudio las conclusiones a que el autor José María Sanahuja y Soler llega en su obra, Tratado de Derecho Notarial y que indica: "... La fé notarial, a pesar de su carácter específicamente autenticador, recorre, pues, al igual que las otras funciones públicas todo ciclo de la vida del derecho, desde su normación hasta su ejecución... a) La función notarial es esencialmente autenticación de hechos... La autenticidad evita al juez la operación de comprobación del hecho, para circunscribirse al conocimiento del Derecho... b) La Función notarial se extiende por naturaleza a la legalidad de las relaciones jurídicas... consiste en encajar dentro de la proposición general de la ley el negocio jurídico particular que pasa ante notario,... c) la Función notarial es asimismo función de dirección o configuración de las

(46) "Derecho Notarial Guatemalteco." Primer Curso. Cursos de Derecho, Guatemala, Guatemala Pág. 5.

relaciones jurídicas... motivada por la circunstancia de someterse los negocios jurídicos a la fé notarial en el momento de su nacimiento.... d) Aunque no puede decirse que la función notarial sea ejecutiva, si puede afirmarse... que tiene la virtud de dar a los documentos a ella sometidos mediante las circunstancias prevenidas la calidad de títulos que llevan aparejada ejecución... La fe notarial en los distintos grados de su desenvolvimiento tiene una clara finalidad: se encamina evitar cuestiones litigiosas... La función notarial viene a ser, en este sentido, una función preventiva o de higiene jurídica que persigue la invulnerabilidad de los derechos, es decir, de su desenvolvimiento normal." 47.

Como vemos, las anteriores notas nos llevan a enmarcar la actividad notarial dentro de la fase normal del derecho, es decir, cuando no hay litigio, evita que las relaciones jurídicas entre los particulares se vean sumidas a dirimir sus desigualdades ante el juzgador.

El segundo aspecto de los que hablamos es, el de que el notario no es un funcionario público, así lo contemplan los concededores de la materia y en lo personal me adhiero a dicha posición lo que expondremos a continuación.

Explica el Licenciado Nery Roberto Muñoz, que a su criterio, en cuanto a las teorías que tratan de explicar

(47) Sanahuja y Soler, José María. "Tratado de Derecho Notarial." Tomo I. Editorial Bosch Barcelona, España. Págs. 21, 22 y 23.

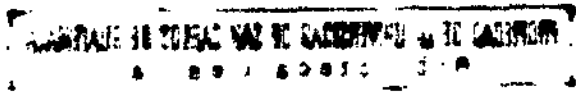
la naturaleza de la función notarial, la Eclectica, es la que más se aplica en Guatemala; "Esta teoría es la que más se adapta al caso de Guatemala, ya que se acepta que el Notario ejerce una función SUI GENERIS, porque es independiente, no está enrolado en la administración pública no devenga sueldo del Estado; pero por la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza, tiene un respaldo del Estado por la fe pública que ostenta; pero no representa al Estado. Actúa por sí mismo y su función la presta a los particulares quienes pagan sus honorarios."⁴⁸ Con lo antes expuesto se asentía el criterio, de que el notario no es un funcionario público ni por el hecho de ser nombrado por el Estado "Pero, aún cuando sea nombrado por el Estado, el nombramiento no lo transformaría en funcionario público puesto que el Estado no lo designa su representante, sino que lo hace en virtud de una reglamentación de la profesión. Únicamente puede ser considerado representante de una persona física o ideal quien está autorizado para comprometerla jurídicamente, lo que no ocurre en el caso del notario, que no puede obligar jurídicamente al Estado. Tampoco es, el notario, un funcionario de gestión puesto que obra dentro de la esfera de las relaciones jurídicas privadas, de la vida íntima de los particulares, en la que no puede intervenir

(48) Ob. Cit. Pág. 28.

el Estado porque "es impropio del régimen de lo público ilustrarla y dirigirla".⁴⁹; vemos pues, que la función notarial del Notario Latino (como el guatemalteco) es impropia de adecuar a la esfera del Derecho Público. Finalmente haré una enunciación a las características estipuladas por el Doctor Eduardo Bautista Pondé quien en su talentosa obra "Tríptico Notarial"⁵⁰, demuestra sobradamente la autonomía del Notario y el Estado. Estima el Doctor Bautista Pondé que el Acceso al cargo en la administración pública es por elección o por nombramiento, que el nombramiento es requisito sine quanon para que este pueda de manera permanente y, en casos representando la voluntad del Estado - con facultades decisorias; la relevación es correlativa a la facultad de hacer nombramientos (el notario es inamovible en su función); el traslado por el que el funcionario presta sus servicios en el lugar y en la repartición pública para que fué nombrado; la reincorporación por la que el funcionario vuelve a la administración aún cuando ha renunciado; la retribución que es el sueldo que devenga un funcionario, en igual medida los viáticos, gastos de representación, sobresueldos, aguinaldos y previsión social, son prestaciones que el Estado paga a sus servidores; la carrera administrativa, la serie de ascensos en el escalafón que goza el funcionario, de ello deviene la jerarquía,

(49) Salas, Oscar A. Ob. Cit. Pág. 98.

(50) Bautista Pondé, Eduardo. "Tríptico Notarial". Ediciones de Palma. Buenos Aires, Argentina.



mando, control, obediencia, respeto y disciplina; la responsabilidad es un aspecto similar al del notario; los recursos hacen que las disposiciones del funcionario sean impugnables, mientras la delegación y avocación son funciones propias de la administración pública; la edad podría asemejarse al requisito de ser mayor de edad para ser notario. Por su parte una PROFESION LIBERAL, de capacitación, goza de los conocimientos necesarios, al mismo se le busca y no busca (función rogada), goza de independencia laboral, pertenece a un Colegio Profesional, y es libremente elegido por sus clientes. Finalmente el NOTARIO, "Podría decirse que tiene todos los atributos de la profesión liberal, con otros más que le son exclusivos, y de tan fuerte tonalidad que provocó la tentación de aislarlo de los profesionales liberales para incrustarlos entre los funcionarios públicos."⁵¹; a lo que agrega que al notario se le discierne el cargo en forma académica, y no es susceptible de relevación, no recibe un sueldo "Notarialmente, pues el pago de honorarios, y no de sueldo, tiene una fuerza y un vigor genéticos que remonta a las formas principistas de la función."⁵²; NO EXISTE LA CARRERA NOTARIAL, la responsabilidad sí, "No hay mucho que decir con relación a la responsabilidad personal del funcionario público, porque ella evidentemente es poca. Donde no responde el Estado no res-

(51) Ibidem, Pág. 327.

(52) Idem. Pág. 334.

ponde nadie... en cambio, la responsabilidad del notario tiene profundidad y gama... (ya se trato este tema en capitulo anterior)."⁵³.

En esta oportunidad, nos adentramos con cierta profundidad con el afimo de concluir en que EL NOTARIO NO ES FUNCIONARIO PUBLICO, y que ello ha sido exhaustivamente discutido en la doctrina y en otras legislaciones, posición de la que estoy plenamente convencido y ante lo que es-timo es necesario clarificar nuestra legislación (artículo I. Numeral 2do. Disposiciones Generales. Código Penal) incorporando a los delitos funcionales (tema ya expuesto) la figura del notario.

V.2. Clases de Función Notarial.

Generalmente los autores de Notariado, al hablar de la función Notarial enuncian las siguientes: "Función Receptiva, Función Directiva o Asesora, Función Legitimadora, Función Modeladora, Función Preventiva, Función Autenticadora." Hemos tomado dicha enumeración pues es la más utilizada en nuestro medio.

V.2.1. Receptiva.

Este quehacer notarial, se produce cuando el Notario recibe de los interesados la información sobre el acto

(53) Idem. Pág. 337.

a celebrar; es además, una función íntimamente ligada al principio notarial de rogación, por el que el notario actúa solamente a petición de parte.

V.2.2. Directiva o Asesora.

El Notario, gracias a sus conocimientos jurídicos da a las partes la asesoría adecuada sobre el negocio jurídico a celebrar; de igual forma está ligado a el principio de intermediación (siempre está presente el notario) y a la vez el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes.

V.2.3. Legitimadora.

Por mandato legal el Notario guatemalteco debe cerciorarse que las partes se identifican de conformidad con al ley (cédula, pasaporte o bien del conocimiento del notario), y además de verificar que las partes sean los titulares del derecho objeto del negocio. Se relaciona con el principio de legalidad (artículo 29 Código de Notariado), así como con el de seguridad jurídica en beneficio de las partes y de terceros.

V.2.4. Modeladora.

Se resume como el dar la forma legal necesaria al negocio jurídico sujeto a su competencia. Es íntima su relación con el principio de forma y el de unidad del acto.

V.2.5. Preventiva.

Al sujetarse las partes a los lineamientos sugeridos por el notario, se evita que hayan controversias futuras que deban dirimirse ante juez competente. Su relación es con el principio de imparcialidad y con el de permanencia e inamovilidad pues el notario conserva los originales para en un futuro extender copias y demostrar la autenticidad de los hechos que el instrumento contenga.

V.2.6. Autenticadora.

Ya apuntabamos, que el notario conserva los originales, ello aunado a que con la firma (el Código de Notariado no exige el sello) le da la solvencia requerida al negocio jurídico que a través del instrumento respectivo autoriza. A través del principio de autoría el Notario es el creador del instrumento público, y gracias al consentimiento de las partes se suscribe el mismo, obviamente por la autenticación que hace el notario hace plena prueba (artículo 186 Código Procesal Civil y Mercantil) y finalmente el notario al autorizar el acto reviste de una presunción de veracidad el negocio jurídico gracias al principio de fe pública.

Finalmente, el tratadista Carral y Teresa⁵⁴, estima

(54) Ob. Cit. Pág. 99

que la función notarial persigue tres finalidades: Seguridad pues da certeza y firmeza a los actos que autoriza, Valor pues es capaz de producir efectos jurídicos y la finalidad de Permanencia pues el documento notarial se proyecta al futuro.

El fin que se persigue con el presente apartado es, establecer la primordial importancia que reviste la actividad notarial y la necesidad de que se enmarque de una manera más precisa en las normas penales guatemaltecas, obteniendo así un beneficio para la sociedad guatemalteca y para la honrosa profesión del Notariado.

V.3. Congruencia entre la declaración de voluntad de los particulares y el faccionamiento del instrumento público por parte del notario.

Dentro del proceso civil priva por excelencia, el principio de congruencia de la sentencia con la demanda, por el que el juzgador debe dictar un fallo acorde a lo pedido (pretensiones) en la demanda y de ninguna manera resolver menos (minus petita) o más (extra petita) de lo pedido, ello regulado en nuestra ley (Artículo 26 del Código Procesal Civil y Mercantil) que a su vez prohíbe resolver de oficio, lo que explica la no oficiosidad del proceso civil.

Así como lo expuesto anteriormente, en el Derecho Notarial, el Notario goza de la confianza de las partes en su idoneidad para la autorización del acto, y si bien

es cierto este debe ajustar las pretensiones de las partes a la forma legal, no debe cambiar la esencia del negocio jurídico, mucho menos inclinar a las partes a celebrar un acto perjudicial a ellas mismas, sino por el contrario siempre respetar la intencionalidad de los interesados y advertir de cualquier deficiencia del acto mismo. Recordemos lo que dice Oscar A. Salas "En determinados casos, la ley impone la forma notarial para la validez del acto... Pero lo que no hace la ley es imponer la intervención notarial si los interesados no desean usar los servicios de notario alguno..."⁵⁵.

Debe existir una relación de causa y efecto, es decir a determinada situación jurídica debe existir una forma legal que darle, el Notario debe darle dicha forma legal, sin descuidar la causa del contrato pues aún y cuando las partes deben dar su consentimiento y oír la lectura íntegra del instrumento, pudiera ser que las personas no sean bien dirigidas y asesoradas por el Notario, de manera que, pudiera devenir en la inconformidad por los otorgantes del instrumento y lo peor aún la nulidad del mismo.

V.4. Violación del Principio de Congruencia por parte del Notario.

En el apartado anterior (numeral V.3. de este capi-

(55) Ob. Cit. Pág. 110

tulo), he expuesto lo que considero debe ser el principio de congruencia entre lo expresado por los otorgantes y lo faccionado por el notario; siendo así, encontramos que cuando el Notario viola el principio de congruencia expresando en el instrumento público estipulaciones distintas a las requeridas por los otorgantes, comete una acción punible (Delito de Falsedad Ideológica) y falta a la honrosa - profesión del notariado.

La Licenciada Lilian Yaneth Salguero Aguirre en su trabajo de tesis de grado⁵⁶, en un capítulo de la misma, se refiere al estudio de las violaciones al principio de Seguridad Jurídica, indicando (parrafaseando) que se viola la función receptora notarial cuando no es el notario quien recibe la información de las partes; se viola la función directiva y asesora cuando el notario no cuenta con las calidades académicas y morales suficientes para el ejercicio notarial, siendo lo primero obligación y responsabilidad de las distintas Universidades del país, y la segunda de los principios que orientan al Notario como persona (recordemos que la moral no es de observancia obligatoria), hay infracción a la función preventiva cuando por insuficiencia de conocimientos se le escapa intencional o sin intención preveer probables problemas futuros; la función legitimadora se desatiende cuando el notario sabiendo con

(56) Salguero Aguirre, Lilian Yaneth. "La Violación del Principio de Seguridad Jurídica en Guatemala." Ediciones Mayte. Guatemala, Guatemala. Tesis de Grado.

anterioridad al acto que la persona no es quien dice le permite comparecer y otorgar el instrumento; la función modeladora es la más acorde al tema en mención, pues el notario puede guiar por otra forma legal (otro contrato) a las partes provocando hasta una simulación (prohibida en nuestro medio) y finalmente la función más vulnerada en nuestra sociedad es la autenticadora pues se acostumbra que el notario de fé de actos o hechos que no le constan y tan solo por beneficio a alguna persona lo hace o lo que es más grave en beneficio de él mismo.

Recordando lo anotado por el licenciado Nery Roberto Muñoz, en su obra "El Instrumento Público y el Documento Notarial"⁵⁷; que en nuestro medio los notarios autorizan actas a requerimiento del mismo notario autorizante y bien acceden a faccionar un acta sobre hechos irrelevantes jurídicamente hablando y además que "... uno de los problemas más serios en Guatemala, el de los zurupetos, estas personas, que sin tener la calidad profesional de Notario, están ejerciendo el notariado, porque han encontrado quien les preste o les venda una firma o el uso de un protocolo..."⁵⁸.

No estamos de acuerdo con estas prácticas inconscientes y desvergonzadas que maliciosamente se han ido incrementando, por lo que esperamos algún día el legislador estipule normas más efectivas y haga a través de las insti-

(57) Muñoz, Nery Roberto. "el Instrumento Público y el Documento Notarial". Ediciones Mayte. Guatemala, Guatemala.

(58) Ob. Cit. Pág. 183.

tuciones pertinentes (Ministerio Público) una estricta vigilancia de la aplicación de las leyes del país y en especial se procese a los infractores del delito de Usurpación de Calidad (artículo 336 del Código Penal).

CAPITULO VI.

DE LA PARTICIPACION
DEL NOTARIO EN LOS DELITOS
DE FALSEDAD IDEOLOGICA Y FALSEDAD MATERIAL.

VI.1. Antecedentes.

Lamentablemente para el gremio del Notariado guatemalteco (agrupados en el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala) nuestra Historia Jurídica Penal, nos indica que han sucedido incriminaciones contra Notarios, por la comisión de los delitos de falsedad (Material e Ideológica) y lo más lamentable es el hecho que los procesos penales iniciados, en su contra en su mayoría no han llegado a dilucidarse (dictar sentencia); por razones desconocidas (incomprensibles), lo que ha permitido el amparo de los notarios, que seguramente algunos sí tenían alguna participación, pues el recriminarle a un Notario la comisión de un delito, debe ser por serias razones, y bien fundamentadas.

En lo relativo a materia civil, han sido un tanto más productivos los procesos encaminados a declarar la nulidad de fondo o de forma de los negocios jurídicos; aunque resulta obvio que al declarar la falsedad del instrumento o documento (según sea el caso), devenga la nulidad de los efectos jurídicos anteriores del mismo.

Quizá el problema podría encontrar cimientos, en

el hecho que nuestra cultura academica a nivel universitario, otorga al estudiante de derecho al culminar satisfactoriamente sus estudios, los títulos de Abogado y Notario y el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales; calidades reunidas en una sola persona y que dificulta la posición del juzgador (un abogado) ante un Notario infractor pues a la larga ambos son colegas y del mismo gremio y la solidaridad que si bien es cierto es necesaria bien podría ser obstáculo de la aplicación de justicia. Una posible solución de ser este el fundamento del mismo, sería la tan discutida separación de carreras académicas lo que en lo personal veo con buenos ojos.

VI.2. Formas de Comisión.

Tanto en el capítulo relativo al delito de Falsedad Ideológica como en el capítulo relativo al estudio del delito de Falsedad Material se estudió las formas de comisión de estos delitos, por lo que ahora conjuntaremos ambos apartados.

Recordamos que en ambos delitos se resaltó que difícilmente se podrían cometer dichos delitos en forma culposa (negligencia, impericia e imprudencia), por lo que son delitos eminentemente dolosos, en los que priva la intencionalidad del agente en agraviar a su víctima aceptabamos la forma de la preterintencionalidad porque bien pudiera darse el caso que el notario infractor pretendiera un determinado agravio y resultara en el traslado

de la causa al efecto (relación de causalidad), resultando uno mayor o de mayor seriedad. Apuntamos también que cuando el delito no se viera consumado por causas ajenas al agente, estaríamos ante una tentativa (que sería imposible si el sujeto infractor utilizara medios inidoneos para la comisión del mismo; y la forma del desistimiento cuando el agente se desinteresa en la comisión de el delito una vez iniciados los actos necesarios para la ejecución delictiva, siendo el caso de delito consumado cuando el notario infractor agota plenamente los elementos del delito y recae sobre él la plenitud de la sanción.

La acción es también inherente a la comisión de estos delitos aunque en la responsabilidad penal del delito de Falsedad Ideológica podría verse algún caso de omisión delictiva.

Hemos establecido que no es necesario el uso del documento falso para su sanción y que cuando el delito no se consuma solo sería sancionable los actos delictivos previos si causan agravio. En el medio guatemalteco, el notario facciona y autoriza una innumerable serie de instrumentos públicos en los que podría delinquir por razones de diversa índole, pudiendo ser estos, económicos (consideramos en mayor proporción), sociales, religiosos y hasta políticos; pues recuerdese que la constitución de un partido político debe documentarse por medio de escritura pública (artículo 52 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos), y el caso típico de los testamentos en que

si bien es cierto el artículo 926 del Código Civil declara incapaces para suceder por testamento a el notario que autoriza, bien podría un notario delincuente obviar la norma civil, sabido que infringe una penal.

De esta manera bien podríamos citar innumerables casos hipotéticos de comisión de los delitos en estudio, pero no es esa nuestra intención, por el contrario pretendemos clarificar las normas en pro de una mejor aplicación.

VI.3. Medios que se emplean.

La escases de acciones encaminadas a deducir responsabilidades penales a notarios que han delinquido y lo poco exitoso que estas han sido, nos hacen reflexionar sobre la delicada delegación de fé pública, en un notario. Triste sería el caso que un particular maquinara en su mente la idea de graduarse de notario para despues hacer mal uso de dicha facultad.

El Notario se puede valer de muchos medios para la comisión de estos delitos, en el caso de la figura delictiva de la Falsedad Material se requeriría de auxiliares para la comisión del mismo, por ejemplo el típico caso de la incorrecta utilización de borradores en los instrumentos públicos, o de los correctores que permiten desvanecer lo antes escrito, y lo más reciente el uso de la cinta conocida como de polietileno que permite que la misma máquina de escribir (electrónica) cambie las palabras por otras. Todo ello obliga a la ciencia del Derecho en pensar los

mecanismos para evitar el uso de dichos instrumentos.

Sin embargo, el caso que podría darse sería cuando el notario incurre en el uso de un papel sellado especial para protocolos, no auténtico, ya sea por haberlo conseguido o bien lo peor haberlo creado que motivaría la necesidad de aplicar una sanción permanente al notario de igual forma se ha sabido por los medios de comunicación del uso de timbres fiscales falsificados, en los testimonios que extienden los notarios. La tenencia de instrumentos de falsificación por parte del notario lo harían incurrir en otro delito de los contemplados por la ley (Artículo 333. Código Penal).

Pero el caso más deplorable se encuentra en el inadecuado uso de la fe pública notarial, pues se hacen constar hechos distintos a como sucedieron, o talvez se incrusten o deje de hacer, estipulaciones distintas de la voluntad de las partes contratantes; provocando un serio agravio a los interesados y hasta a terceros del negocio jurídico en mención. Por dicha razón debe existir un mejor acatamiento de las normas notariales por ejemplo la inspección de Protocolos (Titulo XII. Artículo 84. Código de Notariado); y la consiguiente necesidad de una sanción drástica para los notarios infractores.

VI. Efectos:

Anteriormente ya nos referíamos a que toda causa tiene un efecto, y en cuanto a la participación del notario

en los delitos de falsedad ideológica y material conlleva serios efectos de distinta índole.

Visto desde este punto de vista encontramos que se producirían efectos sobre el mismo acto y el mundo exterior y que los clasificamos así:

VI.4.1. Materiales.

En su oportunidad, resaltamos los efectos que se producen de la comisión de alguno de los delitos que nos incumben (Falsedad Material e Ideológica), de lo que debemos detenernos en que hay dos efectos como anotamos antes, los materiales y los de los propios contratantes. Los materiales en la falsedad material son fáciles de enunciar pues jurídicamente el negocio jurídico que contiene el instrumento público no surtirá efectos, no siendo susceptible además, de la duda de la prescripción pues no podría darsele un reconocimiento jurídico a un acto contra derecho por el simple transcurso del tiempo, lo que nos lleva a pensar en la caducidad del derecho de los contratantes para reclamar pero de igual forma estamos ante el transcurso del tiempo que no puede ser el elemento fundamentador de dar vida a algo que no nació a la vida jurídica.

Solo podría caber la caducidad en cuanto a la acción penal que persigue deducir responsabilidad criminal al notario infractor por la ilegitimidad de su acción; pues así lo prescribe el Código Penal (Decreto número 17-73 del Congreso de la República), tanto para la responsabi-

lidad (Artículo 101) como para la pena (Artículo 102).

Concluimos pues en que, la materialidad del acto es la afectada directamente con la comisión de falsedad material, pero en lo relativo a la falsedad ideológica sería necesario recurrir al orden civil para la posterior determinación de la nulidad de actos posteriores al declarado falso.

VI.4.2. Entre los contratantes.

Siguiendo el correlativo orden del tema, tenemos que para los contratantes resultaría un negocio jurídico sin documentación del mismo. Ante ello cuestionamos ¿Podría un negocio jurídico subsistir aún y cuando a sido falsamente documentado?

Consideramos que no podríamos confundir lo civil y lo penal, pues al declarar un acto documental falso persigue imputar responsabilidad criminal al que resulte responsable, pero los contratantes bien podrían en fe de equidad, documentar nuevamente su negocio jurídico revalidando los efectos que el mismo produjo y que no se vieron atacados por la falsedad recaída en el mismo; pues el Código Civil (Decreto-Ley número 106), estipula que: "Artículo 1301. Hay nulidad absoluta, en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto

ni son revalidables por confirmación."(El resaltado es nuestro).

Estamos frente, a un negocio jurídico donde alguna de las partes o bien ambas partes se concursaron a viciar el mismo, lo que en materia penal acarrearía deducir responsabilidad contra el mismo por razón de su participación en la comisión del delito (ver artículos 35,36,37,40,62,63, 64,474,475,476 del Código Penal).

VI.4.3. Frente a terceros.

Si el acto resultare ser declarado falso, ya sea por su materialidad o bien por su contenido, no podría afectar a los contratantes, ni tampoco afectar los terceros de buena fé; aún en caso de la revalidación, pues la ley lo permite pero de la siguiente manera: "Artículo 1304.- Los negocios que adolecen de nulidad relativa pueden revalidarse confirmándolos expresamente o dando cumplimiento a la obligación, a sabiendas del vicio que los hace anulables."; "Artículo 1307.-La confirmación surte efectos desde la fecha de la celebración del negocio que se confirma, pero no perjudicará derechos de terceros de buena fé." (lo resaltado es nuestro); ambos artículos del Código Civil.

Ahora bien, los terceros que pudieran verse afectados por la falsedad cometida sea esta intelectual o bien material, puede iniciar la acción civil de nulidad según lo estipulado por el artículo 1302 del Código Civil: "... La nulidad puede ser declarada de oficio por el juez cuando

resulte manifiesta. Puede tambien ser alegada ⁻⁷²⁻ por los que tengan interés o por el Ministerio Público."; así tambien puede iniciar la acción penal de conformidad con el artículo 331 "... Quien presencie la perpetración de un hecho delictuoso o en cualquier otra forma tuviese conocimiento de él, está obligado a prestara auxilio en la mejor forma posible y a ponerlo inmediatamente, en conocimiento del juez..." y el artículo 344 "... Si se tratara de delito perseguible por acción pública, cualquier persona capaz puede querellarse, haya sido o no ofendida por el propio delito..." ambos normas del Código Procesal Penal.

VI.4.4. Psicológicos.

Indudablemente, todos los efectos negativos o contra derecho que produce o son consecuencia de un acto declarado judicialmente falso son reprochables y a su vez producen un agravio a las partes y a los interesados, sin embargo nos preguntamos nuevamente ¿Que va a pensar la sociedad de ellos?... ¿Como afectará a la noble profesión del Notariado?

Si dijéramos que una falsedad produce efectos inmediatos y mediatos, situaríamos a los ya apuntados (materiales, entre los contratantes y contra terceros) como inmediatos pues todos se verían involucrados en el momento adjetivo de los respectivos procesos; sin embargo a un mediano plazo o largo plazo o simplemente mediato plazo la sociedad perdería confianza en ellos (los notarios), lo que conlleva-

ría el rechazo a tan digna profesión (Notariado) y haría retroceder el propio desarrollo de la historia que hizo que el Estado delegara fe pública en profesionales con el fin de evitar lo que ahora sucede (según el tema de investigación) por lo que se exige su sanción.

Quizá el punto más importante, sea el futuro como tomaría un estudiante de notariado la noticia de saber que hay notarios criminales y que reacción producirá en los mismos, la más seria sin lugar a dudas sería el desinterés en la profesión, y yendo más atrás encontramos al joven adolescente que en su lucha por alcanzar una superación académica veía con indiferencia la posibilidad de ser notario. Es por ello y más que debemos trabajar en sancionar a los notarios infractores, proteger a los contratantes y terceros, y ver hacia el futuro notario.

VI.5 La Alteración de la verdad documental.

Si el notario altera la verdad que debe documentar en el instrumento, estaría delinquiendo en fraude de los requirentes o interesados en el mismo. Considero importante resaltar en este momento lo enunciado por José María Sanahuja y Soler: "Este delito (el autor se refiere al de falsedad), de una gravedad extraordinaria siempre lo es mucho mayor si es cometido por notario. Depositario éste de la fe pública y de la confianza de los particulares, si se incurre en tal delito no sólo perjudica al Estado

porque hizo mal uso de la función que le confiara y daña a los particulares porque maliciosamente altera sus pactos, sino que infiere un profundo quebranto a la sociedad entera, porque su acción criminosa infunde la alarma y despierta la intranquilidad en aquellos para cuyo beneficio y provecho se instituyó el ministerio notarial. Por eso es el de falsedad un delito público perseguible de oficio..."⁵⁹

Vemos pues, que el notario hace constar la verdad en un documento haciendose constar lo que es la verdad documental lo que en realidad debe contener el instrumento público; siendo así la alteración de la verdad documental resulta de mutuar la verdad o bien de crear una distinta.

VI.6. El irrespeto a las declaraciones de voluntad.

Es deber del notario respetar la voluntad de quien lo requiere y siendo así traemos a colación lo dicho por José Savransky que en su obra Moral y Economía Notarial expresa: "11. Cumplamos los imperativos de nuestro deber. Es sólo acordando ideas y sentimientos que los escribamos, más que ejercitando un derecho, cumpliendo los imperativos de nuestro deber, daremos a nuestra voz la resonancia sin la cual no sería oída ni alcanzaría la plena sensación de lo que representamos como sujetos de orden social..."⁶⁰

Continuamos dentro de la idea de que la profesión

(59) Ob. Cit. Pág. 354.

(60) Savransky, José. "Moral y Economía Notarial." Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. Pág. 30.

del notariado solo por medio de los notarios podrá alcanzar el respeto de lo documentado en un instrumento público.

El notario a de cumplir con el principio de dar forma a la voluntad de las partes, de guiar por el camino más idóneo sin cambiar la esencia del mismo.

VI.7. El abuso del ejercicio de la Fe Pública Notarial.

Anteriormente, hacíamos referencia a que muy lamentablemente resulta ser y así se señala que en Guatemala se abusa del uso de las actas notariales y obviamente de ello deviene la pérdida de credibilidad de las mismas. En los delitos de falsedad (material e ideológica) como en los delitos que también puede cometer el notario en el uso de las facultades que la ley otorga y todo debido a que se da un inadecuado uso a la investidura jurídica que da el Estado al notario para revestir de una presunción de veracidad los actos o hechos que hace constar y que autoriza por los medios de ley.

Es por ello que en los delitos ya apuntados lo que se protege es la buena fe de quien requiere los servicios notariales. Es por ello que acertadamente Giacomo Delitala, citado por Enrique Casas Barquero expresa: "... la falsedad no se castiga porque ofenda un interés jurídico autónomo y determinado del Estado y de los particulares, sino porque constituye un medio delictivo de especial gravedad, mediante el cual se pueden lesionar diversos objetos jurídi--

cos, como el patrimonio, el honor..."⁶¹.

El mismo autor cita a Von Liszt de la manera siguiente: "... considera a las falsedades como un medio de otro delito o mal, acoge la idea de que se trata de delitos instrumentales, delitos medio para la consecución de un fin ulterior."⁶².

Y finalmente, lo dicho por Giovanni Carmignani en el sentido de que "... las falsedades no quedan definidas solamente como ofensas a la fé pública en general, sino en la medida en que la alteración es ejecutada sobre singulares cosas u objetos, cuya seguridad, importante para toda la sociedad, está garantizada con formas y reglas destinadas a satisfacer la confianza pública."⁶³.

No nos queda más que agregar que el bien jurídico tutelado es en primer término, la fe pública (tal como lo estima el Código Penal) pero que el agravio causado puede alcanzar la comisión de otros delitos, por lo que el abuso en el ejercicio de la fe pública notarial no es más que una serie de efectos nocivos para la sociedad, en este caso la guatemalteca; haciendose sentir dichos efectos en la necesidad de una mejor regulación legal, de una legislación más acorde a nuestra realidad nacional y así poder evitar el abuso en el ejercicio de la fe pública notarial.

(61) Ob. Cit. Pág. 38.

(62) Ibidem. Pág. 40.

(63) Idem. Pág. 42.

Concluimos el presente apartado que otro bien jurídico tutelado en los delitos de falsedad, es el de la prueba, recuerdese que los instrumentos públicos gozan y hacen plena prueba dentro de un proceso pues hechos en ellos consignados no son objeto de comprobación en razón del sujeto que autoriza los mismos, siendo de esta forma la prueba otro objeto de tutela jurídica, porque que lamentable sería que un particular demostrará que le asiste determinado derecho con un documento que le ha amparado y que sin embargo es falso.

VI.8. Formas de Participación.

En capítulos anteriores al presente, exponíamos que el Notario como tal, puede incurrir en una serie de delitos entre los cuales nos interesa destacar para el presente trabajo de investigación, los de falsedad ideológica y de falsedad material; y para determinar las formas de participación posibles de dicho profesional traeremos a colación lo dicho por Bernardo Pérez Fernández del Castillo "... El otorgamiento de una escritura o un acta notarial por un notario, que siendo infiel a su vocación de fedatario y por lo tanto, de heraldo de la verdad, lo altera o falsifica en alguna de sus partes, incurre en el delito de falsificación de o en documento público. El documento público, sin ser expedición exclusiva del notario, es la obra en que se plasma la actividad notarial; la fe

pública no es verbal, sino siempre documental." 64.

Nos interesa destacar dos aspectos de la anterior cita, el primero (el segundo a tratar más adelante) relativo a la vocación del notario de dar fé de los actos y hechos que presencie, siendo así el Estado que ejerce a su vez la soberanía que el pueblo delega en el, faculta al notario a ser quien ampare las relaciones contractuales sujetas a su competencia, y este (notario) bien puede participar de la comisión de alguno de los delitos en estudio en forma directa o indirecta.

VI.8.1. Directa.

Siendo el notario el responsable de la autoría del documento notarial, y al concebir en su mente la idea delictiva la misma la llevaría a cabo valiéndose de su autoría; lo que nos tendría en otras palabras que el notario al faccionar el instrumento en forma directa mutua la verdad documental tipificándose el delito de falsedad ideológica.

Resaltamos el aspecto de que el notario falsea la verdad a el dicha en forma directa, a lo que citamos a el connotado autor Enrique Gimenez-Arnau que nos explica lo siguiente: "La discrepancia con la verdad es falsedad, entendida esta última expresión en su más amplio sentido,

(64) Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. "Derecho Notarial." Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición. Distrito Federal, Mexico. Pág. 371.

comprehensiva no sólo de lo que Carrara llama falsedad material, sino también de la falsedad intelectual y de la falsedad ideológica, que son aquellas inexactitudes en las que no existe falsificación documental; en las que, queriendo decir la verdad, no se ha acertado con la redacción adecuada, o en que, siendo ciertas las condiciones o declaraciones intrínsecas del documento, no son ciertas (conscientemente o inconscientemente) las ideas o hechos que sirven de base y que las partes afirman como verdaderas. Juzgando con acierto el supuesto del documento ideológicamente falso, dice Lessona que *es verdadero, pero no verídico*." ⁶⁵.

VI.8.2. Indirecta.

El segundo aspecto a destacar de lo transcrito del autor Fernández del Castillo es que la fé pública no es verbal, sino siempre documental, por lo que el notario al ser infiel a la verdad debe constar en un documento que para el caso, es falso, ya sea por que el lo creó falso que nos llevaría de regreso a la participación directa o bien que utilizó a sabiendas de su falsedad y con esa intencionalidad pues si el no fuera responsable de la falsificación y desconociendo el hecho hiciera uso del mismo bajo la creencia de la normalidad del mismo estaría fuera del campo penal pues ya vimos que el delito se comete

(65) Ob. Cit. Numeral 194.

por el simple hecho de crear el documento falso sin necesidad de ulterior uso de este.

En este apartado, hemos acotado que como sujeto infractor el notario tendría una participación directa o bien indirecta.

VI.9. Defectos de la Regulación Legal.

Tres son los textos legales, de la legislación guatemalteca que nos interesan para destacar la necesidad de las reformas legislativas correspondientes siendo estos sustantivos y adjetivos (Código de Notariado, Código Penal -dentro de los primeros- y el Código Procesal Penal -dentro de los segundos).

VI.9.1. Sustantiva.

Dentro del ámbito sustantivo guatemalteco, nos encontramos con el Código de Notariado con una vigencia que nos remonta a uno de enero de mil novecientos cuarenta y siete, dentro del período presidencial de Don Juan José Arévalo Bermejo, texto legal que a la presente fecha ha sufrido reformas y que considero exige su abrogación por uno más acorde a nuestros días pues presenta en la actualidad una serie de supuestos incompatibles con la sociedad y carece de otros necesarios, prueba de dicha afirmación resulta ser que en su artículo tercero señala quienes tienen impedimento para ejercer el notariado citando a los civilmente incapaces y a los ebrios habituales que

según el artículo noveno del Código Civil ambos son incapaces, existiendo una duplicidad innecesaria. Pero nos interesa resaltar, el numeral cuarto del citado artículo que reza: "... 4. Los que hubieren sido condenados por alguno de los delitos siguientes: falsedad, robo, hurto, estafa, quiebra o insolvencia de documentos, y en los casos de prevaricato y malversación que señalan los artículos 240, 241, 242, 243, 244 y 288 del Código Penal." Como podemos ver, se refiere la norma citada, a normas de un Código Penal ya abrogado y por lo tanto contiene por ejemplo el delito de falsedad inexistente bajo ese apígrafe hoy en día, lo que vendría a ser más acertado denominar como "... los contenidos bajo la denominación de la falsificación de documentos...", siendo así más actual.

A su vez, el artículo cuarto del Código citado estipula en su numeral primero: "... Los que tengan auto de prisión motivado por alguno de los delitos a que se refiere el inciso 4o. del artículo anterior...", que hoy en día se conoce como auto de prisión provisional y que consideramos debiera ser más amplio al referirse a "... quienes estén sujetos a proceso penal...", debiendo además entregar el protocolo a su cargo al Director del Archivo General de Protocolos hasta el fenecimiento del proceso o cuando el notario quede separado del proceso penal en virtud de no existir motivos racionales para su sujeción al mismo.

Otro cuerpo legal sustantivo que durante la dilación del presente trabajo de tesis hemos insistido en su

reforma es, el Código Penal, sobre el cual tenemos conocimiento por los medios de información que se pretende abrogar sustituyendolo por uno más actualizado, pero es un proyecto al que no se tiene acceso, y que no se sabe con certeza la real posibilidad de su cambio.

VI.9.2. Adjetiva.

En esta rama del Derecho, nos referimos concretamente al Código Procesal Penal contenido en el decreto número 53-73 del Congreso de la República y del que actualmente se discute uno nuevo que haría variar notoriamente el hasta hoy vigente, haciendo un cambio de un sistema mixto a uno acusatorio para lograr una pronta administración de justicia penal.

El mismo problema, se plantea en cuanto al proyecto en mención no hay acceso al mismo, con el agregado que circulan volúmenes de proyectos distintos al que en realidad se discute en el Organismo Legislativo.

Considero que la reforma sustancial se encuentra en lo sustantivo penal y los delitos de falsedad y que el Código Procesal Penal actual deviese de contener medidas obligatorias para el fiel cumplimiento de las otras reformas referidas.

El artículo 315 del cuerpo legal citado contiene las disposiciones del auto de instrucción y de apertura de la cuerda pública y en el mismo no encontramos ninguna medida contra los notarios infractores, por su parte el