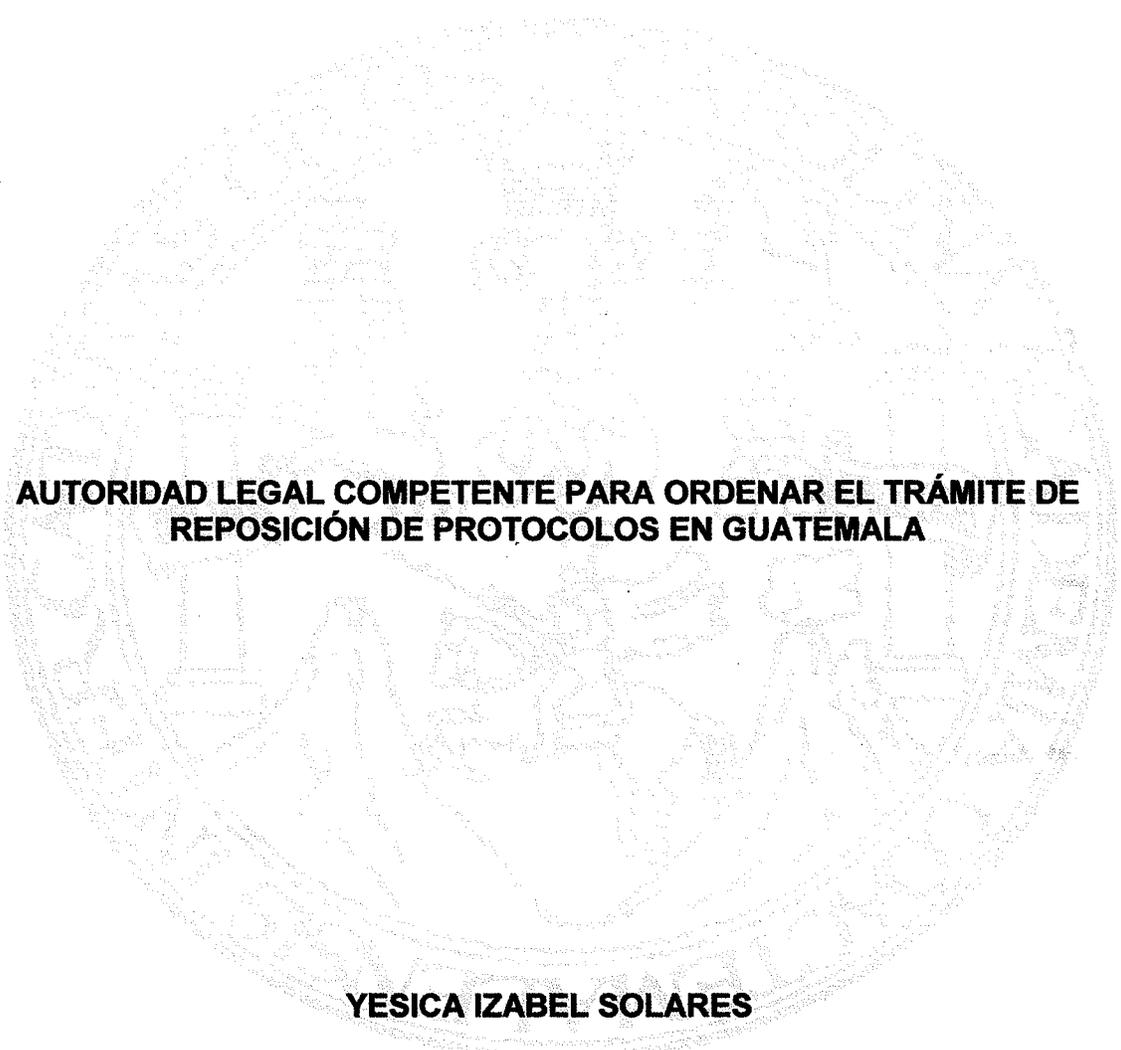


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**AUTORIDAD LEGAL COMPETENTE PARA ORDENAR EL TRÁMITE DE
REPOSICIÓN DE PROTOCOLOS EN GUATEMALA**

YESICA IZABEL SOLARES

abril

GUATEMALA, MARZO DE 2021

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

**AUTORIDAD LEGAL COMPETENTE PARA ORDENAR EL TRÁMITE DE
REPOSICIÓN DE PROTOCOLOS EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

YESICA IZABEL SOLARES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

abn/

Guatemala, marzo de 2021

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

DECANA: Lic. Astrid Jeanette Lemus Rodríguez
Vocal I en Sustitución del Decano

VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevéz Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Alberto Patzán Marroquín

Vocal: Lic. Miguel Estuardo Pascual Bonachea

Secretaria: Licda. Aida Leonor Paz de González

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Héctor Anibal de León Velasco

Vocal: Lic. Pablo Alejandro Ochoa Cifuentes

Secretaria: Licda. Ileana Nohemí Villatoro Fernández

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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, once de marzo de dos mil veintiuno.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante YESICA IZABEL SOLARES, titulado AUTORIDAD LEGAL COMPETENTE PARA ORDENAR EL TRÁMITE DE REPOSICIÓN DE PROTOCOLOS EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

AJLR/JP

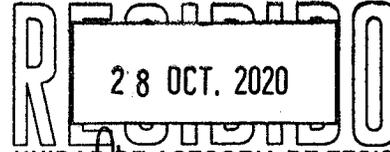




Guatemala 28 de octubre del año 2020

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Hora: _____

Firma: *[Handwritten Signature]*

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Le informo que corregí física y virtualmente la tesis de la alumna **YESICA IZABEL SOLARES** con número de carné 201312996 que se denomina: **“AUTORIDAD LEGAL COMPETENTE PARA ORDENAR EL TRÁMITE DE REPOSICIÓN DE PROTOCOLOS EN GUATEMALA”**.

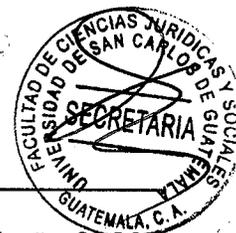
La tesis efectivamente cumple con lo requerido en el instructivo respectivo de la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, habiendo sido las modificaciones señaladas llevadas a cabo, razón por la cual es procedente la emisión de **DICTAMEN FAVORABLE**.

Atentamente.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

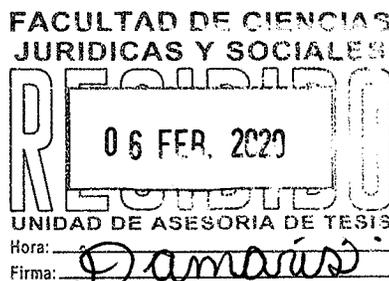
Dr. Carlos Herrera Recinos
Docente Consejero de Estilo

Lic. Otto Rene Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805



Guatemala 06 de febrero del año 2020

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Licenciado Orellana Martínez:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha veintisiete de junio del año dos mil diecinueve, procedí a la asesoría del trabajo de tesis de la alumna **YESICA IZABEL SOLARES**, que se denomina: **"AUTORIDAD LEGAL COMPETENTE PARA ORDENAR EL TRÁMITE DE REPOSICIÓN DE PROTOCOLOS EN GUATEMALA"**. Después de la asesoría encomendada, le doy a conocer:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además la ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo.
2. Los métodos que se emplearon fueron: analítico, con el que señaló el protocolo; el sintético, indicó la reposición de los mismos; el inductivo, dio a conocer la problemática de actualidad, y el deductivo, estableció su regulación legal. Se utilizó la técnica de investigación documental.
3. La redacción utilizada es la adecuada. Además, los objetivos determinaron el trámite de reposición de protocolos. La hipótesis formulada fue comprobada, dando a conocer la importancia la autoridad legal competente para ordenar el trámite de reposición de protocolos en la sociedad guatemalteca.
4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde la ponente señala un amplio contenido relacionado con el tema investigado.
5. En relación a la conclusión discursiva, la misma se redactó de manera clara y sencilla. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. A la sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización, siempre bajo el respeto de su posición ideológica. Se hace la aclaración que entre la sustentante y el asesor no existe parentesco alguno dentro de los grados de ley.

Lic. Otto Rene Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805



La tesis que se desarrolló por la sustentante efectivamente cumple con los requisitos que establece el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.


Lic. Otto Rene Arenas Hernández
Asesor de Tesis
Colegiado 3,805

LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 27 de junio de 2019.

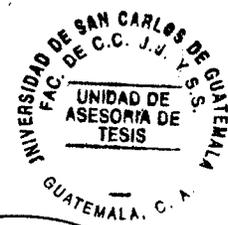
Atentamente pase al (a) Profesional, OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
YESICA IZABEL SOLARES, con carné 201312996,
 intitulado AUTORIDAD LEGAL COMPETENTE PARA ORDENAR EL TRÁMITE DE REPOSICIÓN DE
PROTOCOLOS EN GUATEMALA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

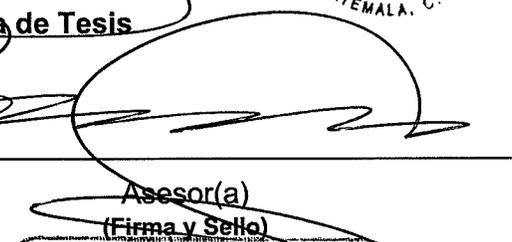
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


LIC. ROBERTO FREDY ORÉLLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 06 / 01 / 2020. f)


 Asesor(a)
 (Firma y Sello)
LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
 ABOGADO Y NOTARIO





DEDICATORIA

A DIOS:

Mi todo, mi padre celestial y creador, sin el nada sería posible, quien ha hecho la promesa en mi vida, su amor incondicional me ha sustentado cuando he sentido no poder más, la honra y gloria sea a ti papito.

A MI MADRE:

Aura Noelia Solares Escobar, quien con sacrificios y esfuerzos me ha enseñado que todo lo que me proponga y con la ayuda de Dios todo es posible, gracias madrecita por tu ejemplo me siento tan orgullosa de ti, este logro es dedicado especialmente a ti.

A MIS HERMANOS:

Robinson, Luis Rolando, Juan Carlos, Lisbeth, Allison Mariana Solares Escobar, gracias por sus abrazos, cariño, amor, por sus palabras de aliento, sus motivaciones de hacer las cosas siempre correctas, este logro también es para ustedes y sé que vamos por más.

A MIS SOBRINOS:

Anyeli, Robinsito, Antonella, es grato dedicarles este logro, por darme motivación en poder superarme cada día más.

A PAPITO Y MAMITA:

Desde el cielo sé que tu papito, me guardas y bendices en cada paso que doy, derramas bendiciones en mi vida, a mamita porque gracias a usted, tengo a la mejor madre del mundo, gracias también por sus bendiciones.

A MIS TÍOS:

Jorge, Marco Antonio, Sergio e Israel, gracias por estar apoyándome en cada etapa de mi vida y me siendo afortunada en tenerlos como mis padres.



A MIS TÍAS:

Thelma, Edelmira, Lilian, Odilia, Argentina y Olga, gracias por sus sabias palabras, por los buenos deseos, este logro también es dedicado a ustedes.

A MI FAMILIA:

A mis primas, primos, sobrino y a toda la familia Solares Escobar, este logro también es de ustedes, también enseñándoles que todo lo que nos propongamos lo podemos lograr, gracias familia.

A LOS LICENCIADOS:

Carlos López, Won-jea Kim, Jorge Rivera, Glenda Monroy, Virginia Quintana de Kim, ustedes son mi segunda familia, los que me han enseñado a amar la profesión, gracias.

A MIS AMIGOS:

Alexia López por ser mi mejor amiga, Hamilton Díaz, Licda. Sandy Castro, Mishell Ramírez, Ariel Pérez, Nazario Ajpuac, Lic. Alejandro Güil, gracias por su apoyo y ser el mejor grupo de estudio, a mis amigos de la facultad, de la infancia, a los demás Lic. que me han apoyado, y a todos, gracias.

A:

Guatemala, mi patria, a la que podré contribuir en su desarrollo y prosperidad, gracias mi país.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por abrirme sus puertas y permitirme iniciar los conocimientos, aptitud, carácter y valores para actuar con apego a la ética y a la moral profesional.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por la formación profesional y por ser la sede de todo el conocimiento adquirido en estos años.

PRESENTACIÓN



Se realizó una investigación cualitativa de naturaleza jurídica privada en el departamento de Guatemala durante los años 2017-2019, en la cual se señaló la importancia jurídica de conocer la autoridad legal competente para ordenar el trámite de reposición de protocolos en Guatemala.

El protocolo notarial se refiere al tomo empastado de los instrumentos autorizados durante un año natural de acuerdo a la legislación, y en el mismo es utilizado papel sellado que es vendido con exclusividad a los notarios guatemaltecos para faccionar escrituras, así como también tiene relación con el conjunto de escrituras que se llevan faccionadas en el año que transcurre.

El objeto de la tesis señaló la importancia del protocolo notarial. Los sujetos en estudio fueron las autoridades legales competentes para ordenar el trámite de su reposición; y el aporte académico, dio a conocer el trámite de reposición que se lleva a cabo en la sociedad guatemalteca.

HIPÓTESIS



La autoridad legal competente para ordenar el trámite de reposición de protocolos en Guatemala es la encargada de señalar el cuidado y responsabilidad con la cual debe contar un notario con el protocolo, debido a que el mismo puede perderse, destruirse o deteriorarse, siendo necesaria su reposición y para esos casos, la legislación del país regula que el notario al tener conocimiento de ello, tiene la obligación de dar aviso al juez de primera instancia de su domicilio.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



La hipótesis formulada al tema autoridad legal competente para ordenar el trámite de reposición de protocolos en Guatemala fue comprobada, dando a conocer la importancia de que se declare procedente la reposición del protocolo debido a la pérdida, destrucción o deterioro del mismo.

Durante el desarrollo del trabajo de tesis que se presenta fueron empleados los siguientes métodos de investigación: analítico, sintético, histórico, inductivo, deductivo y descriptivo; así como también la técnica de investigación documental que fue de gran utilidad para la ordenación lógica y secuencial de la información relacionada con el tema investigado.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Derecho notarial.....	1
1.1. Principios.....	1
1.2. Sistemas notariales.....	4
1.3. Objeto del derecho notarial.....	8
1.4. Fundamento del derecho notarial.....	9
1.5. Características.....	10
1.6. Fuente.....	12
1.7. Relación del derecho notarial con otras disciplinas jurídicas.....	12

CAPÍTULO II

2. Orígenes históricos del derecho notarial.....	15
2.1. La institución notarial en la historia.....	16
2.2. El derecho notarial y el descubrimiento de América.....	19
2.3. Escuela de Bolonia.....	22
2.4. La época moderna y el derecho notarial.....	23
2.5. El notariado en la sociedad guatemalteca.....	24

CAPÍTULO III

3. El instrumento notarial.....	33
3.1. Actividad notarial.....	34
3.2. Conceptualización de instrumento notarial.....	38
3.3. Características.....	40
3.4. Clasificación.....	41



3.5. Autorización, conservación y reproducción del instrumento notarial.....	42
3.6. Valor, eficacia y nulidad del instrumento notarial.....	45

CAPÍTULO IV

4. La autoridad legal competente para ordenar el trámite de reposición de protocolos en Guatemala.....	47
4.1. Aceptación legal.....	49
4.2. Conceptualización.....	50
4.3. Definición legal.....	51
4.4. Garantías del protocolo.....	51
4.5. Apertura del protocolo.....	53
4.6. Contenido y formalidades esenciales.....	54
4.7. Cierre de protocolo.....	56
4.8. Índice notarial.....	56
4.9. Atestados.....	57
4.10. Empastado.....	57
4.11. Depósito.....	58
4.12. Autoridad legal competente para ordenar el trámite de reposición de protocolos.....	60
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	65
BIBLIOGRAFÍA.....	67



INTRODUCCIÓN

Es fundamental el estudio de la autoridad legal competente para ordenar el trámite de reposición de protocolos en Guatemala. El protocolo notarial es el archivo esencial del notario y se integra con todas las escrituras que se otorguen ante él, así como también con las actuaciones y documentos que se insertan en el mismo, constituyendo un elemento integrante y esencial dentro del estudio de la escritura pública, el cual completa lo que se denomina estructura formal.

El notario es un funcionario público que tiene bajo su cargo proporcionarle a los ciudadanos guatemaltecos la seguridad jurídica en el campo del tráfico jurídico extrajudicial, así como también es un profesional del derecho que ejerce su profesión en un régimen de competencia, siendo esa doble cualidad la que garantiza su independencia.

También, cabe indicar que un notario es un funcionario público con estudios en derecho cuya intervención es aquella que otorga carácter público a los documentos privados y los autoriza a tal fin con su firma, o sea, es un testigo de fe o fedatario público que asegura la legitimidad de los documentos en los que interviene y proporciona a los ciudadanos la seguridad jurídica, siendo sus actos los que se encuentran investidos de presunción de verdad, estando habilitado por las leyes y los reglamentos para conferir fe pública de los contratos y actos extrajudiciales originados dentro del marco de derecho privado de naturaleza jurídica civil y mercantil, así como también para prestar informes y asesorar a los ciudadanos en materia de actas públicas relacionadas con los hechos, asuntos testamentarios y de derecho hereditario, entre otros.

Ejerce también una labor de custodia de documentos en los llamados protocolos notariales, siendo el notario el obligado al mantenimiento de la neutralidad en sus actos, lo cual hace la distinción de los abogados, quienes deben tomar parte y encontrarse del lado de sus clientes o representados como se dio a conocer con los objetivos de la tesis.



El mismo puede perderse, destruirse o deteriorarse, casos en los cuales es necesaria su reposición y debido a ello el notario es quien tiene a su cargo dar aviso al juez de primera instancia, quien debe encargarse de instruir la averiguación respectiva y terminada la misma tiene que resolverse declarando procedente la respectiva reposición del protocolo y en caso de la existencia de delito tiene que dar inicio al procedimiento penal inclusive en contra del mismo notario como se comprobó con la hipótesis formulada.

El objetivo general de la tesis señaló que al ser declarada procedente la reposición del protocolo el juez pedirá a la Corte Suprema de Justicia las copias de los testimonios especiales que hayan sido enviadas por el notario al Archivo General de Protocolos y si no existieran testimonios en el archivo se pedirán las copias o los duplicados que existan de los registros y se citarán a los otorgantes y a los interesados previniéndolos de la presentación de los testimonios o de las copias que tengan en su poder.

La tesis se estructuró en cuatro capítulos: el primero, señaló el derecho notarial, principios, sistemas notariales, objeto del derecho notarial, fundamento del derecho notarial, características, fuente y relación del derecho notarial con otras disciplinas jurídicas; el segundo, indica los orígenes históricos del derecho notarial, institución notarial en la historia, el derecho notarial y el descubrimiento de América, Escuela de Bolonia, la época moderna y el derecho notarial y el notariado en la sociedad guatemalteca; el tercero, muestra el instrumento notarial, actividad notarial, conceptualización de instrumento notarial, características, clasificación, autorización, valor y eficacia del instrumento notarial; y el cuarto, dio a conocer la autoridad legal competente para ordenar el trámite de reposición de protocolos en Guatemala.



CAPÍTULO I

1. Derecho notarial

El derecho notarial es el conjunto de disposiciones legislativas, reglamentarias, usos, decisiones, jurisprudencias y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público. Es el conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público.

1.1. Principios

Son los siguientes:

- a) Fe pública: consiste en un principio real del derecho notarial. Es una patente de crédito que se necesita de manera forzosa para que la instrumentación pública sea respetada y tomada en consideración por auténtica, traducéndose a la vez en una realidad notoria.

En el país, no es común estudiar la fe pública como principio jurídico, pero el Código de Notariado Decreto número 314 del Congreso de la República de Guatemala indica en el Artículo 1: "El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte".



“La fe pública se refiere a la presunción de veracidad de los actos que se encuentran debidamente autorizados por un notario, lo cuales, cuentan con un completo respaldo, a excepción de la impugnación por falsedad o nulidad”.¹

- b) **Autenticación:** es de importancia señalar que el instrumento público trasunta una creencia por su contenido, y por ende, además, de auténtico es fehaciente. Pero, para que revista ese carácter el hecho o acto producto de derechos tiene que ser visto y oído, ello es, percibido sensorialmente, y, por ende, consignado, comprobado y declarado por un funcionario público investido de autoridad, así como de facultad autenticadora.

La manera de poder establecer que un acto o hecho ha sido verdaderamente comprobado y declarado por un notario, es debido a que aparece su firma y sello como refrenda, los cuales, en el caso de Guatemala tienen que registrarse en la Corte Suprema de Justicia, siendo este un requisito exigido por la legislación guatemalteca para ejercer el notariado, así como también se regula la prohibición del uso de una firma y sello no registrados previamente en el Artículo 77 numeral 5º del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala.

- c) **De la forma:** se refiere a la adecuación del acto a la forma legal, o sea, el derecho notarial preceptúa la forma en que tiene que plasmarse en el instrumento público el acto o negocio jurídico que se está documentando.

¹ Martínez Ortega, Juan Carlos. **Introducción al derecho notarial.** Pág. 20.



d) Rogación: debido a que la intervención notarial siempre tiene que ser solicitada no pudiendo actuarse por sí mismo o de oficio.

e) Inmediación: “La función notarial demanda un contacto entre el notario, así como también entre las partes y un acercamiento de ambos en relación al instrumento público. El notario siempre tiene que encontrarse en contacto directo con las partes, con los hechos y actos que se producen dando fe de ello”.²

Este principio no implica que sea el notario el que escriba el documento, o sea, el autor material, debido a que para ello puede existir un escribiente o auxiliarse de cualquier medio moderno para su realización, lo cual, señala que se tiene que recibir la voluntad y el consentimiento de las partes.

f) Consentimiento: consiste en un requisito esencial que tiene que encontrarse libre de vicios, debido a que si no hay consentimiento no puede existir autorización notarial. La ratificación y aceptación que queda plasmada mediante la firma del o los otorgantes se expresa a través del mismo.

g) Unidad del acto: es el principio que se fundamenta en que el instrumento público se tiene que perfeccionar en un mismo acto, motivo por el cual, lleva una fecha determinada, y no es lógico ni legal que sea firmado un día por uno de los otorgantes y otro día por otro, debido a que tiene que existir unidad del acto.

² Martos Quezada, Jesús Alejandro. **Fundamentos de derecho notarial**. Pág. 35.



- h) **Protocolo:** es donde se plasman las escrituras matrices u originales y es necesaria su existencia para la función notarial debido a la perdurabilidad y seguridad en que quedan los instrumentos que el mismo contiene.

En relación al protocolo como principio se puede señalar que es un elemento de forzosa necesidad para el ejercicio de la función pública, por las notorias ventajas que reporta de garantía y seguridad legal, por la fe pública y eficiencia probatoria que trasuntan las escrituras por la adopción universal de que ha sido objeto.

- i) **Seguridad jurídica:** se fundamenta en la fe pública que tiene el notario, por ende, los actos que legaliza son ciertos y existe certidumbre o certeza.
- j) **Publicidad:** "Los actos que autoriza el notario tienen carácter público a través de la autorización notarial que hace pública la voluntad de las personas. Este principio tiene una excepción y es referente a los actos de última voluntad, testamentos y donaciones por causa de muerte, debido a que los mismos se tienen que mantener en reserva mientras viva el otorgante".³

1.2. Sistemas notariales

Existen diversas clasificaciones con relación a los sistemas notariales, siendo de mayor importancia los que a continuación se indican:

³ Urizar Dieguez, Otto Dionisio. **Derecho notarial**. Pág. 33.



a) **Sistema latino.**

- **Sus funciones son: desempeña una función pública; le otorga autenticidad a los actos y hechos ocurridos en su presencia de acuerdo a la legislación guatemalteca; recibe e interpreta la voluntad de las partes otorgándoles forma legal al faccionar el instrumento público.**

- **Sus características son: es perteneciente a un Colegio Profesional y en el caso de Guatemala al Colegio de Abogados y Notarios, debido a que se ejercen de manera conjunta ambas profesiones; el ejercicio puede ser cerrado o abierto, o limitado e ilimitado. El primero, tiene limitaciones territoriales y es conocido como notariado de número o numerario; y el abierto, no tiene limitaciones dentro del territorio nacional.**

En algunos casos se puede actuar fuera del territorio nacional; es incompatible con el ejercicio de cargos públicos que lleven aneja jurisdicción, así también para los funcionarios y empleados públicos de los Organismos Ejecutivo y Judicial y las municipalidades que devenguen sueldos del Estado o del municipio y el Presidente del Organismo Legislativo; tiene que ser profesional universitario; desempeña una función pública, pero no se encuentra bajo la dependencia directa de autoridad administrativa; es un profesional del derecho pero algunas de sus actuaciones son las de un funcionario público, siendo esencial la existencia de un protocolo notarial en el que asienta todas las escrituras que autoriza.



- Países que utilizan el sistema latino: “Son más de sesenta en todo el mundo, además de Latinoamérica se emplea en Europa, Asia y África, siendo los mismos Alemania, Argentina, Bélgica, Benín, Bolivia, Brasil, Camerún, Centro África, Chile, Colombia, Congo, Costa de Marfil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Estado de la ciudad del Vaticano, Francia, Gabón, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, Hungría, Italia, Japón, Louisiana, Luxemburgo, Malí, Marruecos, México, Mónaco, Nicaragua, Níger, Países Bajos, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Puerto Rico, Quebec, República Dominicana, San Marino, Senegal, Suiza, Togo, Turquía y Uruguay”.⁴

En cada país el sistema latino cuenta con características especiales y algunos cambios, en algunos se emplea el sistema de número, siendo el ingreso al mismo bastante complicado, mientras que otros como Guatemala, tienen un sistema de libre acceso, después del cumplimiento de los requisitos de graduación profesional y colegiación.

b) Sistema sajón.

- Sus características y funciones son las siguientes: el notario consiste en un fedante o fedatario debido a que su actividad se tiene que concretar a dar fe de la firma o firmas de un documento; no entra a orientación alguna relacionada con la redacción del documento; y por ende, no aporta asesoría alguna a las partes; se necesita una

⁴ *Ibíd.* Pág. 56.



cultura general y contar con conocimientos legales, siendo obligatorio contar con un título universitario; la autorización para su ejercicio es de carácter temporal pudiendo renovarse su posterior autorización; se encuentra bajo la obligación de prestar una fianza para asegurar la responsabilidad de ejercicio; no existe colegio profesional y no llevan protocolo.

- Los países que utilizan el sistema sajón son los siguientes: Estados Unidos, Canadá, Suecia, Noruega, Dinamarca e Inglaterra.

- c) Sistema de funcionarios judiciales: es el sistema del notario-juez, debido a que los notarios son magistrados que se encuentran bajo la subordinación de los tribunales de justicia y dependen del poder judicial, siendo la administración quien se encarga del nombramiento de los empleados del notario. La función es de jurisdicción cerrada y obligatoria y los instrumentos originales son los pertenecientes al Estado y los tiene que conservar como actuaciones judiciales.

- d) Sistema de funcionarios administrativos: es el sistema que se caracteriza debido a su dependencia plena del poder administrador, siendo la función notarial de directa relación entre el particular y el Estado, así como las facultades regladas por las normas jurídicas.

“Los notarios son empleados públicos, servidores de la oficina del Estado y las oficinas son de demarcación cerrada. En relación a la eficacia del instrumento



público, debido a ser actos derivados del poder estatal tienen la mayor eficiencia de efectos, su valor es de carácter público y absoluto, así como los originales son pertenecientes al Estado que los conserva al igual que los expedientes y el resto de documentos de la administración⁵.

El notariado se ejerce en una dependencia del Organismo Ejecutivo y el notario es un funcionario de gobierno como empleado del mismo que recibe un determinado salario.

En Guatemala, el único vestigio que se tiene de un Notario-Funcionario Público se encuentra en el Escribano de Gobierno que es un Notario empleado del Estado que ejerce la profesión pero con la diferencia que no sirve a los particulares.

1.3. Objeto del derecho notarial

Generalmente se acostumbra abordar diversas teorías que buscan dar una explicación a la existencia de la función pública notarial y al alcance de la misma, entre las cuales se pueden destacar las cuatro que a continuación se indican:

- a) **Teorías legalistas:** son aquellas que indican la aplicación del derecho privado mediante el documento notarial o la sencilla dación de fe pública en los actos y contratos privados existentes.

⁵ Castillo Ogando, Nelson Rudy. **Estudios de derecho notarial**. Pág. 56.



- b) **Teorías finalistas:** conciben la función notarial como la función legitimadora, que permite resaltar la seguridad legal preventiva.

- c) **Teorías instrumentalistas:** son las teorías que afirman fehacientemente la función pública como aquella que se justifica en el instrumento público notarial que se redacta.

- d) **Teorías pluralistas:** se encargan de enfatizar la complejidad y diversidad de la función notarial, consistente en la prestación y asesoramiento, siendo legitimadora y documentadora de los negocios jurídicos, siendo la función notarial la consistente en dar forma, probar y otorgar eficiencia legal.

1.4. Fundamento del derecho notarial

El fundamento de la actividad notarial puede claramente encontrarse en la seguridad jurídica relacionada con la seguridad jurídica preventiva con la finalidad de evitar conflictos, y en su caso, en proporcionar los medios más adecuados para una solución judicial en beneficio de los requirentes a quienes se les tiene que proporcionar también determinada seguridad económica.

Ello, debido al seguro de responsabilidad civil notarial que deja indemne a las partes del perjuicio económico que hayan podido padecer por la actuación negligente realizada por parte del notario.



Consiste en una seguridad jurídica formal y sustancial que busca el negocio correcto en donde los notarios en su consideración de funcionarios públicos tienen que velar por la regularidad no únicamente formal, sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga. Por ello, su actuación se tiene que centrar en dar fe de acuerdo a las normas de derecho notarial encargadas de la regulación de la dación de fe, y de acuerdo al derecho sustantivo es por lo indicado que se le tiene que permitir excusar su ministerio si los actos que se pretenden otorgar atentan contra la legalidad.

“Una de las principales atribuciones notariales se encuentra en el control notarial de legalidad que permite evitar cualquier clase de actuaciones fraudulentas en relación a los defectos que pueden anular el contrato como también a las incapacidades no evidentes a primera vista; los errores de hecho y de derecho; las coacciones encubiertas; las reservas mentales y simulaciones absolutas y relativas”.⁶

Se refiere a una seguridad jurídica limitada en donde el alcance de actuación se tiene que limitar a los negocios con verdadera importancia personal, familiar, inmobiliaria o financiera y siempre lejos del ámbito judicial.

1.5. Características

Siendo las características del derecho notarial las que a continuación se dan a conocer para su comprensión:

⁶ Borrel García, Joaquín. **La actuación del notario**. Pág. 89.



- a) **Lleva a cabo sus actuaciones en la llamada fase normal del derecho, en donde no existen derechos subjetivos que se encuentren en conflicto.**

- b) **Se encarga de conferir certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público.**

- c) **Aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad y a la ocurrencia de determinados hechos de manera que puedan crearse, concretarse o robustecerse los derechos subjetivos.**

- d) **Es un derecho cuya naturaleza jurídica no se puede encasillar en la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado. También, es de importancia señalar que se relaciona con el primero debido a que los notarios son depositarios de la función pública de fedación; y con el derecho privado, debido a que esa función se tiene que ejercer en la esfera de los derechos subjetivos de los particulares y porque el notario latino típico es un profesional libre que está desligado de la burocracia estatal.**

El campo de actuación del notario es el de la jurisdicción voluntaria, debido a que la seguridad jurídica que el notario le confiere a los hechos y actos que autoriza es derivada de la fe pública que ostenta. La aplicación del derecho objetivo es necesaria, pero la misma tiene que ir concatenada a una declaración de voluntad, así como también a la ocurrencia del hecho para concretar un derecho subjetivo.



1.6. Fuente

“La única fuente del derecho notarial es la ley, siendo el resto de fuentes las que le sirven únicamente para poder nutrirse. Los notarios pueden hacer únicamente lo que la legislación les permite, lo cual, se debe únicamente a la función pública que se presta y no puede actuar en contra de la libertad de acción regulada constitucionalmente de que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe, debido a que eso es para personas particulares”.⁷

1.7. Relación del derecho notarial con otras disciplinas jurídicas

El derecho notarial se relaciona con las siguientes disciplinas jurídicas:

- a) Derecho civil: entre las distintas instituciones jurídicas que regula el derecho civil se encuentran los contratos, y los mismos se refieren al contenido del instrumento público por regla general.
- b) Derecho procesal civil: la relación del derecho notarial con el derecho procesal se encuentra en que ambos se encuentran formados por normas jurídicas que otorgan todos aquellos requisitos formales con la diferencia de que en el derecho procesal civil se tiene que aplicar cuando existe *litis*, en cambio en el derecho notarial no es de esa forma.

⁷ González López, Mario Roberto. **Anales de derecho notarial**. Pág. 44.



- c) **Derecho mercantil:** es el encargado de la regulación de los contratos como las sociedades mercantiles que debido a ser solemnes necesariamente se tienen que constituir o modificar en una escritura pública y los actos como el protesto en los títulos-valores que a excepción de disposiciones en contrario únicamente pueden hacerse constar en actas notariales.
- d) **Derecho procesal civil:** “La relación del derecho notarial con el derecho procesal se encuentra en que ambos se encuentran formados por normas jurídicas que otorgan los requisitos formales con la diferencia de que en el derecho procesal civil se aplica cuando existe *litis*, en cambio en el derecho notarial no”.⁸
- e) **Derecho administrativo:** el notario cuenta con obligaciones ante la administración pública y a ello se le debe la relación entre ambas partes. Las obligaciones del notario no se contraen únicamente a avisos, sino que en algunos casos resulta siendo un recaudador del fisco, como cuando se paga el impuesto sobre un negocio.
- f) **Derecho registral:** tanto el derecho notarial como el derecho registral buscan la seguridad jurídica, motivo por el cual, no tienen que encontrarse separados, ya que entre ellos existen vínculos y dependencias recíprocas. Su relación radica en que todos o casi todos los instrumentos que el notario autoriza llegan en definitiva a los distintos registros públicos para que sean operados.

⁸ Rodríguez Adrados, Antonio Rodrigo. **Derecho notarial y registral**. Pág. 95.





CAPÍTULO II

2. Orígenes históricos del derecho notarial

Existen figuras precursoras de la actuación notarial entre las cuales se puede hacer mención de las siguientes:

- a) *Scribae*: eran los funcionarios del Estado que se encargaban de la prestación de sus servicios a las órdenes de los pretores que Roma enviaba a las provincias y a quienes asistían extendiendo actas, escribiendo órdenes y a la vez custodiando distintos documentos de carácter oficial.
- b) *Notarii*: eran personas que escribían a mano lo que se les dictaba y para su trabajo hacían uso de notas y de abreviaturas de donde derivaron su nombre. Su técnica era bien parecida a la taquigrafía.
- c) *Tabularii*: “Bajo esa denominación se llamaba a los oficiales que se encontraban especializados en la redacción de los contratos de las partes. Contaban con la condición de oficiales e inclusive llegaron a custodiar los contratos, testamentos y actos que las partes querían que se conservasen en el futuro. El origen de su nombre era procedente del instrumento en el que laboraban que era referente a una tabla que se encontraba cubierta de cera sobre la cual escribían”.⁹

⁹ González. *Op. Cit.* Pág. 120.



d) *Tabellions*: era el nombre con el cual se conocía a las personas privadas que por autorización estatal, habían adquirido la facultad para la extensión y legalización de los diversos documentos sobre los distintos negocios jurídicos, no ejerciendo oficio público alguno y sus documentos no tenían fe pública, a pesar de que contaban con valor probatorio y fuerza legal ante los tribunales de justicia.

Los *tabellions* son los verdaderos precursores del notariado dentro de la interpretación característica del notario de tipo latino, porque eran profesionales de libre y privada contratación, que redactaban convenios y documentos con cierto criterio científico a cambio de pagos.

Además, es de importancia indicar que por el valor probatorio que tenían sus actas, las que, no tenían fe pública eran tomadas en consideración por las declaraciones de los testigos.

2.1. La institución notarial en la historia

Después del impulso proporcionado por la Escuela de Bolonia, es de conocimiento generalizado el trabajo de España que comenzó con el movimiento legislativo tendiente a la planificación y organización de la institución notarial, perdurando por muchos años en los aspectos, detalles y formas de actuación hasta la actualidad, o sea, el notario fue creado por la sociedad y únicamente se puede justificar porque la sociedad lo necesita para el desarrollo y desempeño de alguna de sus funciones.



- a) **Fuero Real:** “Se refiere al texto legal que ha recibido distintos nombres a lo largo de la historia como Libro de los Consejos de Castilla, Fuero de las Leyes y Fuero Castellano. En la actualidad se le conoce como Fuero Real, el cual fue el nombre adoptado en el año 1505, siendo el mismo el que se otorga para que todos los pueblos puedan vivir en paz y con arreglo a nuevas leyes que castigan a quienes hagan daño y que se pueda habitar en armonía”.¹⁰

Se encuentra integrado por 550 normas jurídicas, las cuales a su vez están divididas en cuatro libros y 72 títulos. Consiste en una compilación de fueros municipales y leyes que se fueron promulgando en el año 1255, en donde se hace mención de los escribanos públicos y en la necesidad que tienen los jurados con la finalidad de evitar la existencia de cualquier tipo de contienda. De igual manera, se tiene que establecer la obligatoriedad de otorgar testamento ante escribano, lo cual, en ese entonces era sinónimo de notario.

- b) **Espéculo:** era referente a un manuscrito incompleto obra de Alfonso X El Sabio que perseguía darle a Castilla un derecho único y territorial. Contiene 5 de los 12 libros que integraban el texto primitivo, motivo por el cual los historiadores creen que es posible que el mismo fuera un borrador de las Siete Partidas.

Los cinco libros versan en relación a las materias siguientes: a la ley y el legislador; a la Constitución Política del Reino; a la Constitución de derecho militar; a la

¹⁰ Urizar. **Op. Cit.** Pág. 83.



organización de la justicia y al procedimiento. Su nombre original fue **Especulo de** todos los Derechos, nunca habiendo sido publicado oficialmente, ni tuvo vigencia alguna, pero su influencia no puede cuestionarse, adquiriendo gran autoridad en el siglo XIV, debido a que fue estudiado y analizado por los jurisconsultos.

“De acuerdo al **Especulo** los aspirantes a ser nombrados **Escribanos** tienen que ser hombres buenos, de buena fama, que puedan escribir, inteligentes, vecinos del lugar de donde desarrollasen su trabajo como **Escribanos** y legos. También, las **Partidas**, se tienen que añadir a los requisitos de ser libres y hombres de secreto”.¹¹

- c) **Código de las Siete Partidas**: es uno de los códigos jurídicos mayormente célebres y de importancia del mundo. Fue redactado durante el reinado de **Alfonso X El Sabio** poco tiempo después del **Fuero Real**.

También se le conoce como **Las Flores de las Leyes** y se le llamó **Siete Partidas**, debido a las siete partes en que se encuentra dividido su texto.

El mismo, fue publicado durante el año 1265, otorgando un notorio desarrollo de la organización existente del notario, tomando en consideración los derechos y honorarios que tenía que percibir el escribano, debido a que en aquella fecha se le otorgaba énfasis a la seguridad preventiva o cautelar, lo cual señala la identidad del notariado.

¹¹ **Ibíd.** Pág. 150.



En la actualidad, es necesario el ejercicio del oficio del notario y de sus auxiliares con profesionalidad y arte, no valiendo para el efecto cualquier actuación, exigiéndose para el efecto rigor, conocimientos y exhaustividad en la prestación del servicio notarial.

- d) Pragmática de Alcalá de Henares: de fecha 7 de junio de 1503, señala el oficio de notario y establece una serie de normas y pautas que perduran en la actualidad, como sucede con la obligación de que los escribanos cuenten con un libro de protocolo encuadernado.

Es notorio que se está ante un documento esencial para la historia del notariado español denominado real provisión de ordenanzas de Isabel I de Castilla. El objeto de su publicación consistía en la de regular la elaboración del registro público notarial y la expedición de copias debidamente autenticadas. Su vigencia durante más de tres siglos y medio, así como su influencia en otras normas extranjeras, le otorgaron un enlace de carácter excepcional por muchos estudiosos jurídicos, así como también por los historiadores.

2.2. El derecho notarial y el descubrimiento de América

Frente a la barbarie cabe hacer la afirmación que el descubrimiento trajo consigo una serie de aspectos positivos de orden cultural y educacional. Entre esos valores óptimos, legados



al nuevo mundo, se encontraba el sistema de derecho notarial, que durante ~~tiempos~~ anteriores, se encontraba enraizándose en España.

La primera persona que llevó a cabo el cumplimiento de las funciones notariales en Latinoamérica fue Rodrigo Escobedo como el Escribano de Cuadra y del Consulado del Mar, que en aquellos tiempos consistía en la institución encargada de la regulación de las relaciones y de las actividades marítimas. Esa actividad dio inicio el 12 de octubre del año 1492, cuando su carácter de notario de la Armada, desembarcó en las Bahamas Centrales acompañando a Cristóbal Colón, los dos Capitanes Pinzones y el interventor Real Rodrigo Sánchez de Segovia, quien cumpliendo con los requisitos exigidos levantó un acta notarial relacionada con el hecho de la toma oficial.

Al mismo le siguieron más profesionales, que se encargaron de documentar la toma de posesión de los territorios nuevos descubiertos por otros comisionados, entre quienes puede hacerse mención del notario Pedro Alarcón, quien fue el primero en el cumplimiento de funciones notariales de Uruguay o Hernán Cortés, que ejerció la escribanía.

No cabe lugar a dudas que con la llegada de Cristóbal Colón se trasladaron a América muchas instituciones jurídicas vigentes de España, y como en la legislación española el oficio de escribano tenía una gran relevancia, se fue reconociendo el conjunto de normas jurídicas o disposiciones legales que surgieron de acuerdo a la voluntad de los monarcas españoles o por las autoridades legítimamente integradas en América, como delegación de los reyes, y que tuvieron como objetivo la fijación y regulación de las relaciones políticas,



administrativas, penales, civiles, económicas y sociales entre los pobladores de las Indias Occidentales.

“Durante esa época para acceder a la función notarial, los escribanos tenían que tomar examen impartido por la Real Audiencia pagando tributos y se les tomaba juramento de que no cobrarían demasiados derechos por sus actuaciones. Además, debían registrar el signo o rúbrica que emplearían en la instrumentación de actas respectivas a su ministerio conociendo el *ars dictandi*”.¹²

Pero, se tiene que hacer mención que frente a la barbarie, el descubrimiento en análisis trajo consigo aspectos positivos culturales y educativos, entre los cuales se encuentran los legados del nuevo mundo, encontrándose entre ellos el sistema notarial que en aquellas fechas se enraizó en España.

Además, se puede afirmar que la primera persona en el cumplimiento de sus funciones notariales en Latinoamérica fue Rodrigo Escobedo quien tenía a su cargo la regulación de las relaciones y de las actividades marítimas.

Esa actividad la comenzó el 12 de octubre del año 1492, cuando su carácter de notario de la Armada desembarcó en las Bahamas Centrales acompañando a Cristóbal Colón, los dos Capitanes Pinzones y al interventor Real.

¹² Castillo. Op. Cit. Pág. 124.



2.3. Escuela de Bolonia

La Escuela de Bolonia data de Italia e inició en el siglo XIII y como resultado de la misma surgió un notario con oficio público retribuido a través de los particulares, que exigía una investidura en el cargo, recayendo sobre el mismo la autoría del instrumento notarial dotado de fe pública.

En la Escuela de Bolonia los juristas tomando en consideración ante sí los textos de derecho los comentaban y analizaban haciendo glosa de los mismos, siendo esa manera la que se tenía de analizar y estudiar la que tuvo una gran influencia en Europa. El fundador de la Escuela jurídica de Bolonia fue Rainiero de Perugia, pero también es de importancia indicar que fueron Rolandino y Salotiel las dos personas más sobresalientes en el desarrollo de la ciencia del derecho notarial.

“Rolandino Passagiero ha sido tomado en consideración como el padre del derecho notarial, habiendo sido en el año 1234 en el que alcanzó el grado de notario y profesor de derecho notarial en la Universidad de Bolonia. Este notario es quien contó con la idea de enseñar el derecho de una manera distinta de la forma en que se hacía para los estudios de la abogacía, presentando a los notarios en un orden diferente, girando toda su enseñanza sobre los principios de la aplicación en la redacción de los documentos públicos, proporcionando una sistemática científica, habiendo sido uno de los mayores juristas de la época medieval”.¹³

¹³ González. *Op. Cit.* Pág. 178.



2.4. La época moderna y el derecho notarial

Desde los orígenes del notariado del siglo XIII hasta el siglo XIX, existió un período de siglos de formación, consolidación y adecuación del derecho notarial, legislándose para asentar los fundamentos del actual notariado.

Fue justamente en el Siglo XIX cuando el Estado nombró a los notarios continuando con distintos criterios que no siempre fueron de carácter positivo como la designación por influencia política, religiosa o social. De esa manera, los notarios se fueron multiplicando de manera rápida.

La primera normativa que encauza el notariado moderno es la Ley Ventoso en Francia posterior a la Revolución Francesa, o sea, durante el año 1803. Esta importante norma jurídica señaló el cambio de la Revolución Francesa que buscaba la actualización de las instituciones del Estado. Con la Ley Ventoso, se consolidó la institución notarial, que pese a tener defectos marcó la pauta a seguir por el resto de países de corte latino.

En España después de muchos años de discusión, el 28 de mayo del año 1862 por la Reina Isabel II, se dictó una avanzada Ley de Notariado. Lógicamente, con el transcurso de ese tiempo se han experimentado notables transformaciones. Otros países continuaron este período de consolidación de la institución del derecho notarial existente, perdurando hasta la actualidad hoy muchas de las directrices fijadas en esas precursoras normas jurídicas.



2.5. El notariado en la sociedad guatemalteca

Es muy probable que los primeros vestigios de la historia escrita se encuentren en el Popol Vuh, el cual también se conoce con los nombres de Manuscrito de Chichicastenango, Biblia Quiché y el Libro Sagrado, demostración que se tiene de un patrimonio cultural valioso.

- a) **Época colonial:** la fundación de la ciudad de Santiago de Guatemala y la reunión del primer cabildo tuvieron lugar el día 27 de julio de 1524. En esta primera acta de cabildo aparece actuando el primer escribano Alonso de Reguera.

El escribano de gobierno no ejercía como escribano público y únicamente existía uno en la ciudad, en caso de su ausencia se tenía que nombrar a otro, y ese nombramiento y recepción tenía que hacerlo el cabildo.

La etapa de formación del notariado en la ciudad de Guatemala repite las características fundamentales con las que se dio comienzo a la profesión en otras regiones indianas, siendo los nombramientos realizados por parte del gobernador de la provincia, siempre bajo la sujeción de la ulterior decisión real.

Mientras no existió audiencia en la sociedad guatemalteca, los exámenes de escribano proveídos por el rey debieron llevarse a cabo ante México. Además, con la llegada de los primeros escribanos con merced real, aunque originalmente fuese a través de diputados o tenientes que ejercían un cargo que había otorgado a algún



cortesano, se tiene que afirmar la facultad del monarca para la provisión de esos cargos, lo cual poco a poco se fue ratificando, especialmente después del establecimiento de la Audiencia de los Confines.

Por su parte, el notariado guatemalteco es el más antiguo de Centroamérica, debido a que en 1543 surge el escribano don Juan de León, cartulando en la ciudad de Santiago de Guatemala, como entonces se llamaba. Pero, además de antiguo le cabe el honor de haberse mantenido desde el mismo surgimiento del Estado, así como también en relación a las exigencias más rigurosas para su ingreso, siendo esencial el examen y su recibimiento.

Es de importancia señalar que el aspirante debía presentarse a la municipalidad para que se instruyeran las diligencias respectivas, tras lo cual pasaba el expediente al jefe departamental quien, por sí solo, y con la citación y audiencia del síndico, tenía que continuar con la información necesaria entre los vecinos, quienes eran debidamente examinados en relación al conocimiento que tenían del candidato.

El candidato era el encargado de probar, además de ser ciudadano mayor de edad, en el goce de sus derechos civiles, con arraigo en el Estado y los medios conocidos para poder subsistir. Al finalizar la prueba en mención, se tenía que pasar de nuevo el expediente a la municipalidad que daría vista al síndico, acordando su resolución con las dos terceras partes de los votos. En el caso de la obtención de su resolución favorable se tenía que pasar al Supremo Gobierno para su concesión.



Únicamente pasaba a la Corte Superior donde el aspirante debía presentar la certificación de haber estudiado ortografía y gramática castellana, así como haberse examinado por los preceptores de la academia y merecido una buena calificación y certificaciones juradas de haber practicado dos años con un escribano de los juzgados municipales y otro con escribanos de los de primera instancia. Después de ello, sufría un examen sobre cartulación, requisitos de los instrumentos públicos, testamentos, cartas dotales, donaciones, circunstancias y número de testigos, práctica de inventario, trámites judiciales, términos probatorios, concursos de acreedores, valor y uso del papel sellado con todos los demás que se crean al corresponder el oficio.

En la historia del notariado guatemalteco existió el notariado de número, siendo el motivo que lo impulsó el darle la debida importancia para que fuera desempeñado con rectitud y pureza, como fue establecido por el Decreto 100 del 30 de marzo del año 1854, que le confirió facultades al Presidente de la República para fijar el número de escribanos nacionales que reunieran los requisitos legales. El Decreto mencionado limitó la competencia territorial al departamento de su domicilio, fuera del cual no podían cartular, regulándose también lo relacionado con la fianza.

- b) El notariado después de la reforma liberal: entre las reformas que trajo consigo el espíritu liberal, el presidente Justo Rufino Barrios dio a Guatemala una Ley de Notariado, al lado de un Código Civil, uno de Procedimientos Civiles y una Ley General de Instrucción Pública, todos de avanzada para la época.



La Ley del 7 de abril del año 1877 y la del 21 de mayo del mismo año, hicieron del notariado una carrera universitaria. Con ello, se dispuso que no podía pedirse al Rector de la Universidad de San Carlos de Guatemala el señalamiento de día para el examen general previo a la licenciatura de notario, sin acompañar el expediente en que constara que se habían llenado los requisitos legales, condiciones morales y fianza y por primera vez se les llamó notarios.

El mismo Justo Rufino Barrios quien ejerció el notariado antes de la Revolución dictó también el Decreto número 271 de fecha 20 de febrero del año 1882, el cual contenía la Ley de Notariado, siendo la misma, la que definió el notariado como una institución en que las leyes depositan su confianza pública para garantía, seguridad y perpetua constancia.

También, declaró el ejercicio del notariado a los que desempeñaran cargos públicos que tuvieran anexa jurisdicción y para el ejercicio de dicha profesión, además de la mayoría de edad, se necesitaba tener la ciudadanía guatemalteca, ser del estado seglar y la posesión de propiedades por una cantidad de dinero, o bien la prestación de una fianza por una cantidad que fuera equivalente.

Otras reformas de importancia fueron la supresión del signo notarial por un sello con el nombre y apellido del notario que se registraba en la Secretaría de Gobernación. El signo notarial era la señal realizada a mano, con una figura determinada e idéntica, que utilizaban los notarios en la antigüedad.



También, se reguló que los notarios no eran dueños de los protocolos sino depositarios sobre la remisión de protocolos al Archivo General, así como encargados de la reposición del mismo y se permitió la protocolación, entre otros. Por su parte, con el Decreto del 25 de agosto de 1916, se ordenó a los notarios empastar los tomos de sus protocolos, el Decreto del 18 de junio de 1917 reguló lo relacionado con la firma de auténticas de firmas.

- c) El notariado después de la Revolución del año 1944: “Con el advenimiento de la Revolución del 20 de octubre de 1944, en la que tuvieron decidida participación los estudiantes universitarios, apareció un espíritu renovador que vislumbró mejores y más amplios horizontes y los órganos del Estado, así como las autoridades y funcionarios, adoptando una actitud diferente ante lo universitario”.¹⁴

Como primeros pasos de innegable transcendencia, se tiene que señalar que constitucionalmente se consagra como derecho constitucional la autonomía de la universidad y se tiene que establecer la colegiación oficial obligatoria para el ejercicio de todas las profesiones universitarias. El Colegio de Abogados de Guatemala, integrado a su vez por todos los notarios del país, quedó constituido el diez de noviembre de 1947.

El nuevo Congreso de la República emprende una ardua labor legislativa en un tiempo relativamente corto a través de decretar leyes de gran importancia para la

¹⁴ Muñoz, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Pág. 55.



vida nacional. Entre ellas es de interés destacar dos que se encuentran indisolublemente unidos y son los siguientes: El Código de Notariado y la Ley de Colegiación Oficial Obligatoria para el Ejercicio de las Profesiones Universitarias.

El notariado antes de la promulgación del actual Código de Notariado se desenvolvía dentro de un marco jurídico confuso y desconcertante, debido a la proliferación de leyes, reglamentos, acuerdos y circulares administrativas que integraban la legislación notarial. Esta legislación no respondía a ningún principio científico uniforme ni era propicio para el orden y sistematización adecuada de la función notarial. Por el contrario, el estudio de la legislación pone claramente de manifiesto que se inspiraba un arraigado sentimiento de desconfianza hacia el notario, pues buena parte de sus disposiciones establecían un sinnúmero de obstáculos que restringían o dificultaban de manera considerable el ejercicio de la profesión.

Lo que se buscaba es que la nueva ley agilizara la contratación y unificara muchas disposiciones dispersas, siendo necesaria la reforma de la actual Ley de Notariado, toda vez que contiene disposiciones que son inadecuadas para la libre contratación, siendo imperativa la modernización de los preceptos de la referida ley, así como la unificación de un mismo cuerpo claro y congruente de todas las disposiciones que se refieren a la actividad notarial.

El Código de Notariado en vigencia es ley, siendo prueba de ello que ya se han superado cuatro décadas desde su emisión y las reformas que ha sufrido responden



claramente a la necesidad de actualización y modernización. El código en referencia fue emitido por el Congreso de la República el 30 de noviembre del año 1946, sancionado el 10 de diciembre de 1946, y entró en vigencia el 1 de enero del año 1947.

- d) El notariado en la época actual: en la actualidad la ley que rige es el Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala y contiene el Código de Notariado emitido en el año 1946. El mismo, ha tenido algunas reformas incorporadas al mismo texto. Entre las reformas que pueden mencionarse se encuentran: el Decreto Ley 172 relacionado con el ejercicio del notariado ya incorporado al Artículo 5 del Código. El Decreto 38-74 del Congreso con relación a las sanciones incorporadas en el Artículo 100 del Código; el Decreto Ley 113-83 relacionado con la inspección de protocolos, incorporado a los artículos 84 y 86; el Decreto Ley 35-84 relacionado con los testimonios especiales incorporado a los artículos 4 y 37 del Código; el Decreto que reguló lo relacionado con el depósito del protocolo del Notario que salga de manera temporal del país, Decreto número 62-82 del Congreso de la República de Guatemala; Decreto 28-87 del Congreso que hace referencia a la legalización de fotocopias, fotostáticas y otros, introducida en los artículos 54 y 55 del Código de Notariado.

El derecho notarial ha adquirido un papel preponderante en la sociedad actual, debido al creciente desarrollo del país que se encuentra vinculado al crédito, a la actividad empresarial y a los negocios en general. Un elevado número de operaciones son

producidas diariamente y se llevan a cabo tanto por personas naturales como jurídicas, siendo también diversos los actos jurídicos que se celebran y que buscan dar forma legal y representación al contenido de sus voluntades a través de la llamada fe pública notarial. Comprar, vender, arrendar, hipotecar, certificar y legalizar, son actos materia de protocolización notarial, así como aquellos denominados protocolares, que tienen la innegable función que ejerce el notario del otorgamiento de aquella fe que crea un estado de acreditación de hechos y de eficacia jurídica de los mismos.





CAPÍTULO III



3. El instrumento notarial

Es fundamental el análisis de las características esenciales y de la finalidad del instrumento notarial que se conoce en términos generales como escritura pública. Para el efecto, es esencial hacer referencia a la actividad notarial y a sus notas características para señalar el producto final del quehacer notarial, para de esa manera dar a conocer una definición del instrumento notarial y después exponer sus características, requisitos y clasificación tanto de forma como de fondo.

También, es esencial hacer mención de la conservación del instrumento notarial, lo cual, consiste en una característica sin la cual no se está en la posibilidad de hacer mención de la seguridad jurídica que se debe obtener al consignar un hecho o un acto jurídico ante un notario.

Con ello, se tiene que hacer referencia al valor y eficiencia del instrumento notarial, siendo la razón de ser del mismo. Todas esas referencias que se hacen acerca del instrumento notarial no contarían con valor alguno si no se logra que la escritura cuente con prueba plena y sea un documento auténtico, valedero y perdurable por siempre, siendo necesario y fundamental para el efecto también el análisis jurídico, circunstanciado y legal de todas aquellas circunstancias que provocan la nulidad del instrumento notarial que se haya faccionado.



3.1. Actividad notarial

Los seres humanos han tenido la necesidad de dejar constancia indubitable, clara y fehaciente de sus actividades, existiendo las pinturas rupestres que dan muestra clara de ello y que datan de hace miles de años. Poco a poco, así como también todas las actividades del ser humano han ido perfeccionándose, ha ido evolucionando lo relacionado con dejar constancia de lo acaecido.

“La referencia más antigua con la cual se cuenta de un funcionario similar a lo que en la actualidad se conoce como notario data de 2600 años antes de Cristo en Egipto con la figura de Escriba. Además, durante la época clásica de Roma existió un funcionario llamado *scribe*, quien era un secretario de actas que durante la monarquía romana comenzó a emplear el término *notarius* para la identificación de una persona que dejaba constancia escrita de los hechos”.¹⁵

La figura del notario se transformó en la figura del notario jurista y con el tiempo el mismo si bien continuó siendo un redactor también fue un jurista que se encargó de asesorar y orientar a los particulares.

Notario es el profesional del derecho que se encuentra investido de fe pública por el Estado y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídica a los actos y hechos

¹⁵ Navas Ordoñez, Diego Enrique. **Seguridad jurídica y notarial**. Pág. 50.



pasados ante su fe, a través de la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.

La función autenticadora consiste en la facultad otorgada por la legislación al notario para que el mismo pueda reconocer como cierto lo que éste asiente en las actas o escrituras públicas que redacte, salvo prueba en contrario.

Esa función tiene que ser ejercida de forma personal y en todas sus actuaciones de asesoría, instrumentación y juicio, así como conducirse de acuerdo a la prudencia jurídica y de manera imparcial.

La función notarial es referente al conjunto de actividades que el notario lleva a cabo de acuerdo a las disposiciones legales, para asegurar el adecuado desempeño y la seguridad jurídica en el ejercicio de esa función de autenticación. Cuenta con naturaleza compleja debido a que es pública por ser proveniente de los poderes estatales y de la ley que obra en reconocimiento público de la actividad profesional del notario y de la documentación notarial al servicio de la sociedad. Por otra parte, es autónoma y libre para el notario que lleva a cabo su ejercicio actuando con fe pública.

La figura del notario se encuentra inmersa dentro de lo que se llama notariado latino y ello significa que el notario es un perito en derecho, o sea, un conocedor de la ciencia jurídica que sin contar con autoridad tiene como finalidad dar valor, autenticidad y certeza jurídica a los hechos y actos ante él. El notario no es un simple cronista, no es simplemente un



testigo de calidad. Además, para que el notario pueda proporcionar seguridad jurídica a las personas que acuden ante él, necesita desempeñar las siguientes actividades:

- a) Escuchar al solicitante: el cliente tiene que acudir al notario debido a que tiene una necesidad específica, o sea, un asunto que de manera usual le apremia o bien implica una posibilidad de mejoramiento de su calidad de vida, pudiendo tratarse del comienzo del trámite sucesorio después de la muerte de un ser cercano del otorgamiento de un testamento o bien de la compra de una casa o de la constitución de una empresa, lo cual significa el inicio de un nuevo negocio. El asunto que el cliente plantea al notario es para el mismo de importancia; y por ello, el notario tiene que poner toda la atención en lo que el cliente le expone.
- b) Interpretación de la voluntad: se tiene que tomar en consideración que no siempre las personas que acuden ante el notario son abogados o tienen conocimiento de las leyes, motivo por el cual consecuentemente existe la posibilidad de señalar lo que en realidad desean, mediante una entrevista con sus clientes, siendo el notario quien tiene que descubrir cuáles son sus deseos y el modo de su satisfacción.
- c) Aconsejar: para la resolución del asunto planteado existe la posibilidad de que se presenten varias soluciones, las cuales puede que lleven diversos plazos, costos, ventajas y desventajas, así como que el notario en atención al caso concreto tiene que encargarse de aconsejar a su cliente en relación a señalar la mejor manera de ayudarlo.



- d) Preparación del instrumento: “Después de que se ha determinado cuál es la mejor solución para el caso planteado, el notario tiene que preparar la escritura y para el efecto tiene que recabar por parte del interesado los documentos que se necesitan para la elaboración del instrumento. De igual manera, tiene que tramitar las constancias, certificados, permisos, avalúos, licencias, autorizaciones y dictámenes necesarios para que el documento pueda surtir de manera debida sus efectos”.¹⁶
- e) Redacción del instrumento: el instrumento es autoría del notario y al redactarlo el mismo tiene que plasmar su conocimiento jurídico y su habilidad para expresarse. El notariado es una garantía institucional que se establece a través de la reserva y determinación y consiste en el sistema que en el marco del notariado latino la ley organiza como tipo de ejercicio profesional del derecho y establece las condiciones que se necesitan para su correcto ejercicio imparcial, calificado, colegiado y libre en términos de ley, siendo su imparcialidad y probidad la que se tiene que extender a todos los actos en los que intervenga de conformidad con la ley y con otras leyes.

La función notarial no consiste solamente en certificar o dar fe de determinados hechos o actos, sino que el notariado se refiere a una institución que tiene como finalidad el proteger, resguardar, asegurar y dar seguridad y eficacia jurídica a las personas que acuden al notario. Además, el notariado es un instrumento para alcanzar la certeza jurídica, aspecto que desde luego es contribuyente al fortalecimiento del Estado de derecho, no es ni puede ser una institución al servicio de determinadas personas.

¹⁶ *Ibíd.* Pág. 80.



Toda persona tiene derecho al servicio profesional del notario, siendo el mismo el **que se** encuentra obligado a prestar sus servicios profesionales cuando sea requerido para ello por las autoridades, por los particulares o en cumplimiento de las resoluciones judiciales, siempre y cuando no exista un impedimento legal para la realización del documento notarial solicitado.

3.2. Conceptualización de instrumento notarial

“El término instrumento es proveniente del latín *instruere* que quiere decir instruir, enseñar o dar constancia, y es referente a todo aquello que es de utilidad para conocer o fijar un acontecimiento. Se le llama monumentos a los instrumentos que han sido expresados en imágenes como las estatuas, películas, fotografías e inclusive las cintas magnetofónicas. Cuando el instrumento es referente a signos escritos se llama documento, siendo el género el instrumento y la especie el monumento y el documento”.¹⁷

De esa manera, los documentos pueden clasificarse en públicos y privados, ya sea que emanen de la fe pública o de un particular, siendo documentos públicos aquellos cuya formación se encuentra encomendada por la legislación dentro de los límites de su competencia a un funcionario público revestido de la fe pública y a los expedidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. La calidad de públicos se demuestra por la existencia regular sobre los documentos de los sellos, firmas u otros signos exteriores que en su caso prevengan las leyes.

¹⁷ Pérez de Madrid, José Saúl. **Legislación notarial**. Pág. 81.



El instrumento público se denomina de esa forma porque el poder público asegura su autenticidad, siendo su autorización la proveniente de manera directa del poder público.

Tomando en consideración lo indicado, se puede señalar que en sentido amplio el instrumento notarial es todo documento cuya autoría se puede atribuir a un notario, pudiéndose afirmar concretamente que el instrumento notarial es el documento público autorizado o expedido con arreglo a las leyes por un notario y que tiene carácter de fehaciente.

Es de importancia hacer mención que los elementos necesarios para su elaboración son el sello de autorización y el protocolo. El sello del notario consiste en el medio a través del cual éste ejerce su facultad fedataria con la impresión del símbolo del Estado en los documentos que autorice.

Protocolo es el conjunto de los libros que se encuentran formados por folios numerados y sellados en los que el notario observando las formalidades legales asienta y autoriza las escrituras y actas que se otorgan ante su fe, con sus correspondientes apéndices, así como también por los libros de registro de cotejos con sus correspondientes apéndices. Los folios se encuentran numerados de manera progresiva y en ese orden tienen que ser utilizados. Es de importancia hacer mención que todos los hechos y actos que autoriza el notario tienen que hacerse constar en el protocolo.

Los elementos notariales como el sello y el protocolo son esenciales para la actuación del notario, o sea, el notario no podrá elaborar instrumento alguno sin que conste en el



protocolo, en este caso, dicho documento no sería un instrumento notarial y como, se ha mencionado, si no se imprime el sello respectivo de autorización, el instrumento no contará con validez alguna.

Además, existen una serie de rigurosos controles y medidas que el notario tiene que observar para garantizar la seguridad del protocolo y de los instrumentos que se asienten en el mismo.

3.3. Características

Son las siguientes:

- a) Es un documento público.
- b) Es un título ejecutivo.
- c) Tiene que redactarse de acuerdo a la legislación.
- d) Es formal.
- e) Es autorizado por un notario.
- f) Tiene carácter de fehaciente.



3.4. Clasificación

“Los instrumentos que el notario asienta y autoriza en su protocolo se clasifican en escrituras y en actas. Esa clasificación se lleva a cabo tomando en consideración el contenido del instrumento, debido a que si en el instrumento se hace constar un hecho, se está frente a un acta; y por el contrario, si en el documento consta un acto jurídico se tratará de una escritura”.¹⁸

De acuerdo a la teoría clásica de los acontecimientos jurídicos, el hecho jurídico en sentido amplio es el que tiene conocimiento generado por la naturaleza o por el hombre que produce consecuencias de derecho, consistiendo las mismas en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones.

El hecho jurídico en sentido amplio se divide a su vez en un hecho jurídico en sentido estricto y en un acto jurídico. El hecho jurídico en sentido estricto es el acontecimiento de la naturaleza o del ser humano que produce consecuencias de derecho y que cuando proviene de la voluntad, las consecuencias se producen de manera independiente a que sean deseadas o no por el autor o los autores del hecho. Por su parte, se tiene que señalar que el acto jurídico consiste en la manifestación externa de la voluntad que se lleva a cabo con la finalidad de generar consecuencias de derecho y que se produce por los efectos deseados por su autor, debido a que el derecho es el que tiene a su cargo sancionar esa voluntad.

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 90.



Debido a ello, la actividad notarial resulta tener relación clara y bastante precisa con que el acta del notario relaciona los hechos presenciados por él de manera objetiva, en otras palabras, el notario actúa como un testigo de calidad dando fe de lo que percibe con los sentidos. Además, en la escritura el notario no únicamente se limita a dar fe, sino que en unión de la voluntad de los particulares, el notario crea, da origen, formalidad, autenticidad y certeza al acto jurídico. Además, en el acta, el notario únicamente se encarga del relato de la existencia del hecho, así como también de sus características, formalidades, autenticidad y certeza en el acto jurídico.

En la escritura el notario crea el derecho, asesora, medita, razona y aplica la legislación al caso concreto. La escritura es el instrumento original que el notario asienta en los folios, para hacer constar uno o más actos jurídicos y que firmado por los comparecientes, autoriza con su sello y firma.

Acta notarial es el instrumento público original en el que el notario a solicitud de parte interesada relaciona para hacer constar bajo su fe, uno o varios hechos presenciados por él o que le consten, y que asiente en los folios del protocolo a su cargo con la autorización de su firma y sello.

3.5. Autorización, conservación y reproducción del instrumento notarial

La voluntad de los particulares tiene que ser escuchada e interpretada, así como también preparado el instrumento, inclusive tiene que ir la firma de las partes y hasta ese momento



no deja de ser un documento privado que puede ser de utilidad para indicar que una persona ha manifestado su voluntad en un determinado sentido, careciendo de valor probatorio pleno, siendo necesaria la autorización por parte del notario.

La autorización del instrumento es el acto a través del cual el notario se encarga de la transformación de un documento privado en público, confiriéndole de esa manera el carácter de fehaciente.

Dos son las clases de autorizaciones que existen: la preventiva y la definitiva. La primera, es aquella que tiene lugar cuando la escritura ha sido firmada por todos los interesados y se encuentra pendiente algún requisito que impida que se autorice de manera definitiva. Para autorizar de manera preventiva una escritura se requiere que el notario asiente la razón “ante mí”, su firma y su sello”.

Es de importancia indicar que la autorización definitiva tiene lugar cuando se han cumplido todos los requisitos legales para el efecto, caso en el cual, la autorización definitiva deberá contener la fecha, la firma y el sello del notario, es decir, no lleva la leyenda “ante mí”.

La firma del notario y la autorización son los elementos materiales necesarios para la autorización de un instrumento. Con el sello se tienen que autorizar los documentos públicos, es decir, el instrumento que se emplea por parte del notario para ejercer su facultad fedataria y que permite o impide la actividad notarial, debido a que se refiere al símbolo de la fe pública del Estado.



Cuando la escritura no sea firmada en el mismo acto por todos los comparecientes, siempre que no se deba firmar en un mismo acto, por su naturaleza o por disposición legal, el notario irá asentando únicamente el “ante mí”, con su firma. Ello, tiene por finalidad que se vaya dejando constancia de quienes han firmado.

El notario es depositario de la confianza del Estado, en consecuencia se le confiere la facultad de conservar el protocolo, pero, sería sumamente complicado que el notario conservara el protocolo de por vida. Gracias a la conservación del instrumento notarial existe la posibilidad que el documento permanezca para la posteridad, que pueda ser consultado por quien tenga derecho a ello, que permanezca inalterado o que se pueda reproducir tantas veces como sea necesario.

El instrumento original es la escritura o el acta que obra en el protocolo. En contadas ocasiones los particulares tienen acceso al documento original al momento de firmar o en el momento de que alguna autoridad o facultad lo autorice, pero, requieren de ese documento. El original se puede reproducir y ello se hace a través de la expedición de testimonios y copias certificadas.

Testimonio es la copia en la que se transcribe de manera íntegra una escritura o un acta, y se transcriben, o se incluyen reproducidos los documentos anexos que obran en el apéndice, con excepción de los que ya se encuentran insertados en el instrumento y que por la fe del notario y la matricidad de su protocolo tienen el valor de los instrumentos públicos.



La copia certificada es la reproducción total o parcial de una escritura o acta, así como de sus correspondientes documentos del apéndice, o únicamente de éstos o de alguno o algunos de estos que el notario expedirá únicamente para lo siguiente:

- a) Para acompañar declaraciones, manifestaciones o avisos de carácter administrativo o fiscal, si las leyes o reglamentos aplicables disponen que con ellos se exhiban copias certificadas o autorizadas, así como para la obtención de la inscripción de escrituras en los registros públicos, o en cualquier otro caso en lo que su presentación sea de carácter obligatorio.
- b) Para acompañar informes solicitados por autoridad legalmente facultada para su requerimiento, como relación a alguna escritura o acta.
- c) Para remitirlas a la autoridad judicial que ordene dicha expedición.
- d) Para entregarle al otorgante que la solicite, la reproducción de alguno o de algunos de los documentos que obren en el apéndice.

3.6. Valor, eficacia y nulidad del instrumento notarial

Debido a que el notario es un fedatario público, el instrumento notarial cuenta con pleno valor probatorio. En tanto no se declare judicialmente la falsedad o la nulidad de un instrumento, el registro, testimonio o certificación notarial es prueba plena de que los



otorgantes manifiesten su voluntad de celebración del acto consignado en el instrumento de que se trate, en el cual, se llevaron a cabo las declaraciones que se narran como propias, así como la verdad y realidad de los hechos de los que el notario dio fe de lo referido y de que se hayan observado las formalidades respectivas.

La ley le confiere al notario y a su instrumento una relevancia particular en donde se establece de manera limitativa los casos en que el instrumento o el testimonio son nulos. El instrumento o registro notarial únicamente serán nulos si el notario no tiene expedito el ejercicio de sus funciones en el momento de su actuación; si no le está permitido por la legislación la intervención en el acto; si no le está permitido dar fe del acto o hecho materia de la escritura o del acta por haberlo hecho en contravención de la ley; si ha sido redactado en idioma distinto al español; si no se encuentra firmado por todos los que deben firmarlo de acuerdo a la ley; si está autorizado con la firma y sello del notario cuando debiera tener una nota o cuando el instrumento no se encuentre autorizado con la firma y sello del notario y si el notario no se aseguró de la identidad de los otorgantes con la firma y sello correspondientes.

CAPÍTULO IV



4. La autoridad legal competente para ordenar el trámite de reposición de protocolos en Guatemala

Durante los inicios de la vida jurídica los seres humanos estipulaban de manera verbal utilizando el lenguaje como un elemento capital utilizado a manera de texto y la costumbre como manera de expresión litúrgica, siendo ello, las únicas huellas que existían de las declaraciones de voluntad legal, las cuales, vinieron a ser el medio exclusivo de prueba, debido a la pérdida constante de la memoria y para la revelación de su existencia se tenía que reproducir el acto, así como también la supervivencia del mismo, la cual no se lograba de manera sencilla debido a la falta de sus propios actores, todo lo cual no permitía una prueba certera.

Por ello, la oralidad se tuvo que cambiar por la prueba escrita. Pero, los seres humanos no se conformaron con la traducción y la presentación de un escrito relacionado con la voluntad creadora de sus derechos, debido a que el título así creado no resultaba ser seguro, debido a que el documento podía perderse, y la autenticidad del acto negarse, o bien los testigos desaparecer.

Debido a lo indicado existió la necesidad de materializar la prueba, así como también de tener que recurrir a la grabación de manera gráfica en relación a un elemento físico para que se pudiera hacer visible y de manera perpetua su consideración, motivo por el cual,



los hombres idearon que al ser emitida la voluntad se llevara a cabo entre solemnidades y la misma tuviera que quedar grabada gráficamente sobre un objeto material impregnado de la voluntad creadora, tomándose en consideración una primera decisión del espíritu de conservación de una creación del ser humano, y a esa primera fuente de la génesis del acto legal se le llamó protocolo.

Es de esa manera que el protocolo ha sido una creación que deriva de la necesidad que el ser humano ha tenido de llevar el papel escrito de la voluntad de la creación de las relaciones legales, para que del mismo surgiera, sin riesgo de pérdida alguna, y en caso de duda para el mejoramiento de probar en cuanto a toda la intención contractual, a través de la materialización de manera gráfica y manuscrita.

“A raíz de la ordenación de los instrumentos públicos, el protocolo se relacionó con el derecho positivo y fue adoptado por la mayor parte de las legislaciones y superado por completo por la mayor parte de las mismas por el proceso de transformación”.¹⁹

A través del protocolo se guardan en un lugar seguro los instrumentos públicos y los mismos no sufren el riesgo de perderse, ocasionándose con ello, la pérdida de sus derechos o bien un perjuicio irreparable. Además, es de importancia anotar que cuando los actos y contratos no tienen perdurabilidad se puede excusar el protocolo pero cuando se contraen relaciones jurídicas duraderas, es necesario que los mismos permanezcan de manera íntegra.

¹⁹ Tarragón Albella, Eduardo Manuel. **El protocolo notarial**. Pág. 66.



Como consecuencia de ello, la existencia del protocolo es necesaria para la función notarial de la sociedad guatemalteca, y de importancia para la conservación del instrumento público, asegurando de esa manera los derechos que tienen los otorgantes.

Por otro lado, tiene importancia el protocolo en el medio actual por el sencillo hecho que los actos y negocios jurídicos que se consignan en el mismo, tienen por lo general una determinada durabilidad que se tiene que prolongar con el tiempo, motivo por el cual, en cualquier momento se integra una prueba auténtica sobre las relaciones jurídicas y los derechos que tienen que incorporarse en esos documentos.

4.1. Acepción legal

Son distintas las acepciones de la palabra protocolo, siendo su etimología de poca ayuda para el esclarecimiento de cuál es su sentido propio, debido a que existen diversidad de opiniones en relación a su origen. De forma evidente cabe indicar que es una palabra compuesta del prefijo *proto*, procedente de la voz griega *protos*, y del sufijo *colo* o *colon*, en relación a cuyo significado no se han puesto de acuerdo los distintos tratadistas de la materia.

Cabe indicar que su origen deviene a la práctica llevada a cabo por parte de los *tabelliones* romanos para la conservación de las copias de los documentos que redactaban, así como también existen quienes indican que proviene de la costumbre de los *argentarios* griegos



que desempeñaban funciones de procuración y gestión de negocios de sus clientes para la redacción de contratos que escribían en los libros que guardaban en su poder.

El Fuero Real de España señaló que los escribanos contaran con notas primeras o resúmenes hasta que se llegó a la conservación en poder del notario del texto íntegro del documento y de la *cartae* como una reproducción fiel que en la actualidad se conoce como testimonio, lo cual fue consagrado en la pragmática de Alcalá en el año 1503.

4.2. Conceptualización

“Protocolo es una expresión que cuenta con múltiples expresiones, la cual, en su sentido más común significa una colección de hojas, folios o documentos que se encuentran adheridos unos a otros y que en su conjunto integran un volumen o libro”.²⁰

Se puede indicar que protocolo es el instrumento público notarial, es el libro anual integrado con los instrumentos públicos autorizados por un notario, así como también el formulario que contiene las reglas de etiqueta y diplomacia con que se tratan de manera recíproca los gobiernos y el registro en el que se inscriben las deliberaciones y acuerdos de los Congresos y negocios diplomáticos.

Son varias las acepciones que se le otorgan a la palabra protocolo, motivo por el cual, es mayormente adecuado hacer mención del protocolo del notario o protocolo notarial. En

²⁰ *Ibíd.* Pág. 99.



Guatemala es conocido como protocolo al tomo que se encuentra empastado de los instrumentos autorizados durante un período de tiempo, bien sea un año natural de acuerdo a la ley; también, cabe indicar que tiene relación con el papel sellado especial que se vende de manera exclusiva a los notarios para poder faccionar las escrituras; y al conjunto de escrituras que se llevan faccionadas en el año que transcurre.

4.3. Definición legal

La definición legal de protocolo se encuentra en el Artículo 8 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala al indicar que: “El Protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con esta ley”.

4.4. Garantías del protocolo

Son las que a continuación se indican:

- a) **Permanencia documental en las relaciones jurídicas:** el protocolo notarial es constitutivo de una garantía que presta el Estado para la efectiva perdurabilidad de los actos jurídicos que requieren de la intervención notarial para su total validez jurídica y eficacia legal. Ello, debido a que los protocolos evitan la pérdida de instrumentos públicos, los cuales en manos de las partes, se encuentran bajo la sujeción de un gran riesgo de que resulten extraviados.



La pérdida de esos documentos trae consigo de forma automática la pérdida de la prueba del derecho que se encuentra consignada en los mismos, con lo cual, se les puede ocasionar diversos daños que son irreparables a algunos de los otorgantes del negocio jurídico.

- b) Garantía de ejecutoriedad de los derechos: su razón de ser encuentra su justificación por el hecho de que los actos y negocios jurídicos que se consignan ante los notarios tienen generalmente una determinada durabilidad que se alarga en el tiempo, para lo cual es necesario que los que tienen interés puedan tener a su disposición en cualquier momento una prueba fehaciente.

La misma, tiene que encontrarse relacionada con los derechos y relaciones jurídicas incorporadas en todos aquellos casos en los cuales la posesión de un título es requisito necesario y esencial para la ejecución de un derecho, de manera que ese derecho se tiene que encontrar incorporado de determinada manera al documento.

- c) Autenticidad de los derechos: “El protocolo lleva a cabo una función de autenticación en el sentido de que las reglas legislativas propias a la formación y conservación del mismo dificultan la posible y eventual suplantación de los documentos que hayan sido autorizados, lo mismo que la interrelación de otro entre los que ya constan debidamente ordenados y fechados”.²¹

²¹ *Ibíd.* Pág. 122.



- d) Publicidad de los derechos: los protocolos tienen que cumplir con un trabajo de publicidad, debido a que los negocios jurídicos que autoriza un notario acostumbra lesionar los intereses de terceras personas que no han tenido intervención alguna en su otorgamiento.

Ello, constituye consecuentemente, el mejor procedimiento para que un documento se encuentre al alcance de quien tenga un mayor interés en el examen y hasta poder sacar copias, lo cual se presenta con frecuencia en materia de sus derechos reales.

Las diversas legislaciones señalan la importancia de la publicidad del protocolo notarial, en donde únicamente los interesados pueden verlo y tener conocimiento de su contenido en presencia del notario autorizante o del oficial que lo custodia, a excepción de aquellos casos de otorgamiento del testamento o de las donaciones por causa de muerte.

4.5. Apertura del protocolo

El Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 11: "Los Notarios pagarán en la Tesorería del Organismo Judicial cincuenta quetzales (Q. 50.00), cada año, por derecho de apertura de protocolo. Los fondos que se recauden por este concepto, se destinarán a la encuadernación de los testimonios especiales enviados por los Notarios al Archivo General y a la conservación de los protocolos".



No se necesita ninguna razón de apertura, sino que únicamente es obligatorio el pago de cincuenta quetzales más el impuesto al valor agregado en la Tesorería del Organismo Judicial a través del derecho de apertura, siendo los fondos obtenidos para la conservación y encuadernación de los protocolos que sean depositados en el Archivo General de Protocolos.

El Artículo 12 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “El protocolo se abre con el primer instrumento que el Notario autorice, el que principiará en la primera línea del pliego inicial. Se cerrará cada año el 31 de diciembre, o antes si el Notario dejare de cartular. La razón de cierre contendrá: la fecha; el número de documentos públicos autorizados; razones de legalización de firmas y actas de protocolación; número de folios de que se compone; observaciones, si las hubiere; y la firma del Notario”.

4.6. Contenido y formalidades esenciales

El contenido del protocolo es el siguiente: escrituras públicas o matrices, actas de protocolación, razones de legalización, razón de cierre, índice y los atestados. En el protocolo es de importancia llenar las formalidades que a continuación se dan a conocer:

- a) Los instrumentos se tienen que redactar en español, así como escribirse a máquina o a mano de manera legible y sin abreviaturas.



- b) Los instrumentos deben llevar numeración cardinal y escribirse uno a continuación de otro, en orden riguroso de las fechas y entre cada instrumento únicamente tiene que quedar espacio para las firmas.
- c) El protocolo tiene que llevar foliación cardinal y debe encontrarse escrito en cifras.
- d) En el cuerpo del instrumento, las fechas, las cantidades y los números se tienen que expresar con letras y en caso de que exista discrepancia entre lo escrito en letras y cifras tiene que ser prevaleciente lo escrito en letras.
- e) Los documentos se tienen que insertar o las partes conducentes que se transcriban y se deberán copiar de manera textual.
- f) La numeración fiscal del papel sellado no se puede interrumpir, a excepción de los casos de protocolaciones o que se hubiere terminado la serie y se comience con una nueva.
- g) Los espacios que se encuentren en blanco y que permitan la realización de intercalaciones se tienen que llenar con una línea antes de que sea firmado el instrumento.

El Artículo 14 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Serán nulas las adiciones, entrerrenglonaduras y testados, si no se



salvan al final del documento y antes de las firmas. Las enmendaduras de palabras son prohibidas”.

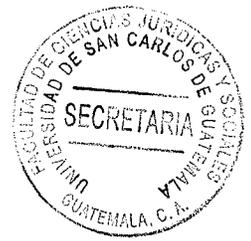
4.7. Cierre del protocolo

Se tiene que cerrar cada año el último día del año natural, pero también se puede cerrar en cualquier momento que el notario deje de cartular. También, cabe indicar que el cierre se lleva a cabo a través de una razón notarial, la cual tiene que contener: la fecha, el número total de instrumentos autorizados indicando cuantos de los mismos son escrituras públicas, el número de actas de protocolización, de razones de legalización, el número de las escrituras que hayan sido canceladas si lo hubieran, así como el total de folios utilizados y las observaciones si fueren necesarias y la firma del notario.

4.8. Índice notarial

Después de la razón de cierre se tiene que redactar el índice de acuerdo a la legislación guatemalteca, el cual, se tiene que hacer de manera necesaria en papel sellado del mismo valor del papel protocolo, debido a la no existencia de papel sellado, el cual se elabora en papel bond y tiene que encontrarse contenido en columnas separadas.

El Artículo 15 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “El índice del protocolo se extenderá en papel sellado del mismo valor del empleado en él, y contendrá en columnas separadas:



- 1° El número de orden del instrumento;
- 2° El lugar y la fecha de su otorgamiento;
- 3° Los nombres de los otorgantes;
- 4° El objeto del instrumento; y
- 5° El folio en que principia.

En el índice podrán usarse cifras y abreviaturas”.

El Código Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 16: “El índice irá fechado y firmado por el Notario y antes de suscribirlo, podrá hacer las observaciones pertinentes”.

4.9. Atestados

El Artículo 17 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “El Notario agregará al final del tomo respectivo del protocolo, los atestados referentes a los instrumentos que autorice, si no hubieren sido transcritos, y la constancia del pago a que se refiere el Artículo 11 de esta ley”.

4.10. Empastado

El Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 18: “El notario mandará a empastar el protocolo dentro de los treinta días siguientes a su cierre”.



El empastado se puede hacer en uno o más tomos, de acuerdo de su volumen, siendo usual su realización en un mismo tomo. No se puede empastar en un mismo tomo dos o más años.

4.11. Depósito

El notario no es propietario del o de los protocolos, debido a que solamente es depositario del mismo y tiene bajo su responsabilidad su conservación. El hecho que sea él quien lo adquiera y compre el papel no lo hace propietario del mismo.

La legislación guatemalteca señala los casos de depósito del protocolo, algunos de los cuales son de manera temporal y otros de forma definitiva, siendo los mismos los que a continuación se indican:

- a) Por ausencia del país por tiempo menor de un año.
- b) Por ausencia del país por más de un año.
- c) Por inhabilitación.
- d) Por entrega de carácter voluntario.
- e) Por fallecimiento.



Cuando sucede el caso de ausencia del país por más de un año el notario tiene que dejar depositado su protocolo en otro notario hábil, dando un aviso debidamente firmado y sellado por ambos notarios al Archivo General de Protocolos. En esos casos, cabe indicar que el notario en el cual queda en depósito el protocolo, se pueden extender las copias o testimonios que sean necesarios, debido a que cuenta con la facultad para el efecto y ningún otro notario puede hacerlo, pero desde luego no podrá autorizar escrituras en ese protocolo que le haya sido depositado.

Además, mientras dure la ausencia del notario depositante, el depositario es responsable de la guarda y custodia de ambos protocolos, debido a que la legislación exige que también sea un notario hábil. Al existir ausencia del país del notario por más de un año el protocolo se tiene que depositar en el Archivo General de Protocolos, de manera directa si es en la capital, o a través del juez de primera instancia en los departamentos. En esos casos es el Director del Archivo General de Protocolos el único que tiene la facultad para expedir copias y testimonios.

Además, en los casos en los que el notario quede inhabilitado por cualquier motivo, tiene que entregar sus protocolos al Archivo General de Protocolos en la capital y al juez de primera instancia en los departamentos para que los mismos lo remitan al Archivo, siendo el Director del mismo el que tiene las facultades de extender las copias y los testimonios que le sean solicitados. Cuando un notario de manera voluntaria toma la decisión de dejar de cartular también puede hacer la respectiva entrega de los protocolos al Archivo y puede



sucedir el caso de que realice dicha devolución por su edad, algún padecimiento médico o porque sencillamente desee hacerlo.

En los casos anteriores los protocolos tienen que ser devueltos por requerimientos personales del notario depositante al quedar sin efecto alguno la causa que motivó el depósito correspondiente.

En el caso del fallecimiento del notario los albaceas, los herederos, parientes o cualquier otra persona que tenga en su poder protocolos de un notario fallecido tiene que depositarlos dentro de los treinta días siguientes al fallecimiento al Archivo General de Protocolos si fuere en la capital; al juez de primera instancia si estuviera en una cabecera departamental, o al Alcalde, si estuviese en un municipio, en esos casos, estos funcionarios tienen que remitirlo dentro de los ocho días siguientes del depósito al Archivo General de Protocolos.

4.12. Autoridad legal competente para ordenar el trámite de reposición de protocolos

El protocolo surge debido a la necesidad de los seres humanos de materializar en un escrito la voluntad creadora de sus derechos, así como de materializar los medios de prueba, de recurrir a la impresión gráfica relacionada con un elemento físico que hiciera visible y duradera su consideración, de forma que los hombres idearon que al ser emitida la voluntad se hiciera entre solemnidades y quedara grabada de manera descriptiva sobre



un objeto material conservador de la creación del hombre, siendo a ese acto jurídico al que se le denomina protocolo.

Diversos son los términos de la palabra protocolo siendo su etiología de poca ayuda para el esclarecimiento del verdadero sentido de la palabra, debido a que existen distintas opiniones relacionadas con su origen.

“Su origen legal más remoto se encuentra en el derecho Justiniano, debido a que en el capítulo segundo de la Novella de Constantinopla del año 537, se mandó que los notarios de oriente no escribiesen los documentos en papel blanco, sino en el protocolo”.²²

El Fuero Real fue el primer cuerpo de leyes, de orden general y con sentido del devenir histórico que el derecho español proporcionó con la noción de protocolo, el cual fue concluido y publicado por la Novísima Recopilación que es el antecedente más próximo del protocolo.

La obligatoriedad de tenerlo es para los actos auténticos y tienen que contener los volúmenes anuales, numeración de las actas, foliado de todas las hojas de cada volumen, márgenes de las hojas, tanto en ambos lados como en la parte de abajo, apertura y cierre del volumen anual, la posibilidad de la división del volumen anual en varios tomos, la obligación de protocolizar cada año el mismo y la responsabilidad del notario en relación con la integridad y conservación de los protocolos.

²² *Ibíd.* Pág. 150.



El protocolo se integra con todos los volúmenes de las actuaciones del notario, conteniendo cada uno todas las actas que se escrituren. Esas actas deben llevar el número que les corresponda, escritos en letras y un debido orden de fechas. Las hojas tienen que ser foliadas, es decir marcadas con el número que les pertenezca.

El mismo se integra con todos los volúmenes de las actuaciones del notario conteniendo cada uno todas las actas que se escrituren entre el primer día de enero y el 31 de diciembre de cada año. Las hojas tienen que ir foliadas, es decir marcadas con el número que les sea perteneciente y escribirse en letras o dígitos.

El Artículo 91 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “El juez instruirá la averiguación que corresponde, terminada la cual resolverá declarando procedente la reposición, y en caso de delito, mandará que se abra procedimiento criminal contra los presuntos culpables”.

Además, cuando no exista posibilidad alguna de la presentación de testimonios o de copias legalizadas, y las escrituras hayan sido registradas, el juez es el encargado de pedir la certificación respectiva de las partidas al Registro de la Propiedad de Inmueble o de los duplicados que en él existan.

El Artículo 94 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Si aún faltaren por reponer algunas escrituras el juez citará de nuevo a los interesados, para consignar, en acta, los puntos que tales escrituras contenían.



En caso de desacuerdo de los otorgantes, o si no fuere posible su comparecencia, los interesados harán efectivos sus derechos en la vía ordinaria”.

La tesis desarrollada es una fuente de útil consulta para la bibliografía del país y de apoyo para estudiantes, profesionales del derecho y ciudadanía en general al dar a conocer la autoridad legal competente para ordenar el trámite de protocolos en la sociedad guatemalteca.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El notario es un profesional del derecho y en su función escucha a los clientes dándole forma legal a la voluntad de los mismos, a quienes aconseja y asesora con sus conocimientos jurídicos y después redacta el instrumento requerido autorizándolo para darle toda la fuerza legal respectiva, conservándolo a su vez para darle permanencia y al crear los documentos materializa la voluntad de las partes y señala los límites de los derechos y obligaciones de cada uno, llevando a cabo la prueba idónea de las obligaciones contractuales. Además, al tener conocimiento de la pérdida, destrucción o del deterioro del protocolo, tiene que dar aviso al juez de primera instancia de su domicilio para la realización de los trámites de la reposición, siendo las personas que pueden denunciar un delito público quienes también tienen derecho de poner en conocimiento del juez el hecho que haga necesaria la reposición del protocolo correspondiente.

Lo que se recomienda es señalar claramente que después de declarada procedente la reposición del protocolo, el juez le pida a la Corte Suprema de Justicia las copias de los testimonios que hayan sido enviados por el notario y que correspondan al protocolo que se tenga que reponer, y en el caso de que los testimonios no existan en el Archivo de Protocolos por cualquier motivo se tendrán que pedir las copias que existieren en el Registro de la Propiedad de Inmueble citándose a los otorgantes e interesados, previniéndoles para el efecto de la presentación de los testimonios o copias que tengan en su poder.





BIBLIOGRAFÍA

- BORREL GARCÍA, Joaquín. **La actuación del notario**. 5ª. ed. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2007.
- CASTILLO OGANDO, Nelson Rudy. **Estudios de derecho notarial**. 4ª. ed. Madrid, España: Ed. Ediciones Jurídicas Trajano, 2006.
- GARCÍA COLLANTES, José Manuel. **Pérdida del protocolo notarial**. 3ª. ed. Barcelona, España: Ed. Reus, 2011.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Mario Roberto. **Anales de derecho notarial**. 2ª. ed. México, D.F.: Ed. Historias, 2012.
- MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos. **Introducción al derecho notarial**. 4ª. ed. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2000.
- MARTOS QUEZADA, Jesús Alejandro. **Fundamentos de derecho notarial**. 4ª. ed. Madrid, España: Ed. Temis, 2010.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. 6ª. ed. Guatemala: Ed. Llerena, S.A., 1998.
- NAVAS ORDOÑEZ, Diego Enrique. **Seguridad jurídica y notarial**. 2ª. ed. Barcelona, España: Ed. Ensayos, 2012.
- PÉREZ DE MADRID, José Saúl. **Legislación notarial**. 2ª. ed. Barcelona, España: Ed. Jurídica, S.A., 2002.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio Rodrigo. **Derecho notarial y registral**. 2ª. ed. Madrid, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2005.
- TARRAGÓN ALBELLA, Eduardo Manuel. **El protocolo notarial**. 5ª. ed. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2011.



URIZAR DIEGUEZ, Otto Dionisio. **Derecho notarial**. 3^a. ed. Barcelona, España: Ed. Ariel, 2009.

VEGA CALDERÓN, Carlos Mauricio. **Problemas notariales**. 4^a. ed. Madrid, España: Ed. Bosch, 1999.

ZAMBRANO SÁNCHEZ, Silvia María. **La función notarial**. 2^a. ed. México, D.F.: Ed. Litografía Jurídica, 2007.

Legislación:

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

Código de Notariado. Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, 1947.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1999.