

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

**EXISTENCIA DE LAGUNAS LEGALES EN EL TÍTULO XIII DEL CÓDIGO DE
NOTARIADO, EN EL CASO DE LA REPOSICIÓN POR PÉRDIDA, DESTRUCCIÓN Y
DETERIORO DEL PROTOCOLO A CARGO DEL NOTARIO, AL NO ESTABLECER LA
VÍA JUDICIAL NI EL PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO PARA LA REPOSICIÓN DEL
MISMO**

MARÍA DE LA LUZ LAU DUARTE

GUATEMALA, JULIO 2009.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

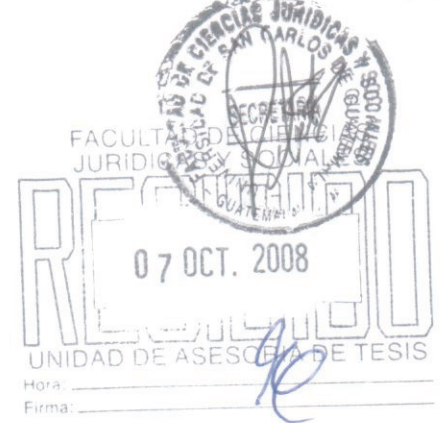
Presidente: Lic. Luis Alfredo González Rámila
Vocal: Lic. Sergio Castro Romero
Secretario: Lic. Gloria Melgar de Aguilar

Segunda Fase:

Presidente: Lic. David Sentés Luna
Vocal: Lic. Ramiro Toledo
Secretario: Lic. Dora René Cruz Navas

NOTA: “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).

LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
ABOGADO Y NOTARIO
5ª. Avenida 4-29 zona 9 Guatemala C.A.
Teléfono 23325867



Guatemala, 26 de junio de 2008.

Licenciado
4 Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.

Señor Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis:


En cumplimiento de la resolución dictada por la Dirección a su cargo, por la cual se me designó asesor de tesis de la estudiante **MARIA DE LA LUZ LAU DUARTE**, en la realización del trabajo titulado "EXISTENCIA DE LAGUNA DE LEY EN EL ARTÍCULO NOVENTA DEL CÓDIGO DE NOTARIADO, AL NO SEÑALAR EL ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER SOBRE LA REPOSICIÓN POR PÉRDIDA DEL PROTOCOLO DEL NOTARIO", respetuosamente me permito informar a usted lo siguiente:

- a) Que procedí al asesoramiento y análisis del referido trabajo, el cual se encuentra elaborado conforme la perspectiva doctrinaria y exegética de los textos legales relacionados con el tema objeto de la investigación.
- b) Las conclusiones y las recomendaciones que se vierten, son congruentes con el trayecto de la investigación.
- c) El trabajo realizado, contenido en 5 capítulos, comprende los aspectos más importantes del tema tratado, desarrollándose técnicamente la bibliografía consultada, la cual es adecuada y suficiente.
- d) En el trabajo de mérito se destacan dos asuntos importantísimos como lo son, la competencia de los órganos jurisdiccionales y la reposición por pérdida del protocolo.

En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas y la redacción son congruentes con los temas tratados en la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo Público, resulta procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Atentamente,

Colegiado No. 3051


Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
ABOGADO Y NOTARIO



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diecisiete de octubre de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) GLADYS ELIZABETH GIRÓN HERRERA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARÍA DE LA LUZ LAU DUARTE, Intitulado: "EXISTENCIA DE LAGUNA DE LEY EN EL ARTÍCULO NOVENTA DEL CÓDIGO DE NOTARIADO, AL NO SEÑALAR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER SOBRE LA REPOSICIÓN POR PÉRDIDA DEL PROTOCOLO DEL NOTARIO".

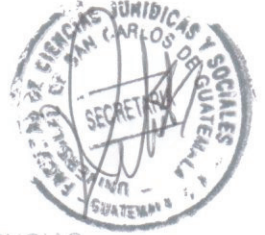
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración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


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

cc.Unidad de Tesis
CMCM/ragm

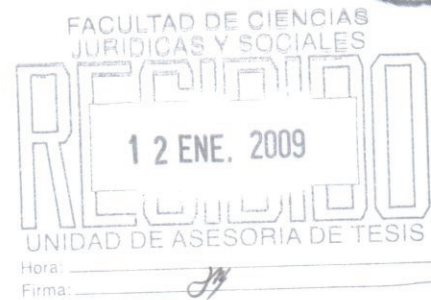


LICDA. GLADYS ELIZABETH GIRON HERRERA
ABOGADA Y NOTARIA
15 Avenida 9-69 zona 13, Guatemala C.A.
Teléfono: 2248-3200 Consultoría



Guatemala, 17 de noviembre de 2008.

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria.



Licenciado Castro Monroy:

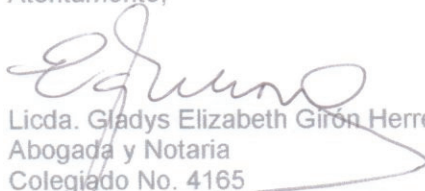
Tengo el honor de dirigirme a usted, en virtud que fui nombrada REVISORA de tesis de la estudiante **MARIA DE LA LUZ LAU DUARTE**, según resolución dictada por la Dirección a su cargo, con fecha diecisiete de octubre del año en curso, por lo cual me permito informarle lo siguiente:

Procedí a revisar el trabajo de tesis intitulado "EXISTENCIA DE LAGUNA DE LEY EN EL ARTÍCULO NOVENTA DEL CÓDIGO DE NOTARIADO, AL NO SEÑALAR EL ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER SOBRE LA REPOSICIÓN POR PÉRDIDA DEL PROTOCOLO DEL NOTARIO", creyendo conveniente modificar el título de la tesis elaborada, pues no solamente existe una laguna legal en el artículo noventa del Código de Notariado, sino ésta laguna se extiende a otros artículos relacionados con el tema; por lo que se decidió denominarlo de la siguiente forma: "EXISTENCIA DE LAGUNAS LEGALES EN EL TITULO XIII DEL CÓDIGO DE NOTARIADO, EN EL CASO DE LA REPOSICIÓN POR PÉRDIDA, DESTRUCCIÓN Y DETERIORO DEL PROTOCOLO A CARGO DEL NOTARIO, AL NO ESTABLECER LA VIA JUDICIAL NI EL PROCEDIMIENTO ESPECIFICO PARA LA REPOSICIÓN DEL MISMO"; así mismo, formulé algunas recomendaciones a la estudiante, lo cual cumplió bajo mi inmediata supervisión.

Para el efecto, le comunico que la técnica, metodología, formas de redacción y bibliografía utilizadas en el trabajo elaborado por la estudiante, fueron las adecuadas; emitiendo conclusiones y recomendaciones acordes con su trabajo, llegando a ser una contribución importante para el ordenamiento jurídico de Guatemala. El trabajo reúne los requisitos y cumple especialmente con lo establecido en el reglamento para Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis.

Por lo anteriormente expuesto y por haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Exámen General Público, procedo a emitir DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis revisado, el cual podrá ser discutido en Exámen Público de Tesis, previo a optar a los títulos profesionales de Abogada y Notaria y al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,


Licda. Gladys Elizabeth Girón Herrera
Abogada y Notaria
Colegiado No. 4165

Licda. Gladys Elizabeth Girón Herrera
ABOGADA Y NOTARIA
COL. 4165

Licda. Gladys Elizabeth Girón Herrera
JEFE DE LA SECCION DE CONSULTORIA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cinco de mayo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARÍA DE LA LUZ LAU DUARTE, Titulado EXISTENCIA DE LAGUNAS LEGALES EN EL TITULO XIII DEL CÓDIGO DE NOTARIADO, EN EL CASO DE LA REPOSICIÓN POR PÉRDIDA, DESTRUCCIÓN Y DETERIORO DEL PROTOCOLO A CARGO DEL NOTARIO, AL NO ESTABLECER LA VIA JUDICIAL NI EL PROCEDIMIENTO ESPECIFICO PARA LA REPOSICIÓN DEL MISMO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/siñ



DEDICATORIA

A Dios:

Porque eres un Dios grande, poderoso y vas delante de mi; pues todo es tuyo Señor. LA VICTORIA ES TUYA. **Te amo.**

A mi mamita linda:

Por todo su amor, apoyo, comprensión, confianza, consejos y por estar a mi lado. Eres mi gran tesoro. **TE AMO POR SIEMPRE.**

A mi papito:

Aunque ya no estás a mi lado, sé que algún día volveremos a vernos y estaremos juntos por siempre. Este triunfo es tuyo también papi. **Te amo.**

A mis hermanos:

Blanca, Oscar, Dieguito y Josuecito, gracias por su apoyo, comprensión y por estar siempre cuando más los he necesitado. Son una bendición para mi vida. **Los amo con todo mi corazón.**

A:

Todos los hermanos de Iglesia de Cristo Judá, en especial a mis pastores Hno. Daniel y Hna. Gladys Camacho. Gracias por sus oraciones, apoyo y consejos.

A mis amigos:

Jessica Mayorga, Verónica, Marivel, Karen Anaité, Alvarín, Allan, Giovanni, Alicia, Mauricio, Gerardo, Pedro, Saúl y Zambrano, por todos los momentos que compartimos juntos. Siempre ocuparán un lugar muy especial en mi corazón.

A Roberto:

Porque siempre has estado brindándome tu apoyo y amistad. Te aprecio por la persona y amigo que eres. Gracias por todo.

A: **Todos mis catedráticos y amigos profesionales,** por sus enseñanzas, consejos y apoyo incondicional.

A: **la Gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala,** especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme guiado y enseñado a ser una mujer de éxito.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El notario.....	1
1.1 Definición.....	1
1.2 Requisitos y formación jurídica profesional.....	4
1.3 Causas de inhabilitación para el ejercicio.....	8
1.4 Causas de incompatibilidad para el ejercicio.....	9
1.5 Quiénes sí pueden ejercer el notariado.....	10
1.6 Responsabilidad profesional del notario.....	11
1.2. De la función notarial.....	14
1.2.1 Aspectos de la función notarial.....	15
1.2.2 Finalidades de la función notarial.....	19
1.2.3 Características de la función notarial.....	20

CAPÍTULO II

2.1 El protocolo como instrumento público.....	23
2.1.1 Definición de instrumento público.....	23
2.1.2 Fines del protocolo notarial.....	24
2.1.3 Características del instrumento público.....	25
2.1.4 Valor del instrumento público.....	27
2.1.5 Clases.....	28
2.1.6 Legislación guatemalteca.....	28

CAPÍTULO III

	Pág.
3. El protocolo notarial y la responsabilidad profesional	31
3.1 El protocolo notarial.....	31
3.2 Apertura del protocolo como registro notarial	33
3.3 Clases de instrumentos públicos.....	34
3.4 Formalidades dentro del protocolo notarial.....	37
3.2 Reposición del protocolo notarial.....	38
3.2.1 Pérdida, destrucción y deterioro del protocolo.....	38
3.2.2 Pérdida del protocolo.....	39
3.3 Proyecto de procedimiento para la reposición del protocolo.....	41
3.3.1 Propuesta del proyecto para la reposición del protocolo.....	44

CAPÍTULO IV

4. Jurisdicción y competencia del notariado.....	49
4.1. La jurisdicción	49
4.2 Principios informadores.....	52
4.3 Extensión y límites de la jurisdicción en Guatemala.....	54
4.4 La noción de competencia.....	55
4.5 La competencia objetiva.....	58
4.6 La competencia funcional.....	60
4.7 La competencia territorial.....	61
4.7.1 La sumisión.....	62
4.7.2 La prórroga de la competencia territorial.....	65
4.8 Reparto de demandas.....	67

CAPÍTULO V

	Pág.
5. Lagunas legales.....	71
5.1 Generalidades.....	71
5.2 Concepto.....	72
5.2 Interpretación e integración.....	74
5.2.1 Concepto.....	74
5.3 La ley y las resoluciones judiciales.....	76
5.3.1 Relaciones entre la ley y las resoluciones judiciales.....	76
5.3.2 El sentido de la ley y la voluntad del legislador.....	78
5.4 Casos prácticos.....	80
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91

INTRODUCCION

Uno de los fines principales del Estado, es brindar protección y seguridad a la sociedad, para lo cual varias instituciones dentro del derecho coadyuvan para alcanzar ese fin; y el derecho notarial no es la excepción, puesto que el notario como profesional del derecho, ha sido investido de la facultad suficiente para otorgar la seguridad de aquellos sujetos que acuden a éste para que a través de la creación de determinados instrumentos jurídicos, plasma la voluntad de los sujetos, permaneciendo pues, a través del tiempo. Así también, esa seguridad y protección se extiende hacia los órganos jurisdiccionales, al ser facultados para administrar la justicia a través de la interpretación de las leyes y su aplicación en casos concretos.

En este orden de ideas, el trabajo de investigación pretende estudiar las lagunas legales existentes en el Título XIII del Código de Notariado, específicamente en los Artículos 90, 91 y 92 de dicho cuerpo legal, relacionados con la falta de determinación del Órgano Jurisdiccional competente para conocer sobre la reposición por la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo a cargo del notario; así también, relacionados con la no regulación de la vía judicial y el procedimiento específico para tramitar y resolver la reposición del protocolo, mediante la utilización de conceptos, leyes y principios doctrinarios y legales que reflejen objetivamente y con claridad científica su importancia; agilizando así los procedimientos utilizados por los órganos jurisdiccionales guatemaltecos y solucionando los problemas jurídicos referente a la reposición por pérdida, destrucción o deterioro del protocolo a cargo del notario, tomando en cuenta el tiempo que dicho procedimiento conlleva; siendo esto la importancia del presente trabajo.

El presente trabajo se divide en cinco capítulos, el primer capítulo, trata sobre el notario y su función como profesional; el segundo, es acerca de los medios que el notario tiene para materializar y dejar constancia de la voluntad de los requirentes; el tercero, trata sobre los diferentes riesgos que existen sobre el protocolo notarial por diversas causas, entre ellas la pérdida, la destrucción y el deterioro del mismo; el capítulo cuarto, se refiere a la facultad y competencia de los jueces para conocer sobre el caso de la reposición por pérdida, destrucción o deterioro del protocolo a cargo del notario. Por último, el capítulo quinto, donde se estudia y analiza lo relativo

a las lagunas legales y la interpretación e integración de la ley; analizando casos reales relacionados con la reposición del protocolo. Asimismo, en este capítulo se proponen las reformas que deben realizarse en el Código de Notariado, específicamente en los Artículos 90, 91, 92 de dicho cuerpo legal.

Es mi intención, que el presente trabajo ayude al lector a resolver las interrogantes que surgen por la existencia de las lagunas legales en el Título XIII del Código de Notariado; proponiendo soluciones prácticas, como un aporte para el notario guatemalteco y la sociedad en general, con el fin de apoyar al cumplimiento de la seguridad jurídica. Así también, motivarle para que no se conforme con la información aquí contenida, sino también, apoye la propuesta a la reforma de dicho Artículo para obtener una justicia pronta y eficaz.

CAPÍTULO I

1. El notario

En el presente capítulo, se puede observar las diferentes fases y aspectos necesarios para la formación de una persona como profesional del derecho, estableciendo quiénes son capaces y quiénes incompatibles para el ejercicio del notariado. Así mismo, se determina lo relativo a la función que el notario ejerce, los aspectos más relevantes de la misma, la finalidad y características de la función que el notario en su ejercicio debe ejercer.

1.1. Definición:

Existen teorías que explican que el notario es un funcionario público y otras que explican que es un profesional encargado de ejercer una función pública. Así también, existen sistemas notariales, que nos ayudan a comprender y entender de una mejor manera el papel que juega el notario dentro de la sociedad; específicamente entre la sociedad guatemalteca.

Dentro de los Sistemas Nariales que existen, resaltan el Sistema Latino y el Sistema Sajón, por lo que haré una breve explicación en relación a ambos.

Como explica Nery Muñoz¹, “existen características dentro del Sistema Latino, entre las cuales se pueden mencionar: Pertenece a un Colegio Profesional, en el caso de Guatemala, al Colegio de Abogados y Notarios, ya que se ejercen conjuntamente ambas profesionales; la responsabilidad en el ejercicio profesional es personal; el ejercicio puede ser cerrado (más conocido como notariado de número o numerario); o abierto (no existen limitaciones dentro del territorio nacional), o limitado e ilimitado; debe ser profesional universitario; desempeña una función pública, aunque no depende directamente son las de un funcionario público; es un profesional del derecho”.

¹ Muñoz, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Pág. 35.

Dentro de las funciones que existen dentro del Sistema Latino, encontramos las siguientes:

- ❖ Desempeña una función pública.
- ❖ Le da autenticidad a los hechos y actos ocurridos en su presencia, los cuales según la ley guatemalteca, producen fe y hacen plena prueba.
- ❖ Recibe e interpreta la voluntad de las partes, dándole forma legal al faccionar el instrumento público.

El Sistema Sajón, se caracteriza porque:

- ❖ No entra a orientar sobre la redacción del documento, por lo tanto no da asesoría a las partes.
- ❖ Es necesaria una cultura general y algunos conocimientos legales no es obligatorio tener título universitario.
- ❖ La autorización para su ejercicio es temporal, pudiendo renovarse la autorización.
- ❖ Se está obligado a prestar una fianza para garantizar la responsabilidad en el ejercicio.
- ❖ No existe colegio profesional y no llevan protocolo.

Su principal función consiste en autenticar firmas en documentos que le llevan preparados, su actividad se concreta a dar fe de la firma o firmas.

Para Enrique Giménez, el notario es “El funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”.²

² Giménez Arnau, Enrique. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Pág. 13.

Carlos Gattari lo define como: “Persona autorizada que conforme a Derecho, da fe instrumental de los hechos, actos y negocios jurídicos de Derecho Privado realizados voluntariamente y, si bilaterales, en acuerdo autónomo”.³

En el primer congreso de Unión Internacional del Notariado, celebrado en Buenos Aires, Argentina en 1948, fue aprobada la siguiente definición: “El notario es el profesional del derecho, encargado de una función pública, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fe de su contenido. En su función está contenida la autenticación de hechos”.⁴

Es necesario, hacer remembranza, que en el año de 1977 se realizó en Guatemala el XIV Congreso de Notariado Latino, durante el gobierno del entonces Presidente de la República, Kjell Eugenio Laugerud García. Con este motivo, el entorno nacional y político, fue propicio para que se aprobara la propuesta de ley, directamente relacionada con la ampliación de las funciones del notario, que oportunamente –en el año 1971- elaboró el connotado jurista Dr. Mario Aguirre Godoy. El proyecto original comprendía un mayor número de asuntos de los que finalmente fueron aprobados. Los asuntos que no se incluyeron en la nueva ley fueron el Divorcio Voluntario y la Titulación Supletoria. No obstante lo cual, fue posible ampliar las funciones del notario en Guatemala, al incluirse dentro del Decreto 54-77 del Congreso de la República, 17 nuevos asuntos que podían tramitarse en jurisdicción voluntaria ante notario.

Con base en lo anterior, el notario es también el profesional liberal del derecho facultado para conocer, tramitar y resolver algunos asuntos no contenciosos, llamados en nuestro medio Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

³ Gattari, Carlos Nicolás. **Manual de derecho notarial**. Pág. 379.

⁴ Primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado. Buenos Aires, Argentina, 1948.

❖ Definición Legal:

Según establece el Artículo 1 del Código de Notariado, Decreto 314, **“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”**.

1.2. Requisitos y formación jurídica profesional

Según establece el Artículo 2 del Código de Notariado, Decreto 314, para ejercer el notariado se requiere:

- a) Ser guatemalteco natural. Creo oportuno mencionar que según el Artículo 7, de la Ley de Nacionalidad, Decreto 1613 del Congreso de la República, establece que para los efectos de dicha ley, los términos “natural, de origen y por nacimiento”, referidos a la nacionalidad son sinónimos. Así también, la Constitución Política de la República, en su Artículo 144, establece lo relativo a la nacionalidad de origen, al regular que son guatemaltecos de origen, los nacidos en el territorio de la República de Guatemala...
- b) Ser mayor de edad. Tanto el Artículo 147 de la Constitución Política de la República, como el Artículo 8 del Código Civil, Decreto Ley 106, regulan que la mayoría de edad es de 18 años.
- c) Del estado seglar. No debe ser un religioso de profesión –sacerdote, pastor, rabino, etc.- (Seglar=Laico, sin órdenes religiosas); no debe ser ministro de ningún culto.
- d) Domiciliado en la República. Según establece el Código Civil, Decreto Ley 106; en su Artículo 32, el cual regula que “el domicilio se constituye voluntariamente por la residencia en un lugar con ánimo de permanecer en él”; así en su Artículo

33, establece “Se presume el ánimo de permanecer, por la residencia continua durante un año en el lugar. Cesará la presunción anterior si se comprobare que la residencia es accidental o que se tiene en otra parte.” Esta norma es la que permite ejercer libremente el notariado en cualquier lugar de la república, ya que no impone limitaciones con respecto al territorio. Incluso se puede ejercer fuera del territorio nacional, cuando los actos y contratos van a surtir efectos en Guatemala, tal es el caso de los Cónsules, regulado en el numeral 2 del Artículo 5, del Código de Notariado, y en los casos de que el notario guatemalteco estuviera en el extranjero, regulado en la Ley del Organismo Judicial.

- e) Haber obtenido el título facultativo en la República o la incorporación con arreglo a la ley. Pertenece a una facultad. En este caso, se refiere a una facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en el medio centroamericano, en donde haya obtenido los títulos de Abogado y, específicamente, de notario. Este, además, es uno de los requisitos que caracteriza el ejercicio profesional dentro del Sistema del Notariado Latino. En relación a la incorporación con arreglo a la ley, es necesario recordar que únicamente la Universidad de San Carlos de Guatemala, está facultada para autorizar las incorporaciones de cualquier profesión, según lo establecen los Artículos 132 al 138 de la Ley de la Universidad de San Carlos de Guatemala, lo cual está respaldado constitucionalmente en el Artículo 87 segundo párrafo de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- f) Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales. Es necesario recordar que el registro se hace mediante certificación que extienden las Facultades; la firma y sello que se registran, son los que utilizará el notario en su ejercicio profesional, siendo prohibido la utilización de firma o sello no registrado, según lo establece el Artículo 77 del Código de Notariado. El sello usualmente de hule, sustituyó como ya se dijo al signo notarial, lo que resulta mucho más cómodo, aunque fácilmente falsificable. Puede utilizarse cualquier otro tipo de sello de mayor seguridad. En el sello, la ley no exige que aparezcan

los nombres y apellidos completos, sino que los nombres y apellidos usuales del notario. Sin embargo es más frecuente encontrar registrados con los nombres y apellidos completos. En cualquier momento se puede registrar una nueva firma y un nuevo sello, sustituyendo a los anteriores. En todos los sellos aparecen los títulos: Abogado y Notario.

- g) Ser de notoria honradez. En cuanto a honradez, debe tenerse presente lo prescrito en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Así, en el cuarto considerando se establece: “Que los servicios profesionales, en su diversidad de actividades, deben dirigirse a conseguir la justa, pacífica, armónica y funcional convivencia del conglomerado social, y deben prestarse ajustados a claras normas éticas y morales, que exigen de cada profesional honor, decoro, rectitud, respeto y dignidad en todas y cada una de sus actuaciones, dignidad profesional que exige de cada miembro una conducta recta y ejemplar, pus debe ser un paradigma de honestidad”. Así también en el Artículo 18 del mismo cuerpo legal, establece: “En la conducción de los asuntos ante jueces y autoridades, debe obrar con probidad y buena fe, evitando afirmar o negar con falsedad, o hacer citas mutiladas o maliciosas”.
- h) A pesar que el Código de Notariado no lo determina expresamente como requisito, “ser colegiado activo” es requisito indispensable para poder ejercer como notario, de conformidad con lo establecido en el Artículo 90 de la Constitución Política de la República, lo cual es obligación de todos los profesionales universitarios y no sólo para los notarios o los abogados.

Mario Aguirre Godoy, en el trabajo sobre la Capacitación Jurídica del Notario, que presentó al VI encuentro Internacional de Notariado Americano en 1970, citando a De la Cámara y Roán Martínez, expresa que “la formación del notario debe comprender una formación técnica y humana.

La Formación Técnica, explican, se puede dar en dos sentidos: Un “saber hacer” por repetición mecánica (hábito) y un saber hacer conociendo el porque de esa actitud y sus causas inmediatas.

La Formación Humana, sigue expresando, en los aspectos de formación moral, formación intelectual, mediante el conocimiento de las disciplinas que dan significado a la vida de cualquier hombre.”⁵

Continúa afirmando Aguirre Godoy: “El Notariado es una profesión de servicio, que es lo que la ennoblece como a las demás profesiones que cubren necesidades de la comunidad. La actividad del notario está señalada por su carácter de depositario de la fe pública y por ello no admite desviaciones ni quebrantos que puedan turbar la confianza a que él debe ser acreedor. Es una profesión de vocación cimentada sobre las bases científicas y éticas.”⁶

“El notario y el abogado, como: profesionales del Derecho, deben tener, básicamente, una formación jurídica común. Las dos son profesiones de servicio y su encauzamiento y dirección debe corresponder, a nuestro juicio, a la Universidad.”⁷

Una de las grandes diferencias que existen entre el sistema latino y el sistema sajón, es que dentro del Sistema Notarial Latino, es necesario que el notario tenga una formación universitaria básica, un conocimiento del Derecho tanto dentro de la República de Guatemala como entre otros países; y la única manera de poder obtener esa formación proviene de una Facultad de Derecho.

Algunos piensan que debería prepararse mejor al abogado y al notario para hacer una carrera eminentemente jurídica. Sin embargo, autores como Santiago López Aguilar,

⁵ Aguirre Godoy, Mario. **La Capacitación jurídica del notario**. Pag. 2.

⁶ Ibidem. Pag. 3.

⁷ Aguirre Godoy, Mario. **La capacitación jurídica del notario**. Pág. 2.

plantea los inconvenientes de esto, ya que como él afirma: “se llegaría a la producción de artesanos en derecho”.⁸

En el V Seminario de Reflexión de los Notariados Americanos, llevado a cabo en Acapulco, México, en octubre de 1988, se presentó un trabajo del Licenciado Marco Tulio Melini Minera, sobre la formación y capacitación continua de los aspirantes a notario, en él establece: “En Guatemala el trabajo se ha comenzado con una etapa de consolidación y fortalecimiento del Derecho Notarial, tanto a nivel nacional como internacional, con la ampliación de la enseñanza universitaria más técnica y creativa y la realización de encuentros y jornadas locales y departamentales, así como con la masiva participación de notarios en eventos internacionales”.⁹

1.3. Causas de Inhabilitación para el ejercicio

Existen causas que imposibilitan, de manera absoluta, el ejercicio del notariado para aquellas profesiones que no obstante cumplir con todos los requisitos habilitantes, se encuentren en alguno de los casos establecidos por el Código de Notariado, por lo que, en principio, no son subsanables. Establece el Artículo 3 del Código de Notariado, Decreto Ley 106, que tienen impedimento para ejercer el notariado:

1. Los civilmente incapaces: Según el Código Civil, Decreto Ley 106, en el Artículo 9, establece que los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción, las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se exponen ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos. Tanto la incapacidad como el estado de interdicción, deben ser declaradas judicialmente.

⁸ López Aguilar, Santiago. **Introducción al derecho**. Pág. 21.

⁹ Melini Minera, Marco Tulio. **Formación y Capacitación Continua de los Notarios y de los Aspirantes a Notario**. Formas de implementación. Pulicación No. 23 y 24 del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial.

2. Los toxicómanos y ebrios habituales;
3. Los ciegos, sordos o mudos, y los que adolezcan de cualquier otro defecto físico mental que les impida el correcto desempeño de su cometido; y
4. Los que hubieren sido condenados por alguno de los delitos siguientes falsedad robo, hurto, estafa, quiebra o insolvencia fraudulenta, cohecho e infidelidad en la custodia de documentos, y en los casos de prevaricato y malversación que señalan los Artículos 240 – 244 y 288 del Código Penal.

1.4. Causas de Incompatibilidad para el ejercicio

A diferencia de lo previsto con anterioridad, se establecen las causas que determinan la incompatibilidad para el ejercicio de la profesión en forma temporal. Por ejemplo, si una persona es nombrada para un cargo público de los establecidos en el Artículo 4º. del Código de Notariado no podrá ejercer el notariado en tanto dure el nombramiento. En el caso del numeral 1º. que prevé la existencia de auto de prisión por los delitos a que refiere el inciso 4º. del Artículo 3, el notario tiene incompatibilidad de ejercer su profesión en tanto esclarezca la situación. Si es profesional de manera plena.

Se reconocen como incompatibilidades en el ejercicio profesional, a los casos en que se encuentran o se pueden encontrar algunos notarios, de verse impedidos temporalmente de ejercer el notariado, estos están regulados en el Artículo 4 Código de Notariado.

1. Los que tengan auto de prisión motivado por alguno de los mismos delitos a que se hizo mención en párrafos anteriores. De dictarse una sentencia condenatoria, esta prohibición de tipo temporal se convertiría en definitiva, como ya vimos.
2. Los que desempeñen un cargo público que lleve aneja jurisdicción. Etimológicamente aneja significa Anexo; y jurisdicción: Derecho o facultad legal

de ejercer autoridad. Esta prohibición estriba, en que los funcionarios, que además de desempeñar cargo público de tiempo completo, tienen también funciones de dirección o mando en un grupo determinado, están impedidos de ejercer el notariado mientras permanezcan en esos cargos.

3. Los funcionarios y empleados de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las Municipalidades, que devenguen sueldos del Estado o del Municipio y el Presidente del Congreso de la República. La ley no hace distinción entre las diferentes instituciones, sean autónomas o no, centralizadas o descentralizadas, etc., prohíbe el ejercicio del notariado a funcionarios y empleados del Ejecutivo. Los funcionarios y empleados del Organismo Judicial, también tienen prohibición de ejercer el notariado. Da la impresión que la idea del legislador fue prohibir el ejercicio del notariado a todos los que devengaran sueldos del Estado y del Municipio.
4. Los notarios que hayan incumplido durante un trimestre del año civil o más, con las obligaciones que impone el Artículo 37 del Código de notariado, relativa a testimonios especiales y avisos. Ya que mientras no se pongan al día están impedidos de ejercer, y sólo podrán expedir los testimonios especiales atrasados para subsanar el impedimento. Esta es una adición al Artículo 4 del Código de Notariado, efectuada en 1984, según Artículo 1 del Decreto Ley Número 35-84 del Jefe de Estado.

1.5. Quiénes sí pueden ejercer el notariado

No obstante las limitaciones definidas en los Artículos 3 y 4 del Decreto 314, existen casos especiales establecidos en el Código de Notariado, en los cuales se autoriza el ejercicio de la profesión. Por aparte, también debe tenerse presente la importante función que más tarde se estableció en el Decreto 2-89 del Congreso de la República,

Ley del Organismo Judicial, Artículo 43, en cuanto a la autorización para que el notario guatemalteco pueda ejercer su profesión en el extranjero, para el caso de actos y contratos que hayan de surtir efectos en Guatemala, con la condición de que los instrumentos que autorice deberán ser protocolizados en el territorio nacional por el mismo notario autorizante o por un colega.

Aquellos que pueden ejercer el notariado, en casos especiales son:

1. Los miembros del personal directivo y docente de la Universidad de San Carlos y de los establecimientos de enseñanza del Estado.
2. Los abogados (notarios) consultores, consejeros o asesores, los miembros o secretarios de las comisiones técnicas, consultivas o asesoras de los organismos del Estado, así como los directores o redactores de las publicaciones oficiales, cuando el cargo que sirvan no sea de tiempo completo.
3. Los miembros del Tribunal de Conflictos de jurisdicción.
4. Los miembros de las Corporaciones municipales que desempeñen sus cargos ad honores, excepto el alcalde.
5. Los miembros de las Juntas de Conciliación de los Tribunales de Arbitraje y de las Comisiones Paritarias que establece el Código de Trabajo, y los miembros de las Juntas Electorales y de los Jurados de Imprenta.
6. Así como los Jueces de Primera Instancia, los Cónsules y los Empleados Especiales, como lo es el Escribano de Gobierno.

1.6. Responsabilidad profesional del notario

Considero que en la actualidad, existe un alto grado de responsabilidad que recae sobre el notario, en relación a su actuación como profesional dentro del campo del Derecho. Manifiesta Dante Marinelli, en su obra Las responsabilidades del notario y su régimen en el Derecho guatemalteco: “es conveniente que el notario esté capacitado, intelectual y moralmente, para lograr eficazmente su función, sin generar resultados

dañosos, tanto para los particulares como para él mismo, de allí donde descansa o que se conoce como Responsabilidad Notarial, que no se circunscribe a una sola, sino a un conjunto de responsabilidades que darán por resultado, su buena observancia, a un instrumento público pleno y perfecto, evitando resultados negativos para la vida de éste.”¹⁰

El notario, desde que es requerida su actuación, desarrolla un complejo de actividades que tienen por objeto canalizar el potencial de energía jurídica que tiene su instrumento y se haga fecunda, produciendo a través de éste los efectos legales que fueron queridos por los que se acogieron a su ministerio. El notario es responsable de su actuación. Me enfocaré en relación a la responsabilidad del notario, en las cuatro más conocidas:

1. **Responsabilidad Civil del Notario:** Esta consiste en la obligación de resarcir daños y abonar perjuicios derivados de un acto ilícito, que se impone a quien lo comete, o del no cumplimiento de un deber legal que corresponde a una persona determinada. Supone la eventual inobservancia de una norma por parte del sujeto obligado.

El notario guatemalteco es responsable por los daños y perjuicios que pueda causar la nulidad de un instrumento por él autorizado.

2. **Responsabilidad Penal del Notario:** Se da cuando el notario en el ejercicio de sus funciones, comete un delito; ya que si llegara a cometer delito como una persona común y corriente, aunque cae en el campo penal, no se enmarcaría dentro de la responsabilidad notarial. Por tal circunstancia existen los delitos propios o en los cuales, puede incurrir el notario como profesional. Es la responsabilidad que tiene el notario al faccionar los instrumentos públicos, por incurrir en falsedad y otros delitos conexos, haciendo constar situaciones de derecho y de hecho que en la realidad no existen o aprovechándose de su

¹⁰ Marinelli Golom, José Dante Orlando. **Las responsabilidades del notario y su régimen en el derecho guatemalteco.** Pág. 3.

función en beneficio propio o ajeno, siendo así mismo derivada en algunos casos de la responsabilidad civil. El Código Procesal Penal, establece que la comisión de un delito o falta dará lugar a ejercitar dos acciones, la penal para sancionar al responsable y la civil para el pago de las responsabilidades civiles.

3. **Responsabilidad Administrativa del Notario:** Esta responsabilidad se refiere a la obligación que tiene el notario posterior al otorgamiento del acto o contrato; siendo esta la relación que tiene éste como profesional con la Administración Pública para que exista un control sobre las declaraciones de voluntad de los particulares. Varios autores encuadran esta responsabilidad del notario, como un recaudador del fisco (calidad que no debería corresponderle, según lo manifiesta Carlos Emérito González). En Guatemala, expresa Nery Muñoz, “El notario sí resulta siendo un recaudador del fisco, cuando paga por el cliente impuestos sobre el contrato celebrado o cuando adquiere timbres fiscales para pago de dicho impuesto o el del valor agregado para expedirle el testimonio; estos son a cargo del cliente, pero es el notario quien recibe las sumas de dinero y se encarga de hacer los pago, en estos casos estamos más bien ante el caso de responsabilidad fiscal y no administrativa”.¹¹

4. **Responsabilidad Disciplinaria del Notario:** “Tiende a proteger los intereses del público en una forma de control al ejercicio del Notariado, para evitar el incumplimiento a las normas que lo dirigen y fundamentan, que en caso de incumplimiento generarían resultados negativos para los particulares.”¹²

El autor Pedro Avila Alvarez, en su obra Estudios de Derecho Notarial, establece que “son fuentes de la responsabilidad disciplinaria las siguientes:

- La infracción de las normas internas de régimen y gobierno de Corporación notarial.

¹¹ Muñoz, Nery. **Ob. Cit.** Pág. 101.

¹² Marinelli Golom, José Dante Orlando. **Ob. Cit.** Pág. 36.

- La infracción de las normas externas que repercuta en el prestigio o consideración de la Corporación.
- La conducta del notario que sin infringir norma jurídica concreta, vaya contra dicho prestigio, o contra el espíritu que debe presidir la Institución notarial, o contra el fin de la función notarial misma.”¹³

1.2. De la función notarial

Como se mencionó en la definición doctrinaria que se proporcionó al inicio, el notario está encargado de una “función pública”, la cual consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fe de su contenido.

Argentino Neri explica, que a la expresión función notarial se le juzga como: “la verdadera y propia denominación que cabe aplicar a las tareas que despliega el notario en el proceso de formación y autorización del instrumento público...”¹⁴

La actividad del notario, se puede encuadrar: **a)** En el ejercicio liberal de la profesión: El cual, es el verdadero campo en que el notario ejercita su función, ya que desarrolla su actividad sirviendo a los particulares, por eso se dice que es una profesión liberal. Lo hace cuando autoriza actos y contratos en que interviene a requerimiento de parte; **b)** En la actividad del Estado: Es cuando encontramos al notario como asesor, consultor, Cónsul, Escribano de Gobierno, etc., desempeñando un cargo o empleo público; por último; **c)** En un sistema mixto: En que el profesional del derecho se desempeña en un empleo para el Estado de tiempo parcial, y la otra parte del tiempo ejerciendo libremente la profesión, en virtud de que la ley guatemalteca, permite el ejercicio,

¹³ Avila Alvarez, Pedro. **Estudios de derecho notarial**. Pág. 83.

¹⁴ Neri, Argentino I. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. Vol. I. Pág. 517.

cuando el cargo que sirvan no sea de tiempo completo, según lo establece el Artículo 5º., numeral 2o. del Código de Notariado, Decreto 314.

1.2.1. Aspectos de la función notarial

El Artículo 1 del Código de Notariado establece: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervengan por disposición de la ley o a requerimiento de parte”.

La fe pública notarial, es la presunción legal de veracidad que tienen los hechos y actos en los cuales, en su autorización ha intervenido un notario.

El notario se encarga de ejercer una función pública. El notario como tal, es investido en el momento de su graduación profesional, confiriéndole el título de notario, invistiéndolo pues con fe pública, y a partir de ese momento es reconocido como un notario.

El notario como profesional del derecho. Uno de los requisitos indispensables para ejercer el notariado, es la obtención de un título facultativo, el cual únicamente se puede obtener mediante una preparación universitaria eminentemente intelectual. En el momento en que el estudiante obtiene este título facultativo, se convierte de manera inmediata en un profesional del derecho.

Existen teorías que explican la naturaleza de la función notarial, entre las cuales tenemos:

- Teoría Funcionarista: Esta teoría, manifiesta Oscar Salas, consiste en “que el notario actúa a nombre del Estado, y que algunas leyes lo definen como funcionario público investido de fe para autenticar y legitimar los actos que requieren su intervención. Se trata de una función pública, desempeñada primeramente por funcionarios estatales y que el Estado delegó después en los

notarios. Algunos países todavía mantienen ésta teoría. Las finalidades de la autenticidad y la legitimación de los actos públicos exigen que el notario sea un funcionario público que intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que el interés particular, el interés general o social de afirmar el imperio del Derecho, asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos que penden las relaciones privadas.”¹⁵

Cabe mencionar que, el Código Penal guatemalteco, entre las disposiciones generales regula que los notarios serán reputados como funcionario cuando se trata de delitos que comentan con ocasión o motivo de actos relativos al ejercicio de su profesión. En todo lo demás al notario no se le reputa como funcionario público.

- Teoría Profesionalista: Esta teoría, viene a atacar la Teoría Funcionarista; estableciendo que recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, lejos de ser una función pública, es un quehacer eminentemente profesional y técnico.

Explica Oscar Salas, que: “la actividad autenticadora y certificante no es pública, pues dar fe no es otra cosa que certificar y la aptitud certificante no es inherente a la calidad de funcionario público, puesto que la ley establece casos en los cuales los particulares expiden documentos que hacen fe, entendiéndose como plena fe, por ejemplo los secretarios de los Consejos de Administración de una sociedad anónima cuando certifican acuerdos, por lo tanto la potestad certificante no es un atributo propio del Estado que se ejerce a nombre y en representación del poder público, sino una creación legal.”¹⁶

- Teoría Ecléctica: Esta teoría, admite la posibilidad de la libertad de ejercer la función pública a la cual está sujeta el notario, sin necesidad de que haya un

¹⁵ Salas, Oscar. **Ob. Cit.** Pág. 96.

¹⁶ Salas, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá.** Pág. 96.

nombramiento; sin apartarse de que éste obtiene el título de profesional como notario, pero no así, se le nombra como funcionario.

Esta teoría, explica Nery Muñoz, “es la que más se adapta a Guatemala en donde el notario es un profesional del derecho, encargado de una función pública en donde se ejerce como una profesión liberal en la que los particulares pagan los honorarios, no se es dependiente, no se requiere nombramiento, no se está enrolado en la administración pública, no se devenga sueldo del Estado”.¹⁷

En Guatemala, el notario, no es un funcionario público, es un profesional del derecho que presta una función pública; aunque tampoco podemos olvidar que algunas de nuestras leyes, lo reputan como funcionario público. Pero la ley específica, el Código de Notariado, no lo reconoce como tal.

El notario recibe la voluntad de las partes: Esta actividad notarial es conocida como función receptiva, la cual consiste en recibir de los clientes en términos sencillos la petición, para que les autorice un instrumento. La mayor parte de clientes del notario, no conocen de derecho y expresan con sus propias palabras qué es lo que desean. El cliente aquí es el emisor y el notario el receptor. Encontrándonos con la función conocida en doctrina como función receptiva.

El notario interpreta la voluntad de las partes: En virtud de que el notario es una persona que ha pasado por una trayectoria académica, podemos decir que está facultado para interpretar la voluntad de sus clientes. Luego de recibir la solicitud, la interpreta, la dirige, y asesora a las partes sobre el negocio que pretenden celebrar. Siendo esta la “función directiva o asesora”, conocida así en doctrina.

El notario da forma legal a la voluntad de las partes: Esta función es la conocida como la “función modeladora”, la cual resalta en el momento en que el notario está

¹⁷ Muñoz, Nery. **Ob. Cit.** Pag. 64.

adecuando mentalmente la voluntad de las partes, a las normas que regulan el negocio que se pretende celebrar, antes de plasmarlo en el instrumento.

El notario modela la voluntad de las partes, cuando facciona o elabora en el protocolo el instrumento público. Al desarrollar esta actividad o función modeladora le está dando forma a la voluntad de las partes, encuadrándola a las normas que regulan el negocio y lo hace, como se dijo al redactarlo en el protocolo. El notario tiene a su cargo un protocolo, el cual está integrado por hojas de papel especial de protocolo que le son vendidas únicamente a él o bien por encargo a otro notario, según lo establece el Artículo 30 del Reglamento de la Ley de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos.

El notario confiere autenticidad a los instrumentos que elabora: El notario, por la fe pública de la cual está investido, al estampar su firma y sello, le da autenticidad al instrumento elaborado, lo autoriza, se convierte en el autor del documento. Esta función es conocida como función autenticadora, de la cual resulta la autenticidad del acto o contrato contenido en el instrumento, por lo tanto estos se tendrán como ciertos y auténticos y tendrán este carácter, mientras no se pruebe lo contrario. Producen fe y hacen plena prueba, tal y como lo establece el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil. La firma y el sello, se pueden cambiar y registrar cuantas veces sea necesario.

El notario legitima a las partes: Conocida esta actividad como función legitimadora, la cual desarrolla el notario cuando, legitima a las partes que requieren sus servicios, por un lado que sean las personas que efectivamente dicen ser, por medio de la cédula de vecindad, si no fueren de su conocimiento, después que efectivamente sean los titulares de los derechos sobre los que se pretenda negociar.

Según establece el Artículo 29 numeral 5º. del Código de Notariado, cuando una persona actúa en nombre de otra, deberá acreditar la representación, la cual a juicio del

notario, como experto, como perito, y de conformidad con la ley que él conoce y maneja, debe ser suficiente.

El notario previene problemas futuros: A esta actividad notarial se le conoce como función preventiva, y la desarrolla el notario, cuando previene problemas, cuando se adelanta a ellos, cuando previene cualquier posible dificultad que pueda sobrevenir, debe evitar el conflicto posterior. Siempre se contrata de buena fe, esperando que todo salga tal como se planteó, pero si se da un incumplimiento de una de las partes, debe prevenirse qué sucederá en tal situación.

El notario conserva los originales de los instrumentos públicos: El notario está obligado a conservar en sus protocolos todas las escrituras autorizadas. Está obligado y comprometido ante el Estado, a conservar, custodiar y guardar el protocolo puesto en su poder, hasta el momento en que se decida por voluntad o bien por mandato legal la entrega del mismo al Archivo General de Protocolos.

El notario expide copias del instrumento público que dan fe de su contenido: Estas copias según el Código de Notariado, Decreto 314, son reconocidas como testimonios, testimonios especiales y copias simples legalizadas. No son más que los traslados o copias fieles de la escritura matriz, que se expiden para los interesados y en el caso de los testimonios especiales para el Director del Archivo General de Protocolos de la Corte Suprema de Justicia. Por medio de los testimonios, los interesados pueden ejercitar los derechos contenidos en los mismos, es decir, los testimonios son los que sirven de título para hacer valer un derecho, no los instrumentos originales que constan en el protocolo; pues estos le pertenecen al Estado.

1.2.2. Finalidades de la función notarial

Según Luis Carral y De Teresa, al tratar el tema, indica que “tres son las finalidades que persigue la función notarial:

- 1) **Seguridad:** Es la calidad de firmeza, que otros llaman certeza, que se da al documento notarial. Lo que la seguridad persigue es: a) El análisis de su competencia que hace el notario; b) Que el acto o contrato a documentar sea lícito; c) La perfección jurídica de la obra.

- 2) **Valor:** La actuación del notario da valor jurídico. Este valor jurídico es amplio, ya que es también ante terceros, es la eficacia y fuerza que otorga la intervención del notario entre partes y frente a terceros. Persigue darle utilidad, aptitud y fuerza a la función notarial.

- 3) **Permanencia:** El documento notarial nace para proyectarse hacia el futuro; es permanente e indeleble, o sea que tiende a no sufrir mudanza alguna. Pueden morir las partes y el notario, pero el documento perdura.”¹⁸

1.2.3. Características de la función notarial

“Las dimensiones de la función notarial dependerán de la organización y modo de concebir el notariado latino que se practica en cada pueblo..., es decir de las reglas propias de la función en cuanto a su competencia.” Explica Hermán Mora Vargas.¹⁹

“Existen países como Estados Unidos (excepto Louisiana), Canadá (excepto Quebec), Suecia, Noruega, Dinamarca e Inglaterra, explica Nery Muñoz, en donde se obliga a tener una sola sede notarial, en Guatemala, esto no se da, ya que el notario, puede tener más de una oficina, usualmente una en la ciudad y otra en la provincia. En estos países, el sistema notarial es de *numerus clausus*, esto quiere decir que pueden ejercer únicamente los notarios que obtienen una autorización para ello. En Guatemala, no se requiere de autorización alguna, por eso nuestro sistema es de *numerus apertus*. Así también, en estos países, sólo se puede ejercer el notariado en determinado territorio,

¹⁸ Carral y De Teresa, Luis. **Derecho Notarial y Derecho Registral**. Pág. 100.

¹⁹ Mora Vargas, Herman. **Manual de derecho notarial**. Pág. 49.

estado, municipio o departamento; los notarios guatemaltecos pueden ejercer en cualquier lugar de la república, incluso fuera del país en casos determinados. Se dice que somos notarios planetarios, ya que en cualquier lugar del planeta podemos ejercer el notariado, siempre y cuando el acto y contrato vaya a surtir efectos en Guatemala.”²⁰

En algunas legislaciones, se obliga al notario tener oficina abierta determinado número de horas al día, en Guatemala, tenemos libertad de abrir o no la oficina en un determinado día.

Argumento de cierre

El Estado ha confiado en el notario parte de la seguridad jurídica que debe prestar a la sociedad, por lo cual el notario está obligado a responder de forma responsable, consciente y adecuada a esa confianza y facultad delegada en él.

Es imposible que el notario pueda ejercer su función como profesional del derecho, sin que previamente haya existido una preparación, iniciando desde los principios morales, los cuales nacen en el hogar, hasta los principios intelectuales adquiridos durante un tiempo de estudio y preparación intelectual, estando consciente que de todo su actuar pueden surgir responsabilidades tanto civiles, disciplinarias, como administrativas y penales.

Es necesario que todo profesional del derecho esté consiente del grado de importancia que conlleva esta profesión, y que en el momento de ejercer su función como notario, interprete y aplique correctamente las normas jurídicas correspondientes, para obtener un resultado satisfactorio.

²⁰ Muñoz, Nery. **Ob. Cit.** Pág. 78.

CAPÍTULO II

2.1. El protocolo como instrumento público

En el presente capítulo trataré acerca de los diferentes medios que el notario tiene para materializar y dejar constancia cierta y fehaciente de la voluntad de los sujetos que han solicitado su intervención profesional en los diferentes asuntos planteados, a través de la creación de los instrumentos públicos. Así mismo, se podrá determinar la finalidad y el valor de cada instrumento público faccionado y que formará parte el protocolo a cargo del notario por disposición legal.

2.1.1. Definición de instrumento público

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

Previo a proporcionar una definición de Instrumento Público, es conveniente mencionar que los instrumentos se dividen en: Privados Y Públicos; siendo los primeros los escritos por particulares sin intervención de un notario o escribano ni de ningún otro funcionario que se encuentre legalmente autorizado para autenticar en forma fehaciente algún hecho, disposición o convenio, y los segundos, a la inversa, los que están autorizados por notario o escribano o funcionario público.

Lo que caracteriza al instrumento público es que hace plena fe no solo entre las partes, sino también frente a terceros, a menos que sea tachado de falso civil o criminalmente. Claro es que esa plena fe está referida a la realidad de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiere anunciado como cumplidos por él mismo o pasados en su presencia.

Carlos Emérito González, citando a otros autores, expresa que para Fernández Casado es el: “Documento notarial autorizado a instancia de parte, en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho.”; para Gonzalo de las Casas: “Es el escrito auténtico

en que se consigna y perpetúa un título o un hecho.” Para Torres Aguilar: “Son los documentos autorizados por el notario en que constan las relaciones jurídicas de los partícipes, para que sirvan de leyes entre los mismos o se refieren a los hechos relacionados con el derecho.”²¹

Enrique Giménez Arnau²², lo define como: “Documento público, autorizado por notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos.”

Para Cabanellas, el Instrumento Público es: “El otorgado o autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial u otro funcionario público competente, para acreditar algún hecho la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se producen.”²³

2.1.2 Fines del protocolo notarial

Carlos Emérito González, establece como “fines del protocolo notarial: La prueba preconstituida; el de dar forma legal y el de dar eficacia al negocio jurídico. Miguel Fernández Casado, expresa que dos son los fines principales que llena el Instrumento Público: a) Perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad; y b) Servir de prueba en juicio y fuera de él.”²⁴

El protocolo tiene como fin, servir de prueba preconstituida, pues ésta prueba se refiere a aquella que se encuentra ya preparada con anterioridad al pleito futuro. Es la prueba escrita que está en el instrumento y que si alguna vez la necesitamos, la presentaremos de inmediato para hacer valer nuestros derechos. La teoría de la prueba preconstituida, es muy criticada, puesto que se dice que puede darse el caso de que nunca lleguemos

²¹ González, Carlos Emérito. Derecho Notarial. Pág. 305.

²² Giménez Arnau, Enrique. Derecho notarial. Pág. 153.

²³ Mora Vargas, Herman. Manual de Derecho Notarial. Pág. 49.

²⁴ Ibidem. Pág. 305.

a utilizar dicha prueba, ya que millones de actos jurídicos se formalizan en el mundo, sin que lleguen nunca a ser empleados sus instrumentos como prueba preconstituida. Desde mi punto de vista, creo que es aplicable el famoso dicho: más vale prevenir... que lamentar. Valor Jurídico del Instrumento Público: Aquel instrumento que no adolece de nulidad ni de falsedad, según lo establece la legislación guatemalteca, se tiene como plena prueba; y éste es el valor del Instrumento Público.

El Instrumento Público tiene valor formal y valor probatorio. Valor formal, cuando se refiere a su forma externa o el cumplimiento de todas las formalidades esenciales y no esenciales que el código regula y valor probatorio en cuanto al negocio que contiene internamente el instrumento.

Ambos deben complementarse. Ya que no sería correcto que en un caso determinado, la forma fuera buena y el fondo estuviera viciado; o por el contrario la forma no es buena, por no haberse cumplido los requisitos o formalidades esenciales del instrumento y el negocio o el fondo del asunto fuere lícito.

2.1.3 Características del instrumento público

Según explica Carlos Emérito González, "... el instrumento público posee varias características que le individualizan muy significativamente".²⁵ Y menciona las siguientes:

Fecha cierta: "Sólo en la escritura pública podemos tener la certeza de que la fecha de ella es rigurosamente exacta y los efectos que de esta virtud excepcional pueden producirse, son innumerables y valiosísimos."²⁶ El notario en ningún caso puede antedatar o posdatar una escritura, ya que incurriría en el delito de falsedad.

²⁵ González, Carlos Emérito. **Ob. Cit.** Pág. 317.

²⁶ **Ibidem.** Pág. 320.

En el Artículo 42 numeral 1º. del Código de Notariado, Decreto 314, encontramos que este carácter tiene total aplicación, ya que ente los requisitos que deben contener los instrumentos públicos, está la fecha; convirtiéndose así en formalidades esenciales, según lo estipulan los Artículos 31 y 44 del mismo cuerpo legal.

Garantía: “Es garantía para el cumplimiento de los convenios. El Estado no sólo debe actuar ante las relaciones de derecho de los individuos con posterioridad a las mismas, cuando violadas las normas, pone la justicia a disposición de ellos y esta resuelve el caso planteado, restableciendo la normalidad –dando a cada uno lo suyo-, sino que tiene también que hacer imperar el derecho en todo momento y al constituirse una obligación debe asegurar por los medios a su alcance su cumplimiento, porque cumpliéndola el derecho será normal y no patológico.”²⁷

No podría ser de otra manera, el instrumento autorizado por notario, tiene la garantía el respaldo estatal, de lo contrario de cada documento que se autorizara se estaría dudando. Según el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil, producen fe y hacen plena prueba.

Credibilidad: En el instrumento público, todos creemos, porque ha sido autorizado por una persona con fe pública, esta credibilidad es para todos y contra todos.

“Es, o debe ser creíble, porque es veraz. Esa veracidad lo impone por sí mismo en las relaciones jurídicas y esa función se llama autenticación...”²⁸

Firmeza, Irrevocabilidad e Inapelabilidad: Como mencioné anteriormente, el instrumento puede ser redarguido de nulidad y de falsedad, pero mientras esto no suceda, el instrumento es firme e irrevocable, no existe un superior jerárquico del notario a quien podamos apelar, las relaciones jurídicas contenidas son firmes e irrevocables. Puede haber, como se dijo, una acción de nulidad en un proceso, cuyo fallo si es apelable; pero en contra de la escritura en sí misma no cabe apelación.

²⁷ **Ibidem.** Pág. 317.

²⁸ **Ibidem.** Pág. 319.

Carlos Emérito González, dice que es todo lo contrario lo que sucede con la sentencia, la cual es modificable, revocable, por apelación al tribunal de alzada.

Ejecutoriedad: En la legislación guatemalteca, se les confiere la calidad de títulos ejecutivos a los testimonios de las escrituras públicas; según lo establece el Artículo 327 numeral 1º. del Código Procesal Civil y Mercantil; así también el Artículo 294 numeral 6º. Regula que procede la ejecución en caso de transacciones celebradas en escritura pública. La escritura pública trae consigo la fuerza ejecutiva por su carácter indubitable.

Seguridad: Es una garantía que fundamenta el protocolo, ya que la escritura matriz queda en el mismo, y se pueden obtener tantas copias o testimonios, como fueran necesarios, no se corre el riesgo de pérdida, quedando protegidos los interesados por todo el tiempo, aún después del fallecimiento del notario.

2.1.4. Valor del instrumento público

“El instrumento público tiene valor formal y valor probatorio. Valor formal, cuando se refiere a su forma externa o el cumplimiento de todas las formalidades esenciales y no esenciales que el código regula. Y valor probatorio en cuanto al negocio que contiene internamente el instrumento. Ambos deben complementarse. Ya que no sería correcto que en un caso determinado, la forma fuera buena y el fondo estuviere viciado; o por el contrario la forma no es buena, por no haberse cumplido los requisitos o formalidades esenciales del instrumento y el negocio o el fondo del asunto fuere lícito”.²⁹

²⁹ Muñoz, Nery Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 105.

2.1.5. Clases

Comúnmente los instrumentos públicos, se clasifican como: a) Principales y Secundarios; y b) Dentro del Protocolo y Fuera del Protocolo; de forma breve, explicaremos dicha clasificación:

- Principales y Secundarios: Los principales son aquellos que como condición esencial de validez, van en el protocolo, por ejemplo la escritura. Los secundarios, los que van fuera del protocolo, como ejemplo el acta notarial.
- Dentro y Fuera del Protocolo: Entre los documentos que se redactan necesariamente en papel sellado especial de protocolo tenemos: la escritura pública; el acta de protocolización y la razón de legalización.

Las que no se redactan en protocolo: actas notariales; actas de legalización de firmas o auténticas y actas de legalización de copias de documentos.

2.1.6. Legislación guatemalteca

En relación al Artículo 29 del Código de Notariado, se entiende que las formalidades reguladas en dicha norma, son exclusivas para la escritura pública, a pesar de que se refiere a “instrumentos públicos”; puesto que no se aplican para actas de protocolización, razones de legalización, actas de legalización y actas notariales. Para éstas, existen títulos específicos, dentro de la normativa guatemalteca; por lo cual, podemos concluir que nuestro Código reconoce plenamente a la escritura como instrumento, mientras que la doctrina es mucho más amplia pues incluye actas.

Asímismo, el Artículo 12 regula la razón de cierre, utiliza como sinónimo de la escritura al documento público, cuando exige entre los requisitos se indique: “el número de documentos públicos autorizados; razones de legalización de firmas y actas de protocolización”.

También el Artículo 15 numeral 4º. al establecer lo que debe contener el índice, en columnas separadas, exige: “El objeto del instrumento” en este caso se está refiriendo a escrituras públicas, actas de protocolización y razones de legalización que se redactan en protocolo y se incluyen en el índice. Excluyendo a las actas notariales que se redactan en papel bond.

En conclusión, expresa Nery Muñoz, “podemos afirmar que: en Guatemala, el instrumento público por disposición legal es la escritura pública; que a la escritura se le tiene como sinónimo de documento público y que, cuando en el índice, se refiere a instrumentos incluye escrituras, protocolizaciones y tomas de razón de legalización”.³⁰

Por tanto, ante la falta de claridad legislativa, se puede referir a ellos como instrumentos públicos, como documentos públicos o documentos públicos notariales.

Argumento de cierre

La función pública que el notario ejerce se debe hacer constar en un documento denominado instrumento público, el cual debe contener los elementos necesarios para su validez, surgiendo de éste los efectos jurídicos correspondientes.

En el momento en que el notario es requerido por alguna persona para autorizar un acto determinado, el notario debe establecer qué instrumento es el adecuado para dicho acto e inmediatamente velar porque el instrumento cumpla con el fin para el cual fue creado, teniendo en cuenta que debe cuidar del mismo hasta el momento en que finaliza su función como tal, evitando así incidencias innecesarias como la pérdida, destrucción o deterioro del mismo, afectándose no solamente a sí mismo, sino también a las partes interesadas dentro del instrumento público, el cual tiene un valor formal y probatorio.

³⁰ Muñoz, Nery Roberto. **El Instrumento Público y El Documento Notarial**. Pág. 11

CAPÍTULO III

3. El protocolo notarial y la responsabilidad profesional

El notario tiene obligaciones tanto previas como posteriores a la creación de un instrumento público, debiendo cumplir con ciertas formalidades para el efecto. El presente capítulo tiene como finalidad determinar la importancia del protocolo a cargo del notario por disposición de la ley, tratando sobre los diferentes riesgos que existen o se derivan del mismo ya sea por la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo. Así mismo, se propone un procedimiento para la reposición del protocolo en caso de que ocurra uno de los riesgos anteriormente mencionados, proyecto que se espera sea tomado en cuenta para facilitar el trabajo tanto de los notarios como del Estado a través de los órganos jurisdiccionales.

3.1 El protocolo notarial

En su sentido más vulgar, quiere decir colección de hojas, folios o documentos, adheridos unos a otros que, en su conjunto, forman un volumen o libro.

Manuel Osorio, lo define como: “libro de registro numerado, rubricado o sellado que lleva el notario o escribano, según la denominación oficial en cada país del fedatario extrajudicial”.³¹

El protocolo es la serie o conjunto de documentos públicos autorizados por notario.

Joaquín Escriche, en su Diccionario Razonado, define el protocolo en los siguientes términos: “Se entiende por protocolo el libro encuadernado de pliego de papel entero, en que el escribano pone y guarda por su orden las escrituras o instrumentos que pasan ante él, para sacar y dar en cualquier tiempo las copias que necesiten los

³¹ Osorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales**. Pág. 815.

interesados, y confrontar o comprobar las que ya se hubieren dado en caso de dudarse de la verdad de su contenido, el protocolo se llama también registro”.³²

Ricardo Alvarado Sandoval y José Antonio Gracias González, exponen, “que el protocolo, como registro, se caracteriza porque la compilación de los instrumentos autorizados por el notario se encuentra en un riguroso orden. Orden, en cuanto a la secuencia de los instrumentos autorizados, los cuales son numerados en forma cardinal, y también en cuanto al tiempo, o cronología, de cuando fueron faccionados.”³³

Existe la obligación de que el protocolo debe empastarse por año, con lo cual se proporciona realidad física a la unidad del protocolo. Esto no significa que el total de instrumentos otorgados por año constituya precisamente un tomo, ya que dependiendo de la cantidad de instrumentos autorizados durante un determinado período anual en particular el protocolo podría comprender varios tomos. Lo anterior, se realiza con el propósito de facilitar el manejo de los ejemplares que contienen el protocolo de un determinado año.

La definición legal de protocolo la encontramos en el Decreto 314 del Congreso de la República, Código de Notariado, en su Artículo 8°. el cual establece: “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”.

La finalidad del protocolo nos indica que: es público en cuanto no es un patrimonio propio del notario, sino un depósito que el Estado le confía como consecuencia de la función. Mas este carácter público, mejor dicho, de propiedad pública, que tiene el protocolo, no equivale a que haya de serlo su contenido: una cosa es la solemnización o intervención oficial de los actos privados, de los que se infiere a quien corresponde la propiedad del protocolo, y otra cosa es que los actos protocolizados hayan de

³² Escriche, Joaquín. **Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense.** Pág. 582.

³³ Alvarado Sandoval, Ricardo. José Gracias. **El Notario ante la contratación civil y mercantil.** Pág. 2.

guardarse con la debida reserva. El Artículo 22 del Código de Notariado, establece que **Las escrituras matrices podrán consultarse por cualquier persona que tenga interés, en presencia del notario...** y es aquí en donde vemos el carácter público que tiene el protocolo a cargo del notario, constituyéndose así en la finalidad del mismo.

La función que tiene el protocolo de ser un registro, debe asegurarse que pueda ser consultado por las personas que tengan interés, el cual debe ser lógico y congruente con el asunto. Sin embargo, la consulta, por la responsabilidad que tiene el notario del protocolo, debe hacerse en presencia del profesional.

El Artículo 19 del Decreto 314 del Congreso de la República, establece: **El notario es depositario del protocolo y responsable de su conservación.**

Como podemos ver, la responsabilidad que el notario tiene ante el Estado, es de gran importancia, pues no solo le confiere seguridad jurídica a la voluntad de las partes, sino también queda encargado de velar por la guarda y custodia de los instrumentos originales creados para ese fin.

3.2. Apertura del protocolo como registro notarial

El precepto legal que establece los criterios para la apertura y cierre anual del protocolo, es el Artículo 12 del Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República, así:

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.

Con base en este precepto, la apertura legal del protocolo, como registro notarial, ocurre con la autorización del primer instrumento del año, en ese preciso momento. Lo cual, evidentemente, puede ocurrir entre el uno de enero o el treinta y uno de diciembre de cada año, y depende de en qué momento sea requerido el notario para autorizar ese primer instrumento en el año calendario de que se trate.

Existe una obligación de tipo administrativo y pecuniario, que debe ser satisfecha. Esta obligación está prevista en el Artículo 11 del Código de Notariado, el cual establece:

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.

El Acuerdo 12-2002 de la Corte Suprema de Justicia, en el Artículo 5º., establece: *IMPUESTOS: A las tarifas anteriores se les cargará el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.)...* Por tanto, no se pagarán únicamente cincuenta quetzales sino se pagará anualmente, la cantidad de cincuenta y seis quetzales por derecho de apertura de protocolo.

3.3. Clases de instrumentos públicos

La única fuente reconocida del Derecho Notarial en Guatemala es la ley; por tanto, de acuerdo con el Artículo 8º. del Código de Notariado, son sólo cuatro los instrumentos públicos protocolares que puede autorizar el notario. Estos son:

- a) **Escrituras Matrices:** Nuestro Código no la define, sólo enumera los requisitos que debe contener el instrumento público y se refiere a la escritura. Enrique

Giménez Arnau³⁴, cita a Fernández Casado, quien define la escritura como: “Es el instrumento público por el cual una o varias personas jurídicamente capaces establecen, modifican o extinguen relaciones de derecho.”

Las escrituras matrices, son las autorizadas por notario en el protocolo a su cargo, a requerimiento de parte, en la que se hacen constar negocios jurídicos y declaraciones de voluntad, obligándose sus otorgantes en los términos pactados.

b) **Actas de Protocolación:** Algunos autores en doctrina le denominan escritura-acta, debido a que nos encontramos con un acta que va en el protocolo.

“Históricamente la protocolización es una reminiscencia del derecho español, cuando el notario encuadernaba como parte del protocolo los expedientes instruidos ante la autoridad judicial. La protocolización de documentos es una de las actuaciones notariales más frecuentes que por su nombre provoca confusión.”³⁵

Las actas de protocolación, son la incorporación material y jurídica que hace un notario en el protocolo a su cargo de un documento público o privado, por mandato legal, a solicitud de parte interesada o por orden de un tribunal competente. La incorporación es material, debido a que el documento pasa materialmente a formar parte en uno o más folios del protocolo; y jurídica, debido a que esa incorporación se hace a través de un acta (más bien escritura) de protocolización. Si únicamente se hiciera en forma material, no habría una explicación del porqué se interrumpió la numeración fiscal del papel sellado de protocolo y parecería o sería un atestado, que según la ley guatemalteca, debe ir al final y no entre los instrumentos.

En la protocolización, menciona Nery Muñoz, “no deben aparecer nuevas declaraciones, su objeto es la incorporación del documento. Y una vez

³⁴ Giménez Arnau, **Ob. Cit.** Pág. 416.

³⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. **Ob. Cit.** Pág. 290.

incorporado el documento o protocolizado, van íntimamente unidos, pasan a ser uno solo (el acta y el documento) y así deben reproducirse al extender testimonios o copias.”³⁶

- c) **Razones de legalización de firmas:** Es la razón que lleva a cabo el notario, en el protocolo a su cargo dentro de los ocho días de haber legalizado una firma en un documento, la cual tiene como objeto llevar un control de las mismas, en virtud de que los documentos quedan en poder de los particulares.

El Artículo 59 del Decreto 314 del Congreso de la República, establece que **de cada acta de legalización de firmas, el notario tomará razón en su propio protocolo, dentro de un término que no excederá de ocho días.**

En la práctica notarial guatemalteca, la obligación de tomar razón en el protocolo de cada acta de legalización de firmas, no siempre se cumple, debido a que dicha omisión no invalida la legalización propiamente dicha, solamente hace incurrir al notario en una falta, en el caso que sea sorprendido, la cual es sancionable por el Artículo 101 del Código de Notariado.

- d) **Documentos que el notario registra de conformidad con la ley:** Para este caso, únicamente existe el caso previsto en el Artículo 962 del Código Civil, Decreto Ley 106, el cual establece que el acta notarial en donde consta la transcripción de la cubierta del testamento cerrado deberá transcribirse en el protocolo. Algunos notarios consideran, que también forman parte de “los documentos que el notario registra de conformidad con la ley”, el índice y los atestados.

³⁶ Muñoz, Nery. **Ob. Cit.** Pág. 53.

3.4. Formalidades dentro del protocolo notarial

Uno de los aspectos característicos del protocolo consiste en que los instrumentos, para su validez, deben constar en un tipo de papel especial: el papel sellado especial para protocolos. Esta obligación está prevista en el primer párrafo del Artículo 9 del Código de Notariado y 13 del mismo cuerpo legal.

El papel sellado especial de protocolos, se vende con exclusividad a los notarios en ejercicio tal como lo prevé el párrafo segundo del Artículo mencionado, en lotes de veinticinco pliegos; actualmente ya no se venden pliegos, sino hojas sueltas. Los pliegos de papel sellado que antiguamente se vendían, consistían en cuadernillos como los que utilizan los contadores para sus prácticas contables, o bien, como en la actualidad todavía se ven, el pliego consiste en dos hojas que están unidas, a las cuales también se les llama cuadernillos.

El lote tampoco es ya de veinticinco pliegos, sino que es de cincuenta hojas de papel sellado especial para protocolos que se venden al notario. Estas hojas deben mantener el orden correlativo, lo cual significa que los números, tanto de orden como los de la serie, deben mantenerse ininterrumpidos. Sobre la venta de los lotes, las oficinas deberán llevar un registro en el cual anotaran los correspondientes números que le fueron entregados, y deberá constar la firma y el sello del notario que recibió el papel, o de la persona encargada que lo recibió. Al notario se le entregan cinco hojas adicionales por lote, por concepto de comisión de diez por ciento a la que tiene derecho, conforme lo establecido en el Artículo 30 del Acuerdo Gubernativo 737-92, Reglamento de la Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos.

Según el Artículo 12 del Decreto 314 del Congreso de la República, **el protocolo 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, numero de folios de que se compone observaciones si las hubiere, y la firma del notario.**

El notario puede dejar de cartular por diferentes motivos: por enfermedad, por haber sido nombrado a un cargo público que lleva aneja jurisdicción, por salir del país, o en virtud de que decide retirarse del ejercicio de la profesión.

El Artículo 13 del Código de Notariado, establece cuáles son las llamadas formalidades del protocolo.

3.2. Reposición del protocolo notarial

3.2.1. Pérdida, destrucción y deterioro del protocolo

El notario como profesional del derecho, debe tomar cuidado en relación a la conservación del protocolo que ha sido confiado por parte del Estado a su cargo, tomando en cuenta el lugar y la seguridad para evitar la inseguridad jurídica que llegue a generar problemas o dificultades a las partes interesadas, porque los principios de Durabilidad y Seguridad se verían vulnerados; el primero de ellos, se refiere a la prolongación en el tiempo de los actos y negocios jurídicos que son celebrados por los particulares ante notario, derivándose dos circunstancias importantes para las partes siendo estas: La consulta del registro notarial y la obtención de una prueba en que se encuentre incorporado un derecho en el instrumento, la cual se lleva a cabo por medio de la expedición de testimonios, ya que como se indicó anteriormente, las escrituras matrices quedan en poder del notario.

En cuanto al principio de Seguridad, es una garantía que el Estado otorga a sus habitantes, la cual encontramos regulada en el Artículo 2º. de la Constitución Política de la República de Guatemala, la que se comprende como una seguridad de tipo jurídico, ya que al momento de darse la pérdida de los documentos que contiene el protocolo automáticamente se perdería la prueba del derecho que se consigna en los mismos, lo que vendría a ocasionarle a los otorgantes daños irreparables. Las causas que motivan la reposición del protocolo son perturbadoras, por ser un grave daño que le produce a la instrumentación, porque se priva de la mayor fuente de consulta que existe para los

sujetos pacientes de la relación y para el propio notario, como lo son las escrituras que conforman el registro notarial.

Como se deduce, el notario responde por la integridad y conservación del tomo o tomos del protocolo.

El protocolo notarial puede perderse, destruirse o deteriorarse en todo o en parte, y no obstante el esmero y cuidado del notario es posible, por la naturaleza de la cosa depositada, sucedan una o más de las condiciones señaladas, pues el poder del hombre, salvo cuando interviene activamente, no es capaz de impedir infortunadas consecuencias.

Una de las finalidades del protocolo es dar seguridad jurídica a la relación contenida en los distintos instrumentos autorizados por el notario dentro del mismo, razón por la cual al producirse la pérdida o bien la destrucción o deterioro del protocolo se hace necesaria la reposición.

La responsabilidad del notario como depositario y conservador del protocolo es alta ante la ley y las partes interesadas por alguno de los instrumentos públicos en el contenido.

3.2.2. Pérdida del protocolo

En el transcurso de la carrera profesional del notariado, existe la posibilidad que el protocolo notarial pueda perderse, dejando de tenerlo en su poder, sea por su culpa o descuido o por una contingencia o desgracia fuera de su control personal. Pero, en todo caso, la pérdida debe asimilarse como un hecho involuntario.

La obligación legal del notario, como depositario del protocolo, surge a la vida jurídica para que sea cumplida del modo y forma que la ley señala y no puede producirse otra; sin embargo, existe la posibilidad de que la obligación de conservación sea incumplida por propias causas involuntarias.

No obstante la disposición mencionada, pueden darse casos en los que, por causas ajenas a la voluntad del notario, caso fortuito o fuerza mayor, imposibles de prever o evitar, el protocolo se pierda total o parcialmente y deje el notario de ejercer el depósito sobre él.

El caso fortuito, “denominado también *vis divina, fatum-fatalitas*, al que los escolásticos llamaban mero accidente, es definido por Ravá como el acontecimiento que no puede generalmente preverse; Coviello lo define como aquello que independientemente de la culpa del obligado impide el exacto cumplimiento de la obligación;...”³⁷ De esa cuenta, el caso fortuito se extiende a todos los actos e instituciones jurídicas en los cuales el hombre puede verse involucrado.

Se define la fuerza mayor por Manresa como: “la violencia ejercida sobre la persona, procedente de un acontecimiento inevitable o del acto legítimo o ilegítimo de persona distinta de la obligada, que supone imposibilidad de cumplir su obligación, mientras que el caso fortuito tiene lugar con independencia de la voluntad del hombre e incide sobre la prestación o la cosa a que la obligación se refiere.”³⁸

Por ambas eventualidades corresponde al notario depositario del protocolo, total o parcialmente perdido, probar la realidad del acontecimiento, la relación de causa-efecto y la inevitable circunstancia. Sin embargo, debe considerarse como posibles causas de la pérdida del protocolo, eventos en los cuales es indispensable que el protocolo del notario tenga que ser sacado del despacho notarial, tal como el caso del testamento, escrituras públicas que han de firmar personeros de entidades bancarias, finiquitos, cesiones de aseguradoras o adjudicaciones en pago judiciales que dejan la posibilidad que en el curso del traslado se pierda.

El protocolo notarial se puede perder por negligencia del notario o de los parientes, cuando el notario fallece. Por hurto o robo.

³⁷ Diccionario de Derecho Privado. Tomo I. Pág. 822.

³⁸ *Ibidem*.

Ya sea por pérdida, destrucción o deterioro, la destrucción se puede dar en forma total y parcial, mientras que el deterioro se produce en forma parcial. Aspectos que se pueden dar, ya sea en un protocolo cerrado o uno en formación; esto nos indica que las partes pueden quedar en una situación de incertidumbre legal, porque el daño que sufren las escrituras matrices es la disminución del valor jurídico del cual se encuentran poseídas.

Cualquier circunstancia que produzca la reposición del protocolo conlleva consecuencias para la instrumentación notarial, porque al ser la escritura pública una prueba de las declaraciones plasmadas por el notario y desaparecido todo o una parte del protocolo se sufre la pérdida de la prueba preconstituida. Lo que produce el no poder obtener una copia de los instrumentos que conforme el protocolo notarial, para hacer valer los derechos frente a terceros.

3.3. Proyecto de procedimiento para la reposición del protocolo

El Artículo 90 del Código de Notariado contiene dos partes relacionadas con la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo notarial. La primera sucede cuando el notario no tiene ninguna responsabilidad en alguno de esos actos; el cual establece: **“El notario, al enterarse de la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo dará aviso al Juez de Primera Instancia de su domicilio para los efectos de la reposición...”**

La redacción del Artículo es desafortunada porque utiliza el verbo enterar y este significa “informar a uno de algo o instruirle en cualquier negocio”, y el notario en cualquiera de esos eventos, pudo tener conocimiento personal del acaecimiento, pero de ninguna manera que fue informado.

Es necesario recordar que en Guatemala la jurisdicción es una sola; más no así la competencia, pues ésta es repartida por el Estado atendiendo a la cuantía, al territorio, al grado, al turno y a la materia, siendo ésta última dividida en materia civil, penal, laboral, administrativa, de familia y otras de carácter especial. Por esta razón, considero que en el Artículo 90 del Código de Notariado, existe un vacío y por ende una

laguna legal, al no establecer de forma clara y directa qué Juez de Primera Instancia es el competente para conocer sobre la reposición por pérdida del protocolo a cargo del notario, sino únicamente indicando que el notario dará aviso al Juez de Primera Instancia de su domicilio, sin considerar que en el domicilio de Guatemala existen órganos jurisdiccionales de diferentes materias, anteriormente descritas. Así también, el Artículo no es claro ni preciso, al no contemplar que en el caso de pérdida del protocolo a cargo del notario, puede o no existir un delito, entendiéndose de inmediato que debería conocer un juez del ramo penal, por la existencia o posible existencia de una acción delictiva. Asimismo, no indica la vía procesal en la cual se debe conocer dicha reposición.

El siguiente paso señalado por el Código de Notariado, es el que se refiere a la intervención del Juez de Primera Instancia, como regula el Artículo 91, el cual establece: **“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.”**

Este Artículo, no solamente contiene errores de redacción, sino también es un Artículo que por no ser claro ni preciso se convierte en oscuro, ambiguo y confuso; ya que no establece de manera clara qué órgano jurisdiccional es el competente para conocer en caso de pérdida del protocolo a cargo del notario; pues no se trata únicamente de dar aviso al juez de primera instancia del domicilio sobre la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo sino de establecer un procedimiento práctico para instar la persecución penal en el caso que se presume la comisión de un delito, y así lograr obtener la reposición del protocolo a cargo del notario. En Guatemala, únicamente los jueces penales son aquellos competentes para instruir la averiguación de un delito que se presume fue realizado; pero al no establecer el Artículo 90 qué órgano jurisdiccional es el competente para conocer sobre este asunto, los Artículos subsiguientes del Título XIII del Código de Notariado, contienen también lagunas legales, pues el legislador, únicamente se refiere a “el juez”, sin establecer si es un juez en materia penal, civil, laboral, etc.

Es importante remarcar, que en el título XIII del Código de Notariado, en relación a la reposición de protocolo, se refiere únicamente al procedimiento ordinario que deben promover las partes interesadas dentro de un instrumento público, cuando no haya sido posible la reposición del protocolo; más sin embargo no establece qué procedimiento debe iniciar o promover el notario ante la pérdida del protocolo a su cargo, previamente a que las partes inicien el juicio ordinario. El Artículo 96 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece: **“Vía Ordinaria: Las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en este Código, se ventilarán en juicio ordinario.”** Pero en el caso de la pérdida del protocolo, no existe contienda alguna, pues solamente existe una parte interesada frente a dicha situación, el notario, y es éste quien debe dar aviso al juez de primera instancia y quien está obligado a tramitar dicho asunto hasta lograr su reposición; aunque esto conlleve acudir a órganos auxiliares como lo es el Ministerio Público, en caso que el notario presuma la posible comisión de un delito. Por ello, es fácil determinar que no solamente existe una laguna legal en el Título XIII en relación a la reposición de protocolos, al no establecer de forma clara y directa qué órgano jurisdiccional es el competente, sino también existente un vacío legal al no establecer un procedimiento específico para que el notario pueda tramitar la reposición del protocolo a su cargo; sino únicamente un procedimiento para las partes que se vean afectadas por la imposibilidad de reponer el protocolo perdido. Considero que la vía idónea que debe establecerse para que el notario pueda tramitar la reposición del protocolo a su cargo es la Vía Voluntaria; al ser únicamente el notario la persona interesada en la reposición del mismo.

3.3.1. Propuesta del proyecto para la reposición del protocolo

Considero que un procedimiento práctico para reponer el protocolo a cargo del notario en el caso de una pérdida, destrucción o deterioro, podría ser el siguiente:

1. El notario deberá acudir ante el Juez de Primera Instancia del Ramo Penal de su domicilio, y comunicarle de forma escrita el conocimiento que tuviere acerca

de la comisión de un hecho delictivo en la pérdida del protocolo a su cargo, identificando con claridad el instrumento público perdido, deteriorado o destruido.

2. El Juez de Primera Instancia Penal, si considera posible la existencia de un delito, deberá remitir las actuaciones al Ministerio Público, dentro de un plazo no mayor de tres días; instruyendo juntamente la averiguación correspondiente.

3. El Ministerio Público deberá practicar las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho; así mismo establecer quiénes son los partícipes, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad.

4. Una vez el Ministerio Público haya informado al Juez de Primera Instancia Penal sobre el resultado de la investigación, el juez deberá abrir procedimiento criminal en contra de los presuntos culpables, en caso de que existiera delito; de lo contrario, certificará lo conducente, para que el Juez de Primera Instancia Civil conozca sobre la reposición del protocolo, lo cual se deberá conocer por la Vía Voluntaria.

“Declarada procedente la reposición, el Juez pedirá a la Corte Suprema de Justicia, copias de los testimonios enviados por el notario, correspondientes al protocolo que debe reponerse, las cuales servirán para la reposición.”

El párrafo concuerda con los Artículos 37 literal a) y 66 del Código de Notariado, toda vez que el notario está obligado de remitir al Director del Archivo General de Protocolos, dentro de los veinticinco días hábiles siguientes al otorgamiento de cada escritura pública un testimonio especial, esto es, una copia fiel de la escritura matriz contenida en el protocolo notarial. La problemática se produce en el evento que el notario incumpla con esa obligación, dando lugar a que desaparecida la escritura matriz no habrá probabilidad de obtener copia del testimonio especial. Además, es impertinente se pida a la Corte Suprema de Justicia copia de los testimonios especiales enviados por el

notario cuando puede hacerse directamente al Director del Archivo General de Protocolos, pues a él le deben ser remitidos; el empleo de un paso administrativo más, retarda la reposición. De tal suerte que es prudente reformar el párrafo comentado, estableciendo un procedimiento específico y concreto para facilitar la reposición del protocolo y no ser una carga más de trabajo para los órganos jurisdiccionales y para el notario interesado en dicha reposición.

“En caso que dichos testimonios no existieren en el Archivo de Protocolos por cualquier motivo, se pedirán las copias que hubiese en el Registro de la Propiedad Inmueble.”

Aquí podemos ver la falta de un procedimiento legal para los efectos de reponer el protocolo, toda vez que el notario no cartula única y exclusivamente actos y negocios jurídicos relacionados con derechos reales, sino también personales y de otra índole que no necesariamente deben estar inscritos en los Registro de la Propiedad Inmueble. En este Artículo, el legislador únicamente contempla el Registro de la Propiedad “Inmueble”, sin prever los cambios que pueden surgir dentro de las diferentes instituciones del Estado; pues en la actualidad en el Registro General de la Propiedad, solamente se inscriben bienes inmuebles; apartando los bienes muebles, que deberán ser inscritos en el nuevo Registro de Garantías Mobiliarias, según lo establecido en el Decreto 51-2007.

... y se citará a los otorgantes y a los interesados, previniéndoles la presentación de los testimonios o copias que tengan en su poder. La citación se hará por avisos que se publicarán tres veces durante un mes en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación en la localidad...”

La duda resultante del Artículo anteriormente descrito, estriba en determinar si el notario expidió o no, antes de la pérdida del protocolo, los testimonios o copias de las escrituras públicas autorizadas a las dependencias correspondientes, generando la imposibilidad que los otorgantes o interesados puedan presentarlos al órgano jurisdiccional competente. En caso que el notario haya cumplido con su obligación dentro del tiempo

que la ley establece, no hay problema alguno; pero... ¿qué sucede si el notario omite el cumplimiento a dicha obligación y acontece la pérdida del protocolo a su cargo?, el Código Civil, establece: **“El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.”** Considero que una opción para que las partes interesadas, dentro de un instrumento público, no se vean afectadas por la pérdida del protocolo a cargo del notario, es dejarlo sin validez con autorización judicial, invocando la causa de la pérdida del mismo y proceder a crear un nuevo instrumento público; esto no sólo para evitar la demora en el interés de las partes en celebrar un negocio jurídico, sino también para que éstas no se vean afectadas por el tiempo que pueda tardar el trámite para la reposición del mismo.

“Si existiere el testimonio del índice del protocolo, que trata de reponerse, los avisos contendrán la nómina de los otorgantes.” En la actualidad, con base en disposición administrativa y requerimiento del Archivo General de Protocolos, la existencia de este testimonio del índice del protocolo, que es un testimonio irregular, no es eventual sino que se encuentra prácticamente asegurada. El notario, así, en la actualidad tiene la obligación de remitir anualmente, después del cierre periódico del registro, el testimonio del índice del protocolo a su cargo. Esta práctica, a no dudar, tiene muchas ventajas, pues facilita que en el edicto que se publica para la reposición del protocolo perdido, destruido o deteriorado, pueda insertarse la nómina de los otorgantes cuyos instrumentos se pretende obtener.

“Si aún faltare 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.”

En este caso, sí es procedente la vía ordinaria que establece el Artículo citado, ya que existe controversia entre la partes dentro de un negocio jurídico plasmado en el protocolo a cargo del notario; controversia que por no establecer un procedimiento

específico para su resolución, se debe ventilar por la vía ordinaria, tal como lo expresa el Artículo 96 del Código Procesal Civil y Mercantil.

“Con las copias de los testimonios y copias legalizadas presentadas, con las certificaciones de los registros o con la debida constancia de los puntos que se hallen de acuerdo los otorgantes, quedará repuesto el protocolo perdido o inutilizado.”

Esto deberá hacerse constar en acta debidamente autorizada por el juez competente, siendo ésta la prueba para darle validez al protocolo perdido, debiéndose insertar en el protocolo a cargo del notario.

El Artículo 97 del Código de Notariado establece: **“Los gastos que ocasione la reposición del protocolo serán por cuenta del notario, quien a su vez, podrá reclamar el valor de dichos gastos dela persona que resultare culpable.”**

Dentro de los posibles gastos, queda comprendida la publicación de edictos, fotocopias, certificaciones y otros que pudieran presentarse, dependiendo de cómo efectivamente pueda hacerse realidad la reposición del protocolo. En caso que hubiese alguna persona culpable, entonces el notario tiene el derecho de poder repetir en contra de ella, pero si el responsable es el mismo notario, entonces el responsable sería él mismo.

Argumento de cierre

El notario de todos los instrumentos públicos que facciona, debe dejar constancia dentro del protocolo notarial a su cargo, ya que cada instrumento público tiene carácter de prueba para las partes interesadas en el mismo.

El notario no está exento de sufrir la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo a su cargo, por lo que dentro de su función debe existir la prudencia necesaria para evitar

que la inseguridad jurídica, que actualmente afronta Guatemala, llegue a generar problemas o dificultades para las partes interesadas dentro de un instrumento público y que han requerido sus servicios profesionales.

Una de las maneras en que el notario puede evitar que la inseguridad jurídica afecte a las partes interesadas dentro de un instrumento público es entregando a las partes interesadas los testimonios o constancias de los instrumentos públicos que fueron creados e inmediatamente integrarlos al protocolo notarial a su cargo, cumpliendo asimismo con las obligaciones posteriores, como lo es, el de remitir el testimonio especial de las escrituras matrices al Director del Archivo General de Protocolos, entre otras.

En el Código de Notariado, Decreto 314, no existe un procedimiento expreso y determinante, que ayude al notario a resolver el problema, en el momento en que ocurra la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo o de algún instrumento público contenido en el protocolo a su cargo, por lo que el procedimiento anteriormente propuesto, considero, es apropiado para integrarlo como reforma al Código de Notariado y lograr así una pronta resolución del problema sin que las partes se vean afectadas por el mismo.

CAPÍTULO IV

4. Jurisdicción y competencia del notariado

En el presente capítulo es mi intención hacer énfasis sobre la facultad que el Estado tiene, a través de los órganos jurisdiccionales, para conocer determinados asuntos en materia notarial y darle una solución a los mismos, estableciendo asimismo la competencia de los jueces para conocer sobre el caso de la reposición por pérdida, destrucción o deterioro del protocolo a cargo del notario.

4.1. La jurisdicción

El Licenciado Ossorio³⁹, señala que la Jurisdicción es “la Acción de administrar el derecho, no de establecerlo. Es, pues, la función específica de los jueces. La extensión y límites del poder de juzgar, ya sea por razón de la materia, ya sea por razón del territorio, si se tiene en cuenta que cada tribunal no puede ejercer su función juzgadora sino dentro de un espacio determinado y del fuero que le está atribuido”.

Según el Licenciado Chacón⁴⁰, la Jurisdicción es “la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por jueces y tribunales independientes, de realizar el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y promoviendo la ejecución de lo juzgado”. De esta definición podemos desprender:

- a) Que es una potestad, pues es una derivación de la soberanía que atribuye a sus titulares una posición de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con ellos se relacionan, llevando ínsita una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás, incluso acudiendo al uso de la fuerza.

³⁹ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 550.

⁴⁰ Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Pág. 19.

- b) Únicamente al Estado es a quien le corresponde la administración de justicia; hoy en día únicamente puede entenderse integrada en la soberanía del Estado.
- c) Se ejerce por órganos específicos, los juzgados y tribunales, lo que implica que éstos, dentro del Estado, tienen el monopolio de su ejercicio, no pudiendo atribuirse a órganos distintos. En los Artículos 203 de la Constitución Política de la República y el 57 de la Ley del Organismo Judicial, es reconocida como la “exclusividad de ejercicio de la potestad”.
- d) La independencia de los titulares de la jurisdicción es característica esencial, hasta el extremo de que sin independencia no puede existir ejercicio de la jurisdicción.
- e) La función de los titulares de la jurisdicción se resuelve en la realización del derecho en el caso concreto, es decir, en la actuación del derecho objetivo mediante su aplicación al caso concreto, que es lo que suele denominarse juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.
- f) La ejecución es parte integrante de la jurisdicción, ésta no se limita a declarar el derecho, sino que ha de proceder también a su ejecución o, en otras palabras, a adecuar la realidad a lo establecido en el título ejecutivo.

La atribución de jurisdicción a un órgano no es por sí sola bastante para que ese órgano conozca de una pretensión determinada y respecto de ella actúe el derecho objetivo. Es preciso, además, que una norma le atribuya el conocimiento de esa pretensión en concreto. Surge así el concepto de competencia; ésta no es la parte de la jurisdicción que se confiere a un órgano, ni la medida de la jurisdicción. La competencia es el ámbito sobre el que un órgano ejerce su potestad jurisdiccional. La jurisdicción no se reparte, pero sí cabe repartir las materias, la actividad procesal y el territorio en el que se ejerce la jurisdicción.

El Artículo 57 de la Ley del Organismo Judicial, establece que la función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley, a los cuales corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. La justicia es gratuita e igual para todos, salvo lo relacionado con las costas judiciales, según la materia en litigio. Toda persona tiene libre acceso a los tribunales para ejercer sus acciones y hacer vales sus derechos de conformidad con la ley.

El Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece lo relativo a la independencia del Organismo Judicial y la Potestad de Juzgar. Al realizar el análisis de dicho Artículo, se determina que la Constitución otorga el poder o la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, por medio de procesos preestablecidos que deben culminar con sentencia o resoluciones, certificaciones oficios judiciales, contando con el auxilio de las autoridades de policía y del Ministerio Público, en todo caso, requiriendo “la pronta acción”.

La Constitución Política de la República, reconoce el derecho de todos los habitantes a la intervención judicial, según el Artículo 29; así también reconoce el derecho de requerir justicia al tribunal competente y el derecho a defenderse, según lo establecido en el Artículo 12 de la Constitución.

El Organismo Legislativo y el Organismo Ejecutivo, ambos están obligados a prestarle auxilio a los tribunales. La negativa de parte de los funcionarios y empleados de estos organismos, equivale al incumplimiento de la obligación, constituye delito de desobediencia. El auxilio se refiere a colaborar en las investigaciones y ejecutar sin objeciones ni obstáculos las órdenes y las resoluciones de los tribunales. El Artículo 420 del Código Penal, regula lo relativo a la Desobediencia, y establece: El funcionario o empleado público que se negare a dar debido cumplimiento a sentencias, resoluciones u órdenes de autoridad superior dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, será sancionado con prisión de...

4.2. Principios informadores

En virtud de que no puede existir sino una única jurisdicción y que se tiene toda la jurisdicción o no se tiene jurisdicción, considero importante hacer mención a los principios informadores de dicha institución, los cuales son los siguientes:

- a. **La jurisdicción como potestad solo puede ser una**, siendo conceptualmente imposible que un Estado no federal como el nuestro tenga más de una jurisdicción. Cuando se habla de jurisdicción ordinaria o especial, civil o penal, etc., se está partiendo del desconocimiento de lo que la jurisdicción sea.
- b. **La jurisdicción es indivisible**, y por tanto todos los órganos dotados de la misma la poseen en su totalidad; no se puede tener parte de la jurisdicción, sino que se tiene esa potestad o no se tiene.

No cabe decir que la jurisdicción civil se atribuye a unos órganos y la jurisdicción penal a otros; si a un órgano del Estado se le atribuye jurisdicción se le confía plenamente, sin perjuicio de que sí pueda dividirse la competencia, esto es, el ámbito sobre el que se ejerce la jurisdicción, pero partiendo siempre de que ésta ya se tiene. De ahí lo acertado del Artículo 62 de la Ley del Organismo Judicial cuando dice que los tribunales sólo podrán ejercer su potestad (lo que supone que ya la tienen) en los negocios y dentro de la materia y el territorio que se les hubiere asignado.

La jurisdicción es indelegable, de modo que cuando a un órgano judicial se le ha atribuido por la ley, no puede éste proceder a delegarla, ni siquiera en otros jueces, como lo establece el Artículo 113 de la Ley del Organismo Judicial.

Cosa distinta es el mutuo auxilio entre tribunales para la práctica de diligencias, como consecuencia de la llamada solidaridad judicial. Un tribunal, llamado comitente, puede encomendar la práctica de una diligencia a otro tribunal, llamado comisionado, cuando esa diligencia tiene que realizarse en el territorio de éste.

El Artículo 37 del Código Procesal Penal, establece: “Corresponde a la jurisdicción penal el conocimiento de los delitos y las faltas. Los tribunales tienen la potestad pública, con exclusividad, para conocer los procesos penales, decidirlos y ejecutar sus resoluciones”.

La Constitución en el Artículo 203 contiene varios elementos que concurren a determinar lo que deba considerarse como función jurisdiccional. En efecto, dice que “la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República”, que “corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado”, que los “magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones”, que “la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca”. Los anteriores elementos permiten afirmar que la jurisdicción es la potestad que corresponde a los tribunales de justicia, que tiene por finalidad la declaración y realización del derecho mediante la aplicación de la ley a casos concretos. En el ejercicio de dicha función los tribunales gozan de exclusividad e independencia. Además, el mismo Artículo dispone que “los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones”. (CdC, exp. 296-94, 26/01/1995, GJCC, 35: 13-14)

Juzga en lo penal quien posee autoridad para decidir respecto de la culpabilidad o no de un sujeto en un asunto determinado, conforme a la ley. Si bien, para determinar la culpabilidad de un persona es necesario reunir ciertos elementos que ayuden a esclarecer los hechos del caso en análisis, la reunión de estos elementos puede realizarse por personas distintas del juzgador, sin que por ello se entienda delegada la potestad de juzgar, ya que únicamente se requiere de la colaboración de otros sujetos o instituciones para obtener de una forma especializada las evidencias necesarias y datos que servirán precisamente para llevar a cabo la función de juzgar, (...) (CdC, exp. 297-94, 09/02/1995, GJCC, 35: 18).

El Artículo 38 del Código Procesal Penal, establece que “la jurisdicción penal se extenderá a los hechos delictivos cometidos en el territorio nacional en todo o en parte,

y a aquellos cuyos efectos se produzcan en él, salvo lo prescrito por otras leyes y por tratados internacionales.” “La jurisdicción penal es irrenunciable e indelegable”. Artículo 39 del Código Procesal Penal.

4.3. Extensión y límites de la jurisdicción en Guatemala

Antes de adentrarnos en la determinación de la competencia, tanto genérica (la atribuida a la jurisdicción civil) como objetiva, funcional y territorial (la que fija el ámbito de actuación de cada órgano del ramo u orden civil), es preciso resolver un problema previo que atiende a fijar el marco en el que ejercen jurisdicción los tribunales guatemaltecos, siempre limitándose al ámbito de aplicación del Derecho privado.

La necesidad de fijar la extensión y los límites de la jurisdicción nacional se presenta cuando en un proceso existe un elemento extranjero; si todo los elementos son guatemaltecos no ha lugar ni siquiera a plantear la cuestión. Partiendo, pues, de la concurrencia de un elemento extranjero, en principio los tribunales guatemaltecos tienen jurisdicción para conocer de toda demanda que ante ellos se presente, y por ello el Artículo 33 de la Ley del Organismo Judicial establece que la competencia jurisdiccional de los tribunales nacionales con respecto a personas extranjeras sin domicilio en el país, el proceso y las medidas cautelares, se rigen de acuerdo con la ley del lugar en el que se ejercite la acción esto es, donde se formule la demanda, de modo que si ésta se ha presentado ante un tribunal guatemalteco, éste debe entenderse en principio competente.

Expresión más concreta de todo lo anterior se encuentra en el Artículo 34 de la Ley del Organismo Judicial, conforme al cual los tribunales guatemaltecos son competentes para emplazar a personas extranjeras o guatemaltecas que se encuentren fuera del país, en los siguientes casos:

1. Cuando se presente alguna acción, concerniente a bienes que estén ubicados en Guatemala: Este inciso no distingue entre bienes muebles e inmuebles, pero en

todo caso parece obvio que si el bien inmueble radica en el territorio nacional tienen que ser nuestros tribunales los que decidan sobre el mismo, llegando la posibilidad a que si un tribunal extranjero decide sobre esos bienes, nuestros tribunales pueden desconocer lo resuelto por aquél.

2. Cuando se trate de actos o negocios jurídicos en que se haya estipulado que las partes se someten a la competencia de los tribunales de Guatemala: Tratándose de cuestiones civiles veremos luego que la competencia territorial es prorrogable, lo que supone que cabe la sumisión, y de ahí que quepa también la sumisión cuando se trata de someterse voluntariamente a los tribunales de un país.
3. Cuando se ejercite una acción que tenga relación con actos o negocios jurídicos realizados en Guatemala.

4.4. La noción de competencia

Se decía que la jurisdicción como potestad, es indivisible, en el sentido de que todos los órganos jurisdiccionales la poseen en su totalidad. Los órganos a los que se atribuyen en potestad son los que prevé la Constitución y la Ley del Organismo Judicial. Todos ellos tienen potestad jurisdiccional y la tienen de modo completo.

La atribución de la jurisdicción a un órgano no es por sí sola bastante para que ese órgano conozca de una pretensión determinada y respecto de ella actúe el derecho objetivo. Es preciso, además, que una norma le atribuya el conocimiento de esa pretensión en concreto. Surge así el concepto de competencia; ésta no es la parte de la jurisdicción que se confiera un órgano, ni la medida de la jurisdicción. La competencia es el ámbito sobre el que un órgano ejerce su potestad jurisdiccional. La jurisdicción no se reparte, pero sí cabe repartir las materias, la actividad procesal y el territorio en el que se ejerce la jurisdicción.

Desde el punto de vista objetivo la competencia es el conjunto de pretensiones sobre las que un órgano jurisdiccional ejerce su jurisdicción; desde el subjetivo, con referencia al órgano jurisdiccional es la facultad de ejercer su función con relación a pretensiones determinadas, y con referencia a las partes es tanto el derecho de que sus pretensiones-resistencias sean conocidas por un órgano determinado, como el deber de someterse al mismo. Si un órgano jurisdiccional ha de conocer de determinadas pretensiones, es en virtud de que una norma distribuye el conocimiento de las diversas pretensiones posibles ante los distintos órganos existentes.

El Licenciado Manuel Ossorio⁴¹ explica que la competencia “es la atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto”. Couture la define como “medida de jurisdicción asignada a un órgano del Poder Judicial, a efectos de la determinación genérica de los asuntos, en que es llamado a conocer por razón de la materia, de la cantidad y del lugar”. Las llamadas cuestiones de competencia se ocasionan cuando dos de ellos creen que les pertenece entender en asunto determinado.

El primer paso a la hora de atribuir competencia debe partir de la comprobación de la existencia de tribunales a los que se atribuye competencia con relación a lo que se ha llamado órdenes o ramos jurisdiccionales, y aparece así el criterio de atribución de la competencia que se llama genérica.

Atendiendo a la competencia genérica, la primera distribución entre los tribunales se refiere a que éstos conocerán de pretensiones penales o de no penales, dada la radical diferencia entre pena y no pena. Pero dejando ahora a un lado los tribunales penales y centrándonos en los que podemos llamar civiles en general, con base en la competencia cabe distinguir:

- a) **Tribunales de competencia general:** La competencia se les atribuye en virtud de norma general, que les confiere el conocimiento de todas las pretensiones

⁴¹ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 197.

que surjan, de forma tal que la generalidad implica vis atractiva (fuerza de atracción) sobre las pretensiones no atribuidas expresamente a otros tribunales. La norma de esta naturaleza se encuentra en el Artículo 1 del Código Procesal Civil y Mercantil cuando dice que la jurisdicción (en realidad, la competencia) civil y mercantil, es decir de todo el derecho privado, salvo disposiciones especiales de la ley, será ejercida por los jueces ordinario.

- b) **Tribunales de competencia especializada:** La especialización consiste en la atribución de competencia atendiendo a sectores del ordenamiento jurídico.
- c) **Tribunales de competencia especial:** La atribución de competencia se hace normalmente dentro ya de un orden o ramo jurisdiccional, con relación a grupos de asuntos específicos e incluso, a veces, respecto de grupos de personas. Esta naturaleza tienen los Tribunales Militares y Juzgados de Menores.

Puede decirse que la competencia genérica de los tribunales civiles se extiende al conocimiento de los asuntos o negocios en los que se formulan pretensiones basadas en la aplicación del derecho privado, esto es, todo lo relativo a la aplicación de las normas civiles y mercantiles.

La competencia penal es improrrogable. La competencia territorial de un tribunal no podrá ser objetada ni modificada de oficio una vez iniciado el debate; se exceptúan aquellos casos reglados por una disposición constitucional que distribuye la competencia entre distintos tribunales.

Desde el punto de vista objetivo la competencia es el conjunto de pretensiones sobre las que un órgano jurisdiccional ejerce su jurisdicción; desde el subjetivo, con referencia al órgano jurisdiccional es la facultad de ejercer su función con relación a pretensiones determinadas, y con referencia a las partes es tanto el derecho de que sus pretensiones-resistencias sean conocidas por un órgano determinado como el deber de someterse al mismo. Si un órgano jurisdiccional ha de conocer de determinadas

pretensiones, es en virtud de que una norma distribuye el conocimiento de las diversas pretensiones posibles entre los distintos órganos existentes.

4.5. La competencia objetiva

En los distintos ordenamientos jurídicos cuando se trata de determinar la que se llama competencia objetiva de los tribunales civiles se acude a dos criterios, la materia y la cuantía.

1. **Por la materia:** En nuestro derecho procesal guatemalteco existen muy pocas normas específicas de atribución de la competencia atendiendo única y exclusivamente a la materia, y sí en relación a la cuantía. Como puede comprobarse en el Capítulo II del Título I del Libro I del Código Procesal Civil y Mercantil, en los Artículos 7 al 24, la atribución de la competencia se hace normalmente con referencia a la cuantía

El Código Procesal Civil y Mercantil, recoge en el Libro IV, que se coloca abajo la rúbrica de “Procesos especiales”, una gran variedad de asuntos que, desde luego, no dan lugar a verdaderos procesos, pues en ellos no hay auténticas partes ni existe una real controversia o litigio. Si el proceso presupone la existencia de dos partes enfrentadas y contrapuestas que acuden a un tercero imparcial, en los asuntos de la llamada jurisdicción voluntaria no ocurre así, por lo que no cabe hablar de proceso. Esto es lo que ha posibilitado que algunos actos de la jurisdicción voluntaria se atribuyan a la competencia de los notarios, lo que hubiera sido imposible de tratarse de verdaderos procesos, atendiendo al principio de la exclusividad jurisdiccional.

Puede ser oportuno señalar que, dado el volumen de trabajo de los Juzgados de Primera Instancia, podría ser conveniente atribuir a los Jueces de Paz competencia para tramitar algunos asuntos de jurisdicción voluntaria, lo que, a su vez, permitiría a los primeros dedicarse al conocimiento de los asuntos de mayor importancia, sobre

todo habida cuenta de que las cuestiones voluntarias suelen ser de fácil comprensión.

Aún partiendo de la base de que cuando se habla de valor indeterminado pudiera parecer que se está aludiendo a la cuantía, lo cierto es que el Artículo 10 del Código Procesal Civil y Mercantil, al referirse que en los asuntos de valor indeterminado es competente el Juez de Primera Instancia, está estableciendo una norma que en algún sentido es de competencia material, por lo menos de modo indirecto.

En efecto, puede entenderse que lo que la norma dispone es que:

- 1) Siempre que puede fijarse el valor de lo pretendido (para lo que se establecen algunas reglas, como veremos seguidamente), entra en juego el criterio de la cuantía para repartir la competencia entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de Paz o Menores.
- 2) Cuando ello no es posible, es decir, cuando el criterio de la cuantía no puede entrar en juego, entonces es siempre competente el Juzgado de Primera Instancia.

La norma que hace referencia al valor indeterminado no puede negarse que atiende a la cuantía, pero lo mismo atribuir la competencia siempre a los Juzgados de Primera Instancia es algo más que una mera norma de cuantía.

2. **Por la cuantía:** Con este criterio se parte de la idea, no siempre correcta, de que los asuntos de menor valor son menos complejos y por ello pueden atribuirse a los Jueces Menores o de Paz, mientras que el mayor valor de un asunto hace aumentar su dificultad, y por eso se atribuyen a los Jueces de Primera Instancia.

4.6. La competencia funcional

La noción de competencia funcional se debe a Wach (autor alemán de finales del siglo XIX) pero lo cierto es que, algo más de un siglo después se viene manejando todavía con cierta imprecisión.

- a) **Ámbito de aplicación:** Aunque en ocasiones se haya pretendido darle un ámbito desmesurado, con este criterio de atribución de la competencia se está haciendo referencia únicamente a tres aspectos:
1. **Recursos:** Determinado por la competencia objetiva del órgano que conoce de la primera instancia de un asunto, este criterio funcional sirve para determinar quién debe conocer de los recursos con efecto devolutivo que la ley establezca, sean esos recursos ordinarios o extraordinarios.
 2. **Ejecución:** Atiende a la fijación del órgano competente para proceder a la ejecución de los títulos judiciales, principalmente de las sentencias. Tendiendo siempre presente que en la ejecución de los títulos extrajudiciales el criterio a aplicar es el objetivo.
 3. **Incidentes:** Utilizando esta palabra en su sentido más amplio el criterio sirve para determinar quién debe conocer de aquellas cuestiones que, no siendo la principal, se presentan conectadas a ella en las instancias, en los recursos extraordinarios o en la ejecución.
- b) **Carácter automático:** La determinación de esta competencia puede calificarse tanto de derivada como de automática, en el sentido de que, establecida por los otros criterios la competencia para conocer de un asunto de un órgano judicial determinado, la fijación para conocer de los recursos devolutivos, de la ejecución y de los incidentes deviene ya como algo pre-configurado.

En este sentido no ofrece dudas que, con referencia a los recursos con efecto devolutivo, el Juez de Primera Instancia es competente para conocer de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por los Jueces de Paz, la

Sala de las Cortes de Apelaciones conoce del recurso de apelación contra las resoluciones de los Jueces de Primera Instancia y a Corte Suprema conoce del recurso de casación contra las resoluciones de las Cortes de Apelaciones.

Aunque no existe una norma expresa que así lo disponga también debe estar claro que el órgano judicial que está conociendo de un asunto, asume la competencia para conocer de todas las incidencias propias del mismo. Por fin, la ejecución se atribuye al órgano judicial que ha dictado la resolución que se ejecuta, siendo siempre éste un Juez de Primera Instancia; cuando se trata de títulos ejecutivos no judiciales la ejecución se atribuya al Juez de Primera Instancia o al Juez de Paz en atención a las normas anteriores determinadoras de la competencia objetiva por el valor.

4.7. La competencia territorial

La entrada en juego de este criterio presupone la existencia de pluralidad de órganos judiciales del mismo tipo a los que se ha atribuido competencia objetiva para conocer de un asunto. Bastará así recordar que existen muchos Juzgados de Primera Instancia y muchos Juzgados Menores o de Paz, por lo que es preciso saber ante cuál de esos Juzgados se presentará la demanda.

El criterio objetivo puede haber determinado que, en atención a la materia o a la cuantía, la competencia objetiva corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, pero dado que de éstos existen muchos en Guatemala el paso siguiente consiste en determinar a cuál de entre todos ellos se acude. A esto atienden las normas de competencia territorial.

Tradicionalmente se ha partido de la consideración de que la competencia territorial no estaba afectada por el interés público, y de ahí la existencia de una norma general que la consideraba prorrogable, es decir, disponible, de modo que, primero, se estaba a la

voluntad concorde de las partes (fuero convencional) y, sólo ante la falta de ésta, a la aplicación de las reglas legales (fueros legales).

En todos los países se ha considerado que al Estado le es indiferente qué Juez o Tribunal de los existentes en la República de un tipo o grado determinado (esto es, de los competentes objetivamente para conocer de la primer instancia de un asunto) es el que debe conocer de ese asunto concreto, y esta indiferencia proviene de que, a la postre, de lo que se trata es sólo de saber si del caso en particular va a conocer un juez de un departamento o de otro, pero siempre va a ser un juez de Guatemala y de los que tienen competencia objetiva. Esa indiferencia es la que da lugar a dos reglas complementarias.

4.7.1. La sumisión

La primera manera de determinar la competencia territorial se refiere a la posibilidad de que las partes acuerden la sumisión, que es lo que dice el Artículo 2 del Código Procesal Civil y Mercantil: Las partes pueden someter expresa o tácitamente a un juez distinto del competente por razón del territorio, el conocimiento y decisión de un asunto determinado. Esa sumisión puede hacerse de dos maneras:

- ❖ **Por sumisión expresa:** Se refiere a ella el Artículo 4 numeral 2º. del Código Procesal Civil y Mercantil cuando dice que la competencia territorial puede prorrogarse por sometimiento expreso de las partes. Este sometimiento supone la existencia de una declaración de voluntad expresa de las dos partes de un futuro proceso en la que acuerdan que si ese proceso llega a presentarse será juez competente el de un territorio determinado. Normalmente este sometimiento se realiza:

- a. Bien como una cláusula dentro de un contrato y para todos los litigios que surjan en el futuro respecto de la ejecución del mismo (y entonces se habla de “cláusula de sumisión expresa”)

b. Bien como un contrato independiente, que se admite en otras legislaciones de modo expreso, y entonces con relación a algún conflicto ya suscitado entre las partes (aunque esta segunda posibilidad no suele darse en la realidad).

Después de siglos de existencia de la sumisión expresa, la práctica constante tiene muy bien delimitados los requisitos que deben concurrir tanto en la cláusula como en el contrato independiente:

1. Renuncia clara y terminante al fuero propio: La doctrina y la práctica no han sido demasiado exigentes en la observancia de este requisito, habiendo llegado a estimar que la designación del juez al que se someten las partes supone siempre una renuncia implícita al fuero propio.

El requisito sí ha servido, indirectamente, para: a. Exigir normalmente que el pacto de sumisión expresa ha de constar por escrito; b. Exigir la existencia efectiva de libertad contractual en las dos partes, con lo que no debe admitirse la sumisión producida en los contratos de adhesión. Si la sumisión responde en su esencia a la autonomía de la voluntad, ésta no puede estimarse que concurre cuando una parte puede imponer a la otra las cláusulas de un contrato, incluida la de sumisión; y c. Exigir la concurrencia de la voluntad de las dos partes. Lo que no sucede cuando en albaranes o documento de entrega de mercancía una de las partes unilateralmente dice que en los conflictos que surjan en la ejecución del contrato a que esos documentos se refieren serán competentes los juzgados y tribunales de tal lugar.

2. Designación con precisión del juez del territorio al que las partes se someten.

3. La cláusula de la sumisión expresa se refiere únicamente al Juez de Primera Instancia, pero las partes no pueden someterse a juez o tribunal distinto de aquél a quien esté subordinado el que haya conocido en primera instancia.

4. Aunque el Artículo 120 de la Ley del Organismo Judicial dice que no pueden prorrogar la competencia el Ministerio Público, ni los que ejercitan derechos ajenos (salvo los mandatarios y representantes que estuvieren legalmente facultados para ello), en realidad lo que la norma dice es que no pueden realizar pactos de sumisión esas personas.

La sumisión expresa se basa en la autonomía de la voluntad de las personas y en su posibilidad de realizar cualesquiera pactos lícitos.

❖ **Por sumisión tácita:** En relación a ésta, explica el Licenciado Chacón⁴², “es la prevista en el Artículo 4 numeral 3º. del Código Procesal Civil y Mercantil cuando dice por contestar a la demanda sin oponer incompetencia, si bien debería de haberse precisado mejor que:

- 1) Para el actor existe sumisión tácita, para el mero hecho de acudir al juez interponiendo la demanda.
- 2) Para el demandado, pro el hecho de no formular incompetencia como excepción previa (Art. 116, inciso 1º. del Código Procesal Civil y Mercantil).

Las sumisiones, pues, tanto la expresa como la tácita, constituyen la primera manera de determinar la competencia territorial, y es visto que en cualquier caso se trata de la voluntad de las partes, las cuales pueden disponer de este tipo de competencia.

⁴² Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Pág. 37.

4.7.2. La prórroga de la competencia territorial

De la prórroga de la competencia territorial se habla en varias disposiciones, tanto en el Código Procesal Civil y Mercantil como en la Ley del Organismo Judicial, y suele en esas normas confundirse con la sumisión. Podría entenderse que la sumisión es un tipo de prórroga, pero siempre que quedara claro que la prórroga no se refiere sólo a la sumisión.

La declaración de que la competencia territorial es prorrogable se contiene en el Artículo 3º. del Código Procesal Civil y Mercantil como en la Ley del Organismo Judicial en su Artículo 116 inciso final, y lo que está diciéndose en ellos es que, aparte de las sumisiones, pueden concurrir circunstancias que lleven a que conozca de un asunto un Juez que, en principio y según las normas legales de competencia, no tendría competencia para conocer de ese caso. Esas circunstancias son las que se enumeran en el Artículo 4 del Código Procesal Civil y Mercantil, y son:

1. Cuando deban conocer jueces de otra jurisdicción territorial, por falta o impedimento de los jueces competentes.

Dejando a un lado la incorrección de la expresión “otra jurisdicción territorial” pues se trata realmente de competencia y no de jurisdicción, se está haciendo aquí mención de dos casos muy distintos: a) Que falte el juez competente, b) Que en ese juez competente concurra una causa de impedimento de las previstas en el Artículo 122 de la Ley del Organismo Judicial, en cuyo caso el juez, según el Artículo 130 del mismo cuerpo legal, se inhibirá de oficio y remitirá las actuaciones al tribunal superior, para que resuelva y las remita al juez que deba seguir conociendo. Es de sentido común que esta causa de prórroga no tiene relación alguna con la sumisión.

En general debe tenerse en cuenta que los impedimentos del Artículo 122 de la Ley del Organismo Judicial obligan al Juez a inhibirse de oficio, las excusas

del Artículo 123 de la misma Ley imponen al juez hacérselo saber a las partes para que éstas la acepten o no, expresa o tácitamente, mientras que la recusación, que comprende las causas de impedimento y de excusa, es un derecho de las partes. En todos estos supuestos no se trata realmente de que prorrogue la competencia en sentido estricto (no para la competencia del Juez de un lugar al Juez de otro lugar por razones atinentes al asunto), sino que se trata de motivos para que un Juez concreto no pueda conocer de un asunto determinado en atención a que se presume que el mismo puede no ser imparcial atendidas sus relaciones con las parte so con el objeto del proceso.

2. La reconvención o contrademanda, cuando ésta proceda legalmente.

A la reconvención se refiere el Artículo 119 del Código Procesal Civil y Mercantil y la estudiaremos en el Capítulo IX, pero hay que adelantar aquí que se trata del ejercicio por el demandado, y aprovechando la pendencia del proceso, de una contrademanda que se dirige frente al actor. Por lo mismo no guarda relación directa con la sumisión, aunque si de lugar a una modificación de la competencia territorial.

3. La acumulación.

Este fenómeno de la acumulación puede alterar la aplicación de las normas legales de competencia territorial. Por ejemplo, si en una misma demanda se ejercitan varias pretensiones contra varios demandados, existiendo conexión pro el objeto, la competencia para conocer de todas esas pretensiones se atribuye al juez del lugar del domicilio de uno de los demandados, de cualquiera de ellos y a elección del demandante, con lo que ese otro u otros demandados pueden serlo ante juez que no es el de su domicilio.

4. Por otorgarse fianza a la persona del obligado.

El Artículo 23 dice que la obligación accesoria sigue la competencia de la principal, y con ello viene a establecer una norma en buena medida innecesaria, pues no cabe duda alguna de que lo accesorio sigue a lo principal. En cualquier caso la norma no fija propiamente competencia territorial, pues lo que dice es que, determinada la competencia para lo principal, queda ya fijada la competencia para lo accesorio.

4.8. Reparto de demandas

Hasta hace muy poco no existía en el Derecho Procesal Civil guatemalteco el llamado, en otros países, reparto de asunto o turno de reparto, por el que se tiende repartir el trabajo entre los varios Juzgados existentes en una misma ciudad. Las cosas han cambiado por este orden.

- a) El decreto 112-97 del Congreso reformó el Artículo 54 de la Ley del Organismo Judicial, el de las atribuciones administrativas de la Corte Suprema de Justicia, adicionando la literal o), según la cual tiene también la atribución de: “Organizar sistemas de recepción de demandas para los ramos y territorios que se señalen en el acuerdo correspondiente, con el objeto de garantizar una equitativa distribución del trabajo entre los tribunales respectivos. La distribución deberá hacerse dentro de las 24 horas de recibida la demanda” (publicado el 13 de diciembre de 1997). **A pesar de que la reposición por pérdida del protocolo a cargo de un notario no es una “demanda” pero sí un asunto que en determinado momento debe conocerlo un “juez de primera instancia”, pregunto: ¿No debería este asunto y otros llegar primero a un centro de reparto de demandas para que allí mismo se establezca la competencia del juez?**

- b) El Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia 15-97 (publicado el 8 de abril) estableció en su Artículo 1º. “Se crea el Centro Metropolitano de notificaciones con la función de agilizar los actos de comunicación requerimientos, embargos, lanzamientos y otros similares que ordenen los tribunales de primera instancia, civiles y mercantiles, de la ciudad de Guatemala”. Cuyo fin primordial, según el Artículo 2º, es la eficacia y eficiencia en las notificaciones, organizando su trabajo de tal manera que el volumen del mismo deje de ser un obstáculo para la pronta administración de justicia.
- c) El Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia 27-98 (publicado el 1 de abril) modifica el Acuerdo anterior, denominando al órgano “Centro de Servicios Auxiliares de la Administración de Justicia”, y atribuyéndole como función, en el Artículo 2º, hacer una equitativa e inmediata distribución de demandas y solicitudes para el inicio de expedientes judiciales, entre los juzgados que funcionan en la ciudad capital”.

Después el Acuerdo 42-98 de la Corte Suprema de Justicia ha atribuido al Centro, la prestación de sus servicios también para las notificaciones para las Salas de lo Civil de la Corte de Apelaciones que funcionan en la capital, pero ello ya no afecta a la distribución de demandas.

Importa mucho advertir que la distribución de demandas no es propiamente un tema de competencia, ni siquiera territorial, pues esa distribución se hace entre los Juzgados de la capital, es decir, entre los Juzgados que, conforme a las normas de competencia, la tienen ya para el conocimiento de los asuntos, y por eso la distribución de demandas puede hacerse según el sistema establecido por la Suprema Corte, sin necesidad de norma aprobada por el Congreso.

Aportación al caso en concreto:

Al analizar Artículo por Artículo del Título XIII del Código de Notariado, que se refiere a la reposición de protocolos, se establece los legisladores no regularon en cuanto a

qué órgano jurisdiccional le compete conocer acerca de la destrucción, deterioro y especialmente de la pérdida del protocolo a cargo del notario, en virtud que es importante el tema, porque esta problemática limita el quehacer profesional del notario y perjudica seriamente a la parte interesada.

Es por esta razón que el presente trabajo de investigación, tiene como finalidad sugerir una reforma al Código de Notariado, en el Título XIII, específicamente en los Artículos 90, 91 y 92, para que se regule y se establezca, el órgano jurisdiccional encargado de conocer sobre la reposición por la pérdida, destrucción y deterioro del protocolo a cargo del notario, en donde cabe la posibilidad que sea por la comisión de un delito, siendo entonces el Juez de Primera Instancia del Ramo Penal el que conozca primero y luego éste con la resolución respectiva lo envíe a un Juez de Primera Instancia del Ramo Civil, para que sea quien resuelva sobre la reposición del mismo. Asimismo, en dicha reforma se debe establecer un procedimiento breve, sucinto y práctico, como la Vía Voluntaria para tramitar dicho asunto, con el objeto de obtener un resultado eficaz y principalmente, evitar que esta clase de asuntos no sean una carga más de trabajo dentro de los diferentes órganos jurisdiccionales.

Argumento de cierre

Es el Estado quien delimita y establece la jurisdicción y competencia de los diferentes órganos jurisdiccionales; preceptuándola en la propia ley. Pero... ¿qué sucede si esa delimitación de jurisdicción y competencia no se encuentra claramente establecida en la misma ley?

Considero que en el caso de la presente tesis, tratándose ya sea de la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo, el notario toma la decisión de qué órgano jurisdiccional conocerá el asunto, ya sea el del ramo penal o bien el del ramo civil, pero se encuentra con la incógnita de... si dicho asunto será admitido para su trámite, o... si el juez considerará que no es competente y la rechazará de plano. Creo indudablemente, que es de vital importancia que el Estado se preocupe por aspectos que quizá no aparenten ser de relevancia, pero que al final afecten no solo los intereses

de una sola persona, sino de varias partes dentro de la creación de un instrumento público, tal el caso de que el Código de Notariado señale explícitamente qué órgano jurisdiccional es el competente para conocer sobre dicho asunto.

CAPÍTULO V

5. Lagunas legales

En el presente capítulo se hace en estudio y análisis en relación a las lagunas legales y al modo en que debe interpretarse las normas afectadas por la existencia de dichas lagunas. Se han aportado casos verídicos, que estimo ayudarán en gran manera a entender la verdadera razón que motivó a realizar el presente trabajo de tesis, pudiendo establecer en la actualidad cuál es la actuación tanto del notario como de los órganos jurisdiccionales frente a aquellos casos en los cuales existen leyes oscuras y ambiguas, proponiendo pues reformas que deben realizarse en el Código de Notariado para disipar esas dudas causadas por las lagunas legales existentes.

5.1. Generalidades

En los países de derecho escrito, la legislación es la más rica e importante de las fuentes formales. Podríamos definirla como el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes.

Tanto la teoría del derecho como la sociología establecen que una de las finalidades esenciales del derecho es la seguridad que brinda a la sociedad el sistema jurídico, entendiendo por ésta, no tanto la certeza que puede tener una persona sobre el disfrute de sus derechos específicos, como su vida, sus propiedades, etcétera, sino la seguridad que en términos generales proporciona el saber que existe un sistema normativo que, al establecer los derechos y obligaciones de cada uno, lo protege y le garantiza que nadie puede arbitrariamente lesionar sus intereses.

Desde un punto de vista estrictamente sociológico, la seguridad jurídica consiste en la certeza que ofrece el derecho a través de su fuerza obligatoria, de que se cumplirán las expectativas que cada quien puede tener respecto de la conducta de los demás y en cuanto a los efectos que debe producir su propia conducta en materias regidas por el

derecho, pues de otro modo ni los individuos ni la sociedad en su conjunto, pudieran actuar confiadamente si no tuvieran la convicción de que la posición que ocupan y las obligaciones y facultades que de ella se derivan, no serán alteradas inesperadamente, y que los actos que ellos realicen tendrán las consecuencias previstas y, más aún, que en caso de duda o conflicto sobre sus derechos, existen organismos capaces de darles una solución y, en su caso, restablecerlos o, en última instancia, reparar el daño que se le hubiese causado cuando hayan sido violados.

Sin esta seguridad que el derecho proporciona, los individuos sentirían que su situación carece de estabilidad, que se encuentran a la deriva y expuestos a toda clase de riesgos en el seno de la sociedad y esta se vería amenazada por la anarquía. De este modo, la seguridad jurídica constituye un elemento indispensable para mantener el orden social y la pacífica y fructífera convivencia entre sus integrantes.

Por esta razón, las ambigüedades y lagunas en la redacción de las leyes, la excesiva libertad del juez o de otros funcionarios en su interpretación y aplicación, la ineficiencia de las autoridades para hacerlas cumplir, así como cualquier extralimitación de los gobernantes en sus funciones, son factores que menoscaban la seguridad jurídica.

5.2. Concepto

No siempre la ley contiene normas que puedan ser aplicables a determinados casos o problemas de hecho; en otros términos, existen problemas que no pueden ser subsumidos en una norma legal. A esa imprevisión, o a ese silencio de las leyes, es a lo que se llama: lagunas legales.

Si la función específica de los jueces consiste en la aplicación de la ley a los casos concretos sometidos a su jurisdicción, se les plantearía el problema de la imposibilidad de sentenciar, por carecer de norma aplicable. Ante tan difícil situación, se ha tenido que buscar una solución que es dispar según el fuero de que se trate.

Así, en materia civil, y por extensión en materia laboral o contenciosos-administrativa, está prohibido a los jueces, so pena de incurrir en responsabilidad, dejar de resolver alegando el silencio o la omisión legislativa, dificultad que han de salvar mediante la aplicación analógica de otras leyes, de los principios generales del Derecho o de la simple equidad. Contrariamente, en materia penal, las lagunas legales –es decir, el silencio de la ley- no pueden ser sustituidas ni por aplicación analógica ni por el recurso a los principios generales del Derecho ni por los conceptos derivados de la equidad, porque en ese fuero se impone el principio fundamental de que no hay delito ni pena sin previa ley que los establezca, de donde resulta la ineludible necesidad de absolver al imputado.

Cuando se habla de las lagunas, lo que quiere expresarse es que las soluciones posibles se consideran injustas, en cuanto se piensa que si el legislador hubiera tenido presente el caso especial, lo habría reglamentado en forma completamente diversa de aquella o aquellas que del texto de la ley se infieren. La laguna no es más que la diferencia entre el derecho positivo y un orden tenido por mejor y más justo. Sólo puede afirmarse una laguna cuando se compara el derecho existente con el que, en opinión del sujeto, debería ser. Pero, una vez conocida la naturaleza de estas lagunas, se comprende que no puede pensarse en llenarlas por medio de la interpretación. La interpretación no tiene aquí la función de aplicar la norma, sino, al contrario, la de eliminarla, para poner en su lugar otra mejor y más justa, es decir, la deseada por el encargado de la aplicación. Bajo las apariencias de “complementar” el orden jurídico, se suprime la norma primitiva y se substituye por una norma nueva.

Si bien las lagunas no tienen realidad jurídica, el legislador puede, ofuscado por una falsa teoría, declarar que existen, e incluso indicar cómo deben colmarse. Esto significa que autoriza al juez para apartarse de la ley, cuando estime que no es justo o conveniente aplicar el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido. El juez queda de este modo convertido en un legislador delegado, lo que tiene indudablemente el inconveniente de que puede resolver en un sentido distinto de aquel por el que el legislador habría optado, de conocer el caso especial. Se hace creer al

juez que no es libre más que en el momento en que actúa como legislador, pero que carece de libertad para elegir ese momento. Y para ocultarle que también entonces es libre, se recurre a la ficción de las lagunas. Y la falsedad, consciente o inconsciente, de esta fórmula, tiene el efecto –querido por el legislador- de que el juez no hace uso de la libertad que tiene de no aplicar la ley en un caso concreto, sino muy raramente, puesto que sólo en el caso de una divergencia extrema entre la ley y su propia conciencia jurídica le parecerá que existe una laguna auténtica, es decir, un caso que el legislador no quiso regular y que, por tanto, la ley no ha regulado, con lo cual resulta que le faltan las premisas lógicas para el silogismo que constituye la aplicación de toda ley. Las llamadas lagunas de las leyes son, pues, una fórmula típicamente ideológica.

Considero, que en el caso del presente trabajo, al existir una o mejor dicho, varias lagunas legales en el Título XIII del Código de Notariado, al no establecer qué órgano jurisdiccional es el competente para conocer sobre la pérdida, deterioro y destrucción del protocolo a cargo del notario, así como al no establecer la vía para tramitarse ni el procedimiento en que se debe conocer dicho asunto, tanto el notario como el juzgador, al encontrarse con el problema de no saber a qué órgano jurisdiccional acudir, en qué vía tramitar el asunto, y qué procedimiento seguir; interpretan las normas a su criterio y a su leal saber y entender; sin darse cuenta que dichas decisiones no solo retardan la reposición del protocolo; sino también, afectan el interés de las partes dentro del instrumento que fue perdido, deteriorado o destruido.

5.2. Interpretación e Integración

5.2.1 Concepto

Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de signos; por ello tiene significación.

La interpretación de la ley es una forma sui géneris de interpretación o, mejor dicho, uno de los múltiples problemas interpretativos. Pues no sólo se puede interpretar la ley sino, en general, toda expresión que encierre un sentido. El habla, por ejemplo, de interpretación de una actitud, una frase, un escrito filosófico, un mito, una alegoría, etc. De ello se infiere la necesidad de conocer en primer término el concepto general de interpretación, para iniciar posteriormente el examen de la de los textos legales, problema que, como acabamos de indicarlo, no es sino una de las numerosas cuestiones interpretativas que el hombre se plantea.

El problema que consiste en determinar que sea la interpretación no es exclusivamente jurídico. Se trata de un interrogante de orden filosófico, que naturalmente cabe plantear concretamente, en relación con los preceptos de un determinado sistema de derecho.

Interpretar la ley es descubrir el sentido que encierra. La ley aparece ante nosotros como una forma de expresión. Tal expresión suele ser el conjunto de signos escritos sobre el papel, que forman los Artículos de los Códigos.

Para el Licenciado Manuel Ossorio, Interpretación es “Acción y efecto de interpretar, de explicar o de declarar el sentido de una cosa, principalmente el de los textos faltos de claridad”.⁴³ Jurídicamente tiene importancia la interpretación dada a la ley por la jurisprudencia y por la doctrina, así como la que se hace de los actos jurídicos en general y de los contratos y testamentos en particular, ya que en ocasiones sucede que el sentido literal de los conceptos resulta dubitativo o no coincide con la que se presume haber sido la verdadera intención de los contratantes o del testador; interpretación indispensable para hacer que, como es justo, la voluntad de los interesados prevalezca sobre las palabras.

La Ley de Partidas, definían la interpretación como la verdadera, recta y provechosa inteligencia de la ley según la letra y la razón.

⁴³ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 607.

La Interpretación de la Ley, recibe varias denominaciones teniendo en cuenta su procedencia. Es auténtica cuando se deriva del pensamiento de los legisladores, expuesto en los debates parlamentarios que la sancionaron; es usual cuando consta en la jurisprudencia de los tribunales, sentada para aplicar la norma a cada caso concreto, y que tiene especial importancia en aquellos países en que las sentencias de los tribunales de casación obligan a los tribunales inferiores a su absoluto acatamiento, y es doctrinal cuando proviene de los escritos y comentarios de los jurisperitos, siempre discrepante entre sí y sin otro valor que el de la fuerza convincente del razonamiento.

La Ley del Organismo Judicial en el Artículo 10, establece “Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma, se podrán aclarar, atendiendo al orden siguiente: a) A la finalidad y el espíritu de la misma; b) A la historia fidedigna de su institución; c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho”.

5.3. La ley y las resoluciones judiciales

5.3.1. Relaciones entre la ley y las resoluciones judiciales

Si examinamos las relaciones que pueden existir entre las resoluciones judiciales y la ley, encontraremos que son de tres clases: a) Resoluciones basadas en la ley; b) Resoluciones en ausencia de la ley, y c) Resoluciones en contra de la ley (secundum legem, praeter legem y contra legem)

Trataremos el primer grupo, es decir, de las que se fundan en la ley. Tal grupo es el que fundamentalmente interesa desde el punto de vista de la interpretación, ya que, como antes dijimos, esta última supone la existencia de un precepto por interpretar. Cuando

falta la ley, relativamente a una cuestión concreta, no se habla de interpretación, sino de integración.

Nuestro punto de partida es, pues, el siguiente: cuando un caso concreto está previsto por la ley, ¿cómo debe proceder el órgano jurisdiccional?...

La anterior interrogante se contesta diciendo que el juez está sujeto a la ley. Las razones de tal sujeción son las siguientes⁴⁴:

- a) La misión de los jueces y tribunales consiste en la aplicación del derecho objetivo a casos singulares. Ahora bien: si la formulación y determinación de este último se hace fundamentalmente en los Estados modernos a través de la ley, resulta obvio que, cuando la ley existe, deben los órganos jurisdiccionales sujetarse a ella.
- b) Como el fin próximo del derecho es el orden, y el mejor modo de asegurar éste consiste en dar a los preceptos jurídicos la claridad, fijeza y permanencia de las leyes escritas, tales leyes deberán ser fielmente representadas por los tribunales.
- c) A la idea de orden se encuentra íntimamente enlazado el principio de la publicidad del derecho. En la medida de lo posible, debe éste ser conocido por todo el mundo, y el mejor modo de darlo a conocer es escribirlo. Pero sería inútil escribir el derecho si su formulación oficial (contenida en la ley) no fuese respetada por los órganos encargados de aplicarlo.
- d) El derecho ha de ser igual para todos. Este postulado es de realización más fácil cuando el derecho se formula por medio de preceptos escritos, que todo el mundo puede conocer y que a todos se aplican sin distinción de personas.

⁴⁴ Hans Reichel, **La Ley y la Sentencia**, trad. De Miñana Villagrasa, Madrid, 1921, pág. 60

- e) Otro postulado del derecho es la unidad. Pero el consuetudinario tiende a cambiar en cada región. La existencia de leyes generales, a las que el juez se halla sujeto, favorece, en cambio, la unidad del ordenamiento jurídico. La exigencia de unidad es otra de las razones que justifican el sometimiento del juez a las leyes debidamente promulgadas.
- f) El respeto a la ley, por parte de los jueces, es, por último, la mejor garantía de la libertad verdadera. El ciudadano no debe quedar expuesto al capricho y la arbitrariedad, sino sometido a una justicia firme, que se administre de acuerdo con principios oficialmente establecidos y claramente identificables. Tal desiderátum no podría lograrse, si se concediese al juez la facultad de apartarse de la ley, cuando ésta prevé el caso sometido a su conocimiento y decisión.

5.3.2. El sentido de la ley y la voluntad del legislador

Hemos dicho, que cuando hay ley aplicable a un caso concreto, deben los jueces y tribunales sujetarse a ella. Mas no hay que olvidar que la afirmación de que una ley prevé una situación jurídica, supone la previa exégesis del texto. Desde este punto de vista, la interpretación es tarea anterior al acto por el cual el derecho objetivo es aplicado. El que tal cosa suela desconocerse obedece a la falsa creencia de que hay leyes que no es necesario interpretar.

Eduardo García Maynes, explica “la Escuela de Exégesis, en relación a la interpretación de la ley, sostiene que el sentido de la ley no es la voluntad del legislador; puesto que si esta doctrina fuese correcta, habría que admitir que en todos aquellos casos en que no es posible descubrir tal voluntad, no hay interpretación jurídica.”⁴⁵

Lo que puede ser considerado como su voluntad, en la esfera psicológica, es a lo sumo una especie de resultante de los esfuerzos entrecruzados de los individuos que accidentalmente toman parte en la tarea legislativa.

⁴⁵ García Maynes, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 329.

Urge distinguir el propósito del legislador de expresar algo legalmente, y lo expresado a través de la fórmula que emplea. Supongamos que el legislativo se propone dictar una ley estableciendo que si antes de la entrega de la cosa vendida perece ésta accidentalmente, el vendedor queda obligado a pagar al comprador una indemnización. Lo que el legislador quiere es formular una norma; pero el sentido de la misma no debe confundirse con aquel propósito. La regla de derecho no es expresión de una voluntad, sino de un deber, cuyo nacimiento se encuentra condicionado por la realización de un supuesto jurídico. Acaso pueda sostenerse que el legislador quiere que si la cosa vendida perece accidentalmente antes de la entrega, el vendedor indemnice al comprador; pero, aun así, la regla jurídica, una vez formulada, no implica un querer, sino una obligación, pues, de lo contrario, no sería norma auténtica. Dicho con otras palabras, la misión de los legisladores no estriba en dar expresión a lo que ellos quieren, sino a lo que jurídicamente debe ser.

Además los textos legales constituyen la expresión oficial del derecho. Si este principio se admite, habrá que aceptar que los elementos extraños a la fórmula sólo pueden ser tomados en cuenta como auxiliares de la tarea interpretativa, a fin de descubrir el sentido de la ley, pero nunca como datos capaces de determinar una corrección o modificación de ésta. La interpretación no se refiere, sin embargo, a los preceptos legales aisladamente considerados, sino como elementos o partes de un todo sistemático, exento de contradicciones.

Interpretar las leyes es, por ende, buscar el derecho aplicable a los casos concretos, a través de una fórmula oficial. Esta interpretación no debe circunscribirse de modo exclusivo a la fórmula misma, sino que ha de realizarse en conexión sistemática con todo el ordenamiento vigente. El intérprete puede valerse, para lograr su fin, de elementos extraños a los textos, pero en tales elementos debe ver simples medios destinados a esclarecer la significación de la ley.

5.4. Casos prácticos:

En la actualidad, varios notarios se han encontrado frente al problema de la pérdida del protocolo que el Estado de Guatemala ha depositado en ellos; no sabiendo qué hacer, o a qué órgano jurisdiccional acudir a solicitar la reposición del mismo, pues no existe una norma clara y específica que indique qué hacer en estos casos.

Dentro del presente trabajo de investigación, se recabó información en diferentes órganos jurisdiccionales del ramo civil, con el objeto de verificar cómo resuelven y cómo fundamentan sus resoluciones en relación a la pérdida, destrucción y deterioro del protocolo a cargo del notario. A continuación detallo algunos casos:

- I. El día veintidós de diciembre del año dos mil cuatro, el notario Carlos Enrique Patzan, a través de la vía voluntaria, dio aviso ante el Juez de Primera Instancia Civil, del robo de hojas de protocolo no autorizadas, ofreciendo los medios de prueba respectivos; solicitando a su vez que se formara el expediente respectivo; se declarara con lugar la averiguación sumaria respectiva; que una vez determinada la pérdida de dichas hojas, se levantara el acta correspondiente, donde se declare sin efecto las hojas de protocolo respectivas.

El día cinco de enero del año dos mil cinco, el Juzgado Tercero de Primera Instancia del Ramo Civil, por medio del expediente C2-2005-21, a cargo del Oficial Tercero, rechazó para su trámite dicha solicitud, por las siguientes razones: a) pide se dejen sin efecto dos hojas del protocolo con números de serie que no van en orden correlativo e indica que en ambas estaba contenido un contrato que no nació a la vida jurídica; b) no es claro en cuanto a la situación de la hoja del protocolo que debiera estar entre las dos hojas del protocolo que pide sean dejadas “sin efecto”. Fundamentando su resolución en los Artículos 25 (Facultad del Juzgador); 26 (Concordancia entre la petición y el fallo); 44 (Capacidad Procesal); 50 (Asistencia Técnica); 61 (Contenido del escrito inicial); 66 (Clases de Notificaciones); 128 (Medios de Prueba); 401 (Actos de Jurisdicción Voluntaria); 402 (Principio General); 403 (Solicitud y audiencia),

todos del Código Procesal Civil y Mercantil; 90, 91 y 92 del Código de Notariado; y otros de la Ley del Organismo Judicial.

COMENTARIO: En el presente caso, fácilmente se puede dar cuenta, que existió una confusión de competencia jurisdiccional, tanto con el notario que sabiendo desde un inicio que en el momento de tratarse de un robo, se estaba ante la existencia de un delito, cuestión que jamás un Juez de Primera Instancia del **Ramo Civil**, puede entrar a conocer, pues no es una cuestión de su competencia, por existir un delito; así también, existió confusión de competencia jurisdiccional con el juez de primera instancia del ramo civil, pues al resolver sobre dicho caso, rechazó la solicitud, pero únicamente porque existía una confusión en la numeración de las hojas de protocolo, nunca mencionando que dicho asunto por tratarse de un delito, debería ser solicitado y conocido ante un juez de primera instancia del ramo penal.

- II. El día veinte de junio del año dos mil siete, el Notario José Vicente Morales Castellanos, a través de la vía voluntaria, dio aviso ante el Juez de Primera Instancia del Ramo Civil, sobre el extravío de una hoja del protocolo a su cargo, solicitando a su vez, que se admitiera para su trámite y se formara el expediente respectivo; que se tuviera por dado el aviso de la pérdida de la hoja del protocolo a su cargo, y que se extendiera la constancia de dicho aviso.

El día veinte de junio del dos mil siete, el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Civil, por medio del expediente C2-2007-4971, a cargo del Oficial Segundo, rechazó para su trámite dicha solicitud, por la siguiente razón: No es la vía idónea para hacer valer la acción planteada, en virtud que este Órgano Jurisdiccional, no es competente para conocer en el presente asunto por razón de la materia, motivo por el cual se abstiene de conocer de la presente demanda y manda que el interesado ocurra a dónde corresponda.

COMENTARIO: En el presente caso, nos podemos dar cuenta, que la confusión de competencia jurisdiccional, existe en el notario mas no así en el juez que

resuelve, pues éste al razonar su resolución, manifiesta que por tratarse de una pérdida del protocolo, cabe la posibilidad de que exista delito, por tanto manda al interesado a que acuda al órgano jurisdiccional correspondiente, tratándose pues de un Juez de Primera Instancia del Ramo Penal.

- III. El día veintiséis de marzo del año dos mil siete, el Notario Miguel Roberto Balsells López, a través de la vía voluntaria, promovió las diligencias voluntarias de enmienda de protocolo, ante el Juez de Primera Instancia del Ramo Civil, argumentando en los hechos de su memorial, el extravío de cinco hojas de papel sellado especial para protocolo, aduciendo haber sido por un lapsus involuntario, solicitando a su vez, que se admitiera para su trámite y se formara el expediente respectivo; que se ordenara practicar el reconocimiento judicial en el protocolo correspondiente, y que se extendiera la certificación del acta respectiva, para agregarla a los comprobantes del protocolo a su cargo.

El día veintisiete de marzo del año dos mil siete, el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Civil, por medio del expediente C2-2007-2376, a cargo del Oficial Tercero, rechazó para su trámite dicha solicitud, por la siguiente razón: El Artículo 90 del Código de Notariado preceptúa: “El notario, al enterarse de la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo, dará aviso al Juez de Primera Instancia de su domicilio para los efectos de la reposición. Las personas que, según el Código de Procedimientos Penales, pueden denunciar un delito público, tienen también derecho de poner en conocimiento del Juez, el hecho que haga necesaria la reposición del protocolo.” Y que además el Artículo 91 de la ley citada, estipula que el Juez instruirá la averiguación, lo que en el presente caso no puede hacer un juez del orden civil, por lo que al tenor de los Artículos citados se establece que no es la vía legal correspondiente, por lo que el interesado deberá acudir ante un juez del orden penal para los efectos de ley.

COMENTARIO: En el presente caso, no solamente existe confusión de competencia jurisdiccional por parte del notario, sino también una confusión de terminología, puesto que una enmienda y una reposición de protocolo son dos

cosas totalmente distintas; pero que lamentablemente el profesional del derecho no solamente confundió sino agregó en la exposición de los hechos en su escrito inicial, que se trataba de un extravío por motivo de un lapsus involuntario. Ahora bien, la pregunta que queda a consideración del lector es: ¿Acaso no podría existir un delito en el presente caso?

- IV. El día diecinueve de julio del año dos mil siete, el Notario Juan Carlos Estrada Flores, a través de la vía voluntaria, promovió las diligencias de reposición de protocolo, ante el Juez de Primera Instancia del Ramo Civil, argumentando en los hechos de su memorial, la pérdida de nueve hojas del protocolo a su cargo, sin poder aducir que existió ánimo criminal en la sustracción de los folios de protocolo, ocurriendo ésta, en unos instantes, encontrándose dichos folios en un portafolios de piel de su propiedad, y que por su diseño llamaba la atención, y aprovechándose de un descuido por parte del notario, alguien se llevó el referido portafolios, aduciendo que lo hizo únicamente pensando en el beneficio que le traería poder vender el portafolios, ignorando desde luego su contenido y mucho menos lo que significa la pérdida de algo tan importante.

El día veinte de julio del año dos mil siete, el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Civil, por medio del expediente C2-2007-5933, a cargo del Oficial Tercero, rechazó para su trámite dicha solicitud, por la siguiente razón: El Artículo 90 del Código de Notariado preceptúa: “El notario, al enterarse de la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo, dará aviso al Juez de Primera Instancia de su domicilio para los efectos de la reposición. Las personas que, según el Código de Procedimientos Penales, pueden denunciar un delito público, tienen también derecho de poner en conocimiento del Juez, el hecho que haga necesaria la reposición del protocolo.” Y que además el Artículo 91 de la ley citada, estipula que el Juez instruirá la averiguación, lo que en el presente caso no puede hacer un juez del orden civil, por lo que al tenor de los Artículos citados se establece que no es la vía legal correspondiente, por lo que el interesado deberá acudir ante un juez del orden penal para los efectos de ley.

COMENTARIO: Realmente, no se sabe cuál es la intención real del notario, si la reposición del protocolo o la de encubrir el delito existente cometido por la persona que “se llevó su portafolios para luego venderlo”. En el presente caso, es claro que existe un delito y que por ende no puede ser competencia de un órgano jurisdiccional del ramo civil, sino que al contrario por tratarse de un delito de acción pública dependiente de instancia particular, es un Juez de Primera Instancia del Ramo Penal, con el auxilio del Ministerio Público, quien debe resolver dicho asunto y certificar lo conducente a un juez del ramo civil, para que éste conozca sobre la reposición del protocolo.

- V. El día treinta de julio del año dos mil siete, la Notaria Melissa Arellano Alvarez, a través de la vía voluntaria, promovió el proceso de enmienda de protocolo, ante el Juez de Primera Instancia del Ramo Civil, argumentando en los hechos de su memorial, el extravío de una hoja de papel sellado especial para protocolo, solicitando a su vez, que se dictara resolución declarando con lugar el proceso de enmienda de protocolo y que en consecuencia se declarara la reposición de la hoja de protocolo; levantándose el acta respectiva con su certificación correspondiente.

El día uno de agosto del año dos mil siete, el Juzgado Quinto de Primera Instancia del Ramo Civil, por medio del expediente C2-2007-6311, a cargo del Oficial Cuarto, rechazó para su trámite dicha solicitud, por la siguiente razón: En virtud que de la exposición de los hechos se establece, que no es la vía idónea para hacer valer la acción planteada, en virtud que este órgano jurisdiccional, no es competente para conocer en el presente asunto por razón de la materia, motivo por el cual se abstiene de conocer de la presente demanda y manda que el interesado ocurra a dónde corresponde.

COMENTARIO: Nuevamente se denota la confusión que existe en la Notaria, no solamente sobre la competencia jurisdiccional, sino por la confusión en la terminología al solicitar la enmienda y reposición juntamente por extravío de la hoja de protocolo a su cargo.

Argumento de cierre

Con el contenido del presente trabajo, no solamente se pretendió hacer una investigación cumpliendo así con un requisito más dentro del pensum de estudios de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, sino hacer un aporte a la sociedad guatemalteca, específicamente a los notarios y órganos jurisdiccionales, para facilitarles el trámite ante el problema de la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo que el Estado de Guatemala ha depositado en los notarios.

Considero que la reforma que debe realizarse en el Código de Notariado se basa en establecer un procedimiento breve, práctico y sencillo, para la reposición del protocolo; como el que a continuación se propone:

1. Artículo 90. En caso de pérdida, destrucción y deterioro del protocolo, el notario debe acudir ante un Juez de Primera Instancia Penal presentando la denuncia respectiva.
2. Artículo 91. El Ministerio Público debe practicar las diligencias pertinentes y útiles para determinar la comisión del hecho delictivo; así mismo establecer quiénes son los partícipes, para determinar su responsabilidad.
3. Artículo 92. El Ministerio Público debe informar al Juez de Primera Instancia Penal sobre el resultado de la investigación, el juez deberá abrir procedimiento criminal en contra de los presuntos culpables, en caso de que existiera delito; de lo contrario, con certificación de lo resuelto lo remitirá al Juez de Primera Instancia Civil, para que conozca sobre la reposición del protocolo, lo cual se deberá tramitarse en la Vía Voluntaria.
4. El Juez de Primera Instancia del Ramo Civil, deberá declarar procedente la reposición, y solicitará al Director del Archivo General de Protocolos las copias de los testimonios enviados por el notario, correspondientes al protocolo que deba reponerse. En caso que dichos testimonios no existieren en el Archivo General de Protocolos por cualquier motivo, se pedirán las copias que hubieren en el Registro General de la Propiedad y en el Registro de Garantías Mobiliarias, citándose a los otorgantes e

interesados, previniéndoles la presentación de los testimonios o copias que tengan en su poder, lo cual deberá notificarse en forma personal, de conformidad con la ley. En caso de no poder hacerse efectiva la notificación personal, se hará por avisos, que se publicarán tres veces durante un mes en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación en la localidad. Si existiere el testimonio del índice del protocolo que trata de reponerse, los avisos contendrán la nómina de los otorgantes.

CONCLUSIONES

1. El notario como depositario del protocolo por parte del Estado, es el responsable de la guarda y custodia del mismo, mientras esté en el ejercicio de la profesión; implicando la obligación de cumplir con enviar los avisos a donde corresponda, dentro del tiempo establecido en la ley.
2. Por la pérdida, destrucción y deterioro de un instrumento público, contenido dentro del protocolo a cargo del notario, se afectan la responsabilidad de éste y los intereses de las partes otorgantes.
3. El Congreso de la República debe crear normas adecuadas que regulen la pérdida, deterioro y destrucción del protocolo a cargo del notario y su reposición.
4. Actualmente las normas que regulan la pérdida destrucción o deterioro del protocolo no son las adecuadas porque no establece qué juez es el competente, debiendo presentarse la denuncia ante un juez en materia penal, para investigar si el protocolo ha sido utilizado para la comisión de un hecho delictivo.
5. Actualmente no existe un trámite claro, sencillo y ágil, afectando los intereses de las partes en el caso del extravío, pérdida y deterioro del protocolo a cargo del notario.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República, debe reformar el Código de Notariado, Decreto 314, en el sentido que se establece un procedimiento adecuado de averiguación y reposición del protocolo para facilitarle al notario el trámite para la reposición del protocolo a su cargo.
2. Es necesario que cuando el Organismo Legislativo realice la reforma y establezca un nuevo procedimiento para la reposición del protocolo, el mismo sea más expedito que el proceso regulado actualmente.
3. Al realizar la reforma, también debe incluirse que el notario solicite las copias de los testimonios al Registro de la Propiedad Inmueble para inscribirlos en el Registro de Garantías Mobiliarias.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **La capacitación jurídica del notario**. Publicación No. 8 del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial; Guatemala: Ed. Vile, 2001.
- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo. José Gracias. **El notario ante la contratación civil y mercantil**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fenix, 2007.
- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo. José Gracias. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fenix, 2007.
- AVILA ALVAREZ, Pedro. **Estudios de derecho notarial**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1990.
- CHACON CORADO, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Segunda Ed. 2002.
- ESCRICHE, Joaquín. **Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense**.
- GATTARI, Carlos Nicolás. **Manual de derecho notarial**. 1ª. Ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Alfa Beta, 1992.
- GIMENEZ ARNAU, Enrique. **Introducción al derecho notarial**. Pamplona, España. Ed. Universidad de Navarra, 1965.
- GIMENEZ ARNAU, Enrique. **Derecho notarial**. 2ª. Ed. – Pamplona, 1976.
- GONZALEZ, Carlos Emérito. **Teoría general del instrumento público**. Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1953.
- LOPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho**. 9ª. Ed.; Colección Textos Jurídicos. Guatemala, 1983.
- MARINELLI GOLOM, José Dante Orlando. **Las Responsabilidades del notario y su régimen en el derecho guatemalteco**. Universidad Mariano Galvez. Guatemala, 1979.
- MELINI MINERA, Marco Tulio. **Formación y capacitación continua de los notarios y de los aspirantes a notario**. Formas de Implementación. Pulicación No. 23 y 24 del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial.

MORA VARGAS, Herman. **Manual de Derecho Notarial**. 1ª. Ed.; Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica, 1999.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**, 3ª. Ed.; Llerena, Guatemala, 1992.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Jurisdicción voluntaria notarial**, 1ª. Ed., Llerena, Guatemala, 1993.

MUÑOZ, Nery Roberto. **La forma notarial en el negocio jurídico**. 4ª. Ed.; Infoconsult Editores. Guatemala, 2005.

MUÑOZ, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial**. 10ª. Ed. Infoconsult Editores, 2006.

NERI, Argentino I. **Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial**. Vol. I. Ed. Ideas, Buenos Aires, 1946.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho Notarial**. Ed. Labor, S. A., Barcelona.

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

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 10ª. Ed.; Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1976.

Diccionario de la Real Academia Española. 16ª. Ed; Madrid, España: Talleres Tipográficos de Espasa-Calpe, S.A. 1939.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, **Diccionario de Real Academia Española de la lengua**. 21ª. Edición, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1994.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, en Asamblea Nacional Constituyente.

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

Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas.

Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 y sus reformas.

Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas.