


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



**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA IMPORTANCIA DE LA REPOSICIÓN
DE PROTOCOLOS EN GUATEMALA PARA GARANTIZAR UNA DEBIDA
SEGURIDAD JURÍDICA**

YOLANDA ARICELDA MONTERROSO SAMAYOA DE GRAJEDA

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2009.

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA IMPORTANCIA DE LA REPOSICIÓN
DE PROTOCOLOS EN GUATEMALA PARA GARANTIZAR UNA DEBIDA
SEGURIDAD JURÍDICA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

YOLANDA ARICELDA MONTERROSO SAMAYOA DE GRAJEDA

Previo o conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre de 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 Ortiz Orellana

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

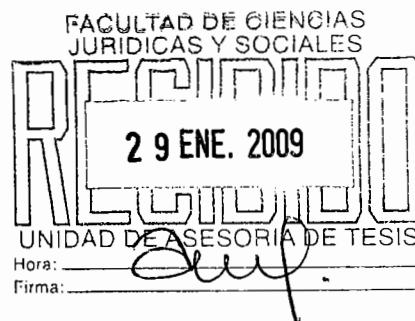


Licda. Olga Verónica Suárez Martínez
ABOGADA Y NOTARIA
5ª Av. Sur y 7ª Calle Poniente No. 7 "A" Antigua Guatemala
Tel. 78329598

Guatemala 02 de diciembre de 2008.

Licenciado:

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad.



Licenciado Castro:

Tengo el agrado de informarle que en cumplimiento a la providencia de fecha veintinueve de enero del año en curso, emitido por esa jefatura a su cargo en el que dispone nombrarme como asesora del trabajo de tesis de la bachiller Yolanda Aricelda Monterroso Samayoa de Grajeda; intitulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA IMPORTANCIA DE LA REPOSICIÓN DE PROTOCOLOS EN GUATEMALA PARA GARANTIZAR UNA DEBIDA SEGURIDAD JURÍDICA"**, inicié mis atribuciones de asesoría planteando a la bachiller algunas sugerencias, las cuales fueron tomadas en cuenta.

En relación al mismo, la bachiller Yolanda Aricelda Monterroso Samayoa de Grajeda realizó el trabajo en forma acertada, conforme los lineamientos de los métodos y técnicas de investigación adecuadas y necesarias, ya que la proponente del presente trabajo utilizó como método científico para seleccionar la información sobre el tema, la fase de sistematización de la información, la recopilación bibliográfica y demás datos, en cuanto a las subsecuentes fases metodológicas se dieron en forma alterna, ya que se utilizó inicialmente el método deductivo y posteriormente el inductivo, a la vez realizó análisis de hechos particulares dentro de la investigación respectiva, los que interrelacionó con los razonamientos lógicos jurídicos doctrinarios para llegar a las conclusiones, con lo que determinó que el notario por ser el depositario del protocolo a su cargo debe utilizar la tecnología moderna para crear un archivo de todos los instrumentos públicos que autoriza, para que cuando sea necesario reponer el protocolo, tengan documentos para comparar los testimonios recuperados del Archivo General de Protocolos y el Registro de la Propiedad, y así darle seguridad jurídica a la reposición del protocolo; en consecuencia esto llevó a confirmar la hipótesis




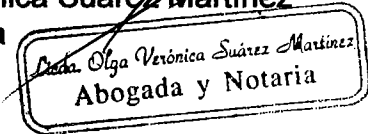
planteada, como los supuestos formulados, todo ello consultando la bibliografía y documentos correspondientes.

En tal virtud, el contenido del trabajo de tesis se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación.

Por lo tanto al haber finalizado la etapa de asesoría del trabajo de tesis mencionado me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de tesis, cumple con todos los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Atentamente,


Licda. Olga Verónica Suárez Martínez
Abogada y Notaria
Colegiado 6039





UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, tres de febrero de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) OTTO RENÉ ARENAS HERNÁNDEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante YOLANDA ARICELDA MONTERROSO SAMAYOA DE GRAJEDA, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA IMPORTANCIA DE LA REPOSICIÓN DE PROTOCOLOS EN GUATEMALA PARA GARANTIZAR UNA DEBIDA SEGURIDAD JURÍDICA".

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 fueren 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/sllh



Lic. Otto René Arenas Hernández
ABOGADO Y NOTARIO
9ª Av. 13-39, zona 1 Guatemala, C.A.
Cel. 54120813

Ciudad de Guatemala, 16 de febrero de 2009.

LICENCIADO
CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SU DESPACHO.-



Licenciado Castro:

Me honra informarle, que en cumplimiento de la resolución de esa Unidad de fecha 03 de febrero de 2009, por la cual se me otorga el nombramiento para revisar el trabajo de tesis de la estudiante **YOLANDA ARICELDA MONTERROSO SAMAYOA DE GRAJEDA**, intitulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA IMPORTANCIA DE LA REPOSICIÓN DE PROTOCOLOS EN GUATEMALA PARA GARANTIZAR UNA DEBIDA SEGURIDAD JURÍDICA"**, procedí a la revisión del trabajo de tesis en referencia.

El trabajo de tesis de la estudiante **YOLANDA ARICELDA MONTERROSO SAMAYOA DE GRAJEDA**, enfoca un análisis documental y legal de las figuras legales concernientes a la importancia de la reposición de protocolos en Guatemala para garantizar una debida seguridad jurídica.

El tema es abordado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando las instituciones jurídicas relacionadas al mismo, definiciones y doctrinas, así como la regulación legal de la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y leyes aplicables al derecho positivo, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.

En consecuencia el contenido de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, ya que la recolección de información realizada fue de gran apoyo a su investigación, dado que el material es considerablemente actual. Así mismo, la




bachiller aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecieron, sin embargo pueden ser no compartidos y sujetos a polémica, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentos, pues son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. Resalto que atendió las sugerencias y observaciones señaladas, defendiendo con fundamento aquellas que consideró necesario.

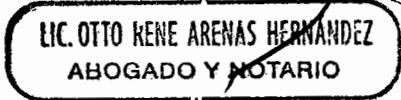
En cuanto a la estructura formal de la tesis, la misma fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado por la bachiller **YOLANDA ARICELDA MONTERROSO SAMAYOA DE GRAJEDA**, cumple con los requisitos establecidos en los Artículos 31 y 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que puede ser impreso y discutido como tesis de graduación en examen público..

Sin otro particular, atentamente,



Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Col. 3,805



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

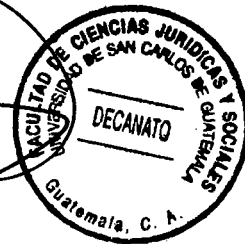


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dos de septiembre del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante YOLANDA ARICELDA MONTERROSO SAMAYOA DE GRAJEDA, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA IMPORTANCIA DE LA REPOSICIÓN DE PROTOCOLOS EN GUATEMALA PARA GARANTIZAR UNA DEBIDA SEGURIDAD JURÍDICA. 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/sllh





DEDICATORIA

**A DIOS, A NUESTRO
SEÑOR JESUCRISTO Y
LA VIRGEN MARÍA:**

Por haberme brindado la vida y la oportunidad de cursar una carrera universitaria, logrando culminar la meta trazada.

A MIS PADRES:

Efraín Antonio Monterroso Lemus (Q.E.P.D.) y Angélica Samayoa Ávila, con mucho amor.

A MI ESPOSO:

Carlos Enrique Grajeda Mayorga, por ser mi gran apoyo y ayuda, por vivir conmigo el desempeño de mi carrera y por las tristezas y alegrías a lo largo de todo este tiempo.

A MIS HIJOS:

Carlos Enrique y Cecilia, Ana Lisbeth, Sindy, Eduardo, con mucho amor; por ser mi gran apoyo y ayuda.

A MI NIETECITO:

Enrique Antonio, con amor especial.

A MIS HERMANOS:

Luis, Carlos, Magali, Elizabeth, David y Byron, Con cariño fraternal.

A MI FAMILIA:

Muchas gracias por el apoyo incondicional.

A MIS AMIGAS:

Que nuestra amistad perdure por siempre.



A MIS CATEDRÁTICOS:

De la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por haber hecho posible mi formación profesional, muy especialmente al licenciado Franklin Enrique Tení Cacao (Q.E.P.D.)

A MI FUENTE DE SABIDURÍA:

Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, a la que doy mi agradecimiento por darme la oportunidad de forjarme dentro de sus aulas y por sentirme orgullosa de pertenecer a tan gloriosa casa de estudios

A USTED:

Especialmente, muchas gracias. Que Dios le bendiga.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Derecho notarial.....	1
1.1 Definiciones	1
1.2. Objeto.....	1
1.3. Características.....	2
1.4. Principios del derecho notarial.....	2
1.4.1. Fe pública.....	2
1.4.2. De forma.....	3
1.4.3. Autenticación.....	3
1.4.4. Inmediación.....	4
1.4.5. Rogación	5
1.4.6. Consentimiento.....	5
1.4.7. Unidad del acto.....	6
1.4.8. Protocolo.....	6
1.4.9. Seguridad jurídica.....	7
1.4.10. Publicidad.....	7
1.4.11. Imparcialidad.....	8
1.5. El notario.....	8
1.5.1. Requisitos.....	9
1.5.2. Causas de incompatibilidad.....	10
1.5.3. Causas de inhabilitación.....	10
1.5.4. Prohibiciones.....	11
1.6. Función notarial.....	11
1.6.1. Teorías que explican la naturaleza jurídica de la función notarial	12
1.6.2. Contenido.....	12
1.6.3. Finalidades.....	13
1.7. Fe pública.....	13



1.7.1. Clases de fe pública.....	14
1.8. Responsabilidad del notario.....	15
1.8.1. Clases de responsabilidad.....	15
1.8.2. Actividades que conlleva la responsabilidad administrativa...	16
1.9. Organizaciones nacionales e internacionales de derecho notaria.....	16
1.9.1. Nacionales.....	16
1.9.2. Internacionales.....	18

CAPÍTULO II

2. El protocolo.....	19
2.1. Etimología de la palabra protocolo.....	21
2.2. Evolución y concepto.....	22
2.3. Propiedad del protocolo.....	23
2.4. Clases de protocolo.....	26
2.5. Errores, enmiendas, entrelíneas, borraduras y alteraciones de los instrumentos públicos.....	27
2.5.1. Adición.....	28
2.5.2. Apostillas.....	28
2.5.3. Entrerreglonaduras.....	29
2.5.4. Testados.....	29
2.5.5. Errores de forma.....	30
2.5.6. Enmienda.....	30
2.6. Contenido del protocolo.....	30
2.6.1. Escritura matriz.....	31
2.6.2. Actas de protocolación.....	35
2.6.3. Razones de legalización de firmas.....	36
2.6.4. Razones.....	37
2.7. Documentos extraprotocolares.....	37
2.7.1. Acta notarial.....	37
2.7.2. Certificaciones.....	38
2.7.3. Reproducciones de instrumentos públicos.....	39



CAPÍTULO III

	Pág.
3. La seguridad jurídica.....	43
3.1. Seguridad.....	45
3.2. Seguridad jurídica notarial.....	47
3.3. Instrumento público.....	51
3.3.1 Etimología.....	51
3.3.2 Documento público.....	52
3.3.3. Definición de instrumento público.....	53
3.3.4. Fines del instrumento público.	55
3.3.5. Características del instrumento público.....	55
3.3.5.1 Garantía.....	55
3.3.5.2. Credibilidad.....	56
3.3.5.3. Firmeza e irrevocabilidad.....	57
3.3.5.4. Ejecutoriedad.....	57
3.3.5.5. Fecha cierta.....	58
3.3.5.6. Seguridad.....	59
3.3.5.7. Valor.....	59
3.3.6. Clases de instrumento público.....	59
3.3.7. Formalidades del instrumento público.....	60
3.3.8 Elementos personales del instrumento público.....	63
3.3.8.1. Sujeto.....	63
3.3.8.2. Parte.....	63
3.3.8.3. Otorgante.....	64
3.3.8.4. Compareciente.....	64
3.3.8.5. Requirente.....	65

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico y doctrinario de la importancia de la reposición de protocolos en Guatemala para garantizar una debida seguridad jurídica.....	67
4.1. Pérdida o destrucción del protocolo.....	67
4.1.1. Pérdida del protocolo.....	68



4.1.2.	Destrucción del protocolo.....	69
4.1.2.1.	Causas naturales.....	70
4.1.2.2.	Causas artificiales.....	70
4.2.	Depósito del protocolo.....	72
4.3.	Deterioro del protocolo.....	74
4.4.	Obligaciones y responsabilidades del notario.....	74
4.5.	Reposición del protocolo.....	75
4.6.	Aviso de pérdida, destrucción y deterioro del protocolo.....	76
4.7.	Averiguación jurisdiccional.....	77
4.8.	Procedencia de la reposición y medios materiales para reponer el Protocolo.....	80
4.9.	Gastos y costos de la reposición.....	84
4.10.	Responsabilidad civil y penal derivadas de la reposición del protocolo.	84
4.11.	Forma de garantizar la seguridad jurídica en la reposición del Protocolo.....	85
	CONCLUSIONES.....	89
	RECOMENDACIONES.....	91
	BIBLIOGRAFÍA.....	93



INTRODUCCIÓN

La actuación profesional desempeñada por el notario en la sociedad, cuando autoriza los instrumentos, a los cuales a través de la fe pública que ostenta les da certeza y seguridad jurídica, pues no sólo se concreta a dejar la constancia escrita de la voluntad de los otorgantes, sino que éstos producen fe y hacen plena prueba en caso sea necesario.

Ante la necesidad que tienen las personas de darle certeza, seguridad jurídica, perdurabilidad a sus relaciones jurídicas, y de contar con una prueba documental, acuden ante un notario para que le dé forma legal al acuerdo de voluntades, el cual es plasmado en hojas de papel sellado especial, cuya colección ordenada forma el protocolo notarial; constituyendo una de las principales fuentes para el estudio de las relaciones entre particulares; por ello es posible encontrar en los protocolos notariales, diferentes escrituras matrices.

En la actualidad, el protocolo notarial juega un papel muy importante en la durabilidad y seguridad jurídica de las relaciones entre particulares, por lo que el cuidado, conservación y custodia del protocolo son muy importantes para la seguridad jurídica; ya que las partes en cualquier momento pueden acudir ante el notario, para consultarlo en su presencia y, a la vez, adquirir una segunda copia de la escritura matriz, con la excepción del testamento y donación por causa de muerte. Por lo que la pérdida, deterioro o destrucción del protocolo notarial, acarrearía consecuencias jurídicas para las partes, y responsabilidades para el notario.

Con la presente investigación se analiza la importancia de la reposición de protocolos, a efecto de determinar si el procedimiento establecido en la ley notarial le da la confiabilidad a los instrumentos recuperados después de hacer el trámite de reposición



de protocolos. La ley notarial guatemalteca, certeramente, procura resolver esta situación, que eventualmente voluntaria o involuntaria del notario, pudiera suceder, proveyendo un procedimiento de reposición de los instrumentos públicos; averiguando la verdad de uno o más hechos que produjeron la desaparición física del instrumento público autorizado.

El notario, como depositario del protocolo notarial, tiene gran responsabilidad por su cuidado y conservación; por que las escrituras matrices quedan en su poder, y de darse su pérdida, destrucción o deterioro, se pueden generar problemas a las partes interesadas, ya que los principios de durabilidad y seguridad jurídica se verían vulnerables; ocasionándoles un grave daño a los instrumentos públicos, al privárseles de la mayor fuente de consulta que existe entre los sujetos de la relación y para el propio notario.

Los enfoques metodológicos utilizados se basaron en: la técnica bibliográfica, documental y los métodos analítico y sintético, para estudiar la reposición del protocolo y la seguridad jurídica que se le da a los instrumentos públicos recuperados.

Para mejor comprensión del trabajo de investigación, se ha dividido en cuatro capítulos: el primero, contiene aspectos generalizados concernientes al derecho notarial, los principios del derecho notarial, el notario, responsabilidades del notario; seguidamente, el segundo trata lo relativo al protocolo notarial, evolución, contenido del protocolo, propiedad del protocolo, depositario del protocolo y los documentos extraprotocolares; el tercero trata la seguridad jurídica notarial, instrumento público, elementos del instrumento público; y en el capítulo cuarto, se desarrolla lo relacionado a la importancia de la reposición del protocolo y garantizar la seguridad jurídica del mismo, deterioro del protocolo, obligaciones y responsabilidades del notario.



CAPÍTULO I

1 Derecho notarial

1.1. Definiciones

Es el conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público.

Es el conjunto de disposiciones legislativas y reglamentarias, usos decisiones jurisprudenciales y doctrinas que ríen la función notarial y el instrumento público notarial.

"El Derecho Notarial puede ser definido como el conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público".¹

Esta definición es la más completa porque enmarca las doctrinas y normas jurídicas en un conjunto y los elementos del mismo o lo que regula. Como lo es la organización del Notariado, los requisitos que habilitan a un notario para ejercer, impedimentos e incompatibilidades y otros.

1.2. Objeto del derecho notarial

El objeto del derecho notarial es la creación del instrumento público y el contenido es la actividad del notario y de las partes en la creación del instrumento público, el objeto de la existencia del derecho notarial es la autorización del instrumento público, y este

¹ Salas, Oscar A. Derecho notarial de Centroamérica y Panamá. Pág. 15



no podría elaborarse si no hubiera un notario que lo redactara y autorizara y unas partes que requieran su intervención.

1.3. Características del derecho notarial

- a) Actúa dentro de la llamada fase normal del derecho, donde no existen derechos subjetivos en conflicto.
- b) Confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público.
- c) Aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad y a la ocurrencia de ciertos hechos de modo que se creen, concreten o robustezcan los derechos subjetivos.
- d) Es un derecho cuya naturaleza jurídica no puede encasillarse en la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado.

Se relaciona con el derecho público, porque los notarios son depositarios de la función pública. Y se relaciona con el derecho privado porque esa función se ejerce en la esfera de los derechos subjetivos de los particulares y porque el notario latino típico es un profesional libre, desligado totalmente de la burocracia estatal.

1.4. Principios del derecho notarial

1.4.1. Fe pública

Es la presunción de veracidad en los actos autorizados por un notario, el cual tiene un respaldo total, salvo que se impugne por nulidad o falsedad, para lo cual se tienen cuatro años, para hacer valer ese derecho. El Artículo 1 del Código de Notariado establece: 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.



Es la facultad que tiene el notario, de otorgar autenticidad a los actos y contratos de carácter extrajudicial y a los hechos que autoriza, con ocasión del ejercicio de su ministerio.

1.4.2. De forma

Es la adecuación del acto a la forma Jurídica, dicho en otras palabras, el derecho notarial preceptúa la forma en que debemos plasmar en el instrumento público el acto o negocio jurídico es se está documentando.

El Artículo 29 del Código de Notariado señala los requisitos para redactar el instrumento público, por lo tanto esta dando la forma.

El Artículo 302 del Código Procesal Penal señala los requisitos que debe llevar una querrela.

El Artículo 61 del Código Procesal civil también señala los requisitos para el primer memorial, el cual también establece la forma.

1.4.3. Autenticación

El instrumento público garantiza por escrito su contenido, por lo tanto además de auténtico es fehaciente; la forma de establecer que un hecho o acto ha sido comprobado y declarado por un notario, es porque aparece su firma y sello.

Para que revista este carácter el hecho o acto productor de derecho, este debe ser visto y oído, esto es percibido sensorialmente y por tanto consignado, comprobado y declarado por un funcionario público revestido de autoridad y facultad autenticadora.



La forma de establecer que un hecho o acto ha sido comprobado y declarado por un notario, es aparece su firma y sello refrendándolo, los cuales deben registrarse en la Corte Suprema de Justicia, siendo este un requisito exigido por la ley guatemalteca para ejercer el notariado.

El Artículo 2 numeral tres del Código de Notariado establece: Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación y la firma y sello que con el nombre y apellidos usuales.

Si no se lleva a cabo éste requisito el notario no puede ejercer el notariado porque no tiene fe pública.

1.4.4. Inmediación

Demanda un contacto entre el notario y las partes y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público.

Este principio no implica que sea el notario el que escriba el documento sea el autor material, ya que para ello puede tener un escribiente o auxiliarse de cualquier medio moderno para hacerlo; implica propiamente recibir la voluntad y el consentimiento de las partes.

Este principio se encuentra en el Artículo 29 numeral 12 del Código de Notariado el cual establece: Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedida de las palabras Ante Mí, si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto, otro que especificará el notario firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o



grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio notario fuere el otorgante pondrá antes de firmar, la expresión: Por mí y ante mí.

1.4.5. Rogación

La intervención del notario siempre es solicitada, no puede actuarse por sí mismo o de oficio.

Este principio se encuentra en el Artículo 1 del Código de Notariado. Donde establece que el notario actúa por disposición de la ley o a requerimiento de parte.

1.4.6. Consentimiento

Es un requisito esencial y debe estar libre de vicios, si no hay consentimiento no puede haber autorización notarial.

La ratificación y aceptación queda plasmada mediante la firma de los otorgantes, expresando su consentimiento. Se encuentra en el Artículo 29 numeral 10 del Código de Notariado el cual establece: la fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación.

Y en el Artículo uno de la Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria Decreto 54-77 del Congreso de la Republica establece: consentimiento unánime. Para que cualquier asunto de los contemplados en esta ley pueda ser tramitado ante notario, se requiere el consentimiento unánime de todos los interesados. Si alguna de las partes, en cualquier momento de la tramitación, manifestare oposición, el notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal correspondiente. En estos casos el notario tendrá derecho a percibir los honorarios que se hayan pactado o los que disponga el respectivo arancel.

1.4.7. Unidad del acto

Se basa en que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto. Por tal circunstancia lleva una fecha determinada; porque no es legal que sea firmado un día por uno de los otorgantes y otro día por el otro.

El testamento y donación por causa de muerte, llegan incluso hora de inicio y finalización.

Este principio se encuentra regulado en el Artículo 42 numeral 8: Que el testador, los testigos, los intérpretes en su caso y el notario, firmen el testamento en el mismo acto. También se encuentra regulado en el Artículo 956 del Código Civil el cual establece: El testador puede entregar al notario la minuta de sus disposiciones testamentarias o manifestar de palabra su última voluntad.

El notario redactará el testamento y procederá a su lectura en presencia de los testigos, en un solo acto y sin interrupción, llenando los demás requisitos que para el efecto exige el Código de Notariado.

1.4.8. Protocolo

El protocolo es donde se plasman las escrituras matrices y es necesario para la función notarial debido a la perdurabilidad y seguridad en que quedan los instrumentos que el mismo contiene, así como la facilidad de obtener copias de ellos.

El protocolo es donde se plasman las escrituras originales y es necesario para la función notarial debido a la perdurabilidad y seguridad en que quedan los instrumentos autorizados por notario, producen fe y hacen plena prueba.



Está regulado en el Artículo 8 del Código de Notariado 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.

1.4.9. Seguridad jurídica

Se basa en la fe pública que tiene el notario, por lo tanto, los actos que legaliza son ciertos, existe certidumbre o certeza.

Se encuentra regulado en el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil el cual establece: Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las parte de redargüirlos de nulidad o falsedad.

1.4.10. Publicidad

Los actos que autoriza el notario son públicos, por medio de la autorización notarial se hace pública la voluntad de las personas.

El Código de Notariado, imponen la obligación al notario a expedir testimonios o copias de las escrituras que autorice, a cualquier persona que lo solicite, exceptuándose los testamentos y donaciones por causa de muerte, mientras vivan los otorgantes, solo a ellos corresponde ese derecho.

La excepción al principio de publicidad consiste en que; mientras viva el otorgante de un testamento o donación por causa de muerte, solo a él podrá extenderse testimonio o copia del instrumento.



1.4.11. Imparcialidad

Asegura la adecuada prestación del ejercicio profesional en forma limpia, inmaculada, el notario no puede asumir cargos que impliquen la defensa de intereses de particulares, debe ofrecer el mismo trato a todos sus clientes y en forma paritaria la prestación de sus servicios.

La imparcialidad es para las partes que requieren sus servicios, para la sociedad que espera eso del notario, para el mismo Estado que ha delegado la fe pública, lo que nos pide es velar por los intereses de todas las partes no de una parte.

El notario debe actuar de manera imparcial y objetiva en todos los actos o contratos otorgados en su presencia.

Gran parte de la ética profesional, es la imparcialidad del actuar del notario que sucede es que siendo abogados y notarios, y ejerciendo simultáneamente ambas profesiones, a veces nos resulta difícil deslindar una función de la otra, en algunas ocasiones nuestro comportamiento es más de abogado con nuestro cliente cuando debe ser de notaria para ambas partes o para los requirentes.

1.5. El notario

Es un profesional del derecho que ejerce una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos públicos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, y certeza jurídica conservando los originales y expidiendo copias que den fe de su contenido, esta facultado para conocer, tramitar y resolver asuntos en donde no existe litis. (En Guatemala se le conoce como, asuntos de jurisdicción voluntaria

"Es un funcionario público autorizado para dar fe, conforme al ordenamiento jurídico, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Se trata de un funcionario de características especiales, dada la complejidad de su misión y los amplios conocimientos de Derecho que se requieren para llevarla a cabo; la independencia con la que procede, decidiendo por sí y ante sí; la posibilidad de que sea elegido con libertad por los particulares, salvo excepciones; y la forma especial de remuneración procedente para los mismos.

Además de la función primordial de dar forma y autenticar los actos y negocios jurídicos de los particulares, el notario realiza otras actividades que pueden ser previas al otorgamiento del instrumento y preparatorias del mismo, posteriores y complementadoras de la actividad instrumental o independientes del instrumento, como son las certificaciones o los testimonios".²

1.5.1. Requisitos

Los requisitos para ejercer el notariado los encontramos en el Artículo 2 del Código de Notariado el cual establece:

- a) Ser guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar y domiciliado en la República.
- b) Haber obtenido el título facultativo en la República o la incorporación con arreglo a la ley.
- c) Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación y las firmas y sello que usará con el nombre y apellidos usuales.
- d) Ser de notoria honradez
- e) Estar colegiado.

² Microsoft® Encarta® 2008. © 1993-2007 Microsoft Corporation.



1.5.2. Causas de incompatibilidad

El Artículo 4 del Código de Notariado establece las causas por las cuales el notario no puede ejercer el notariado.

- a) Los que tengan auto de prisión motivado por algunos de los delitos que señala la ley
- b) Los que desempeñen cargo público que lleve aneja jurisdicción.
- c) Los funcionarios y empleados de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las municipalidades que devenguen sueldo del Estado o del municipio y el Presidente del Congreso de la República.
- d) Los que no hayan cumplido durante un trimestre del año civil, o más, con las obligaciones que impone la ley.

1.5.3. Causas de inhabilitación

El Artículo tres del Código de Notariado establece: Tienen impedimento para ejercer el notariado:

- a) Los civilmente incapaces,
- b) Los toxicómanos y ebrios habituales,
- c) Los ciegos, sordos o mudos, y los que adolezcan de cualquier otro defecto físico o mental que les impida el correcto desempeño de su cometido
- d) Los que hubieren sido condenados por alguno de los delitos que señala la ley, (falsedad, robo hurto, estafa).



1.5.4. Prohibiciones

Las prohibiciones para el notario se encuentran reguladas en el Artículo 77 del Código de Notariado el cual establece;

- a) Autorizar actos o contratos a favor suyo o de parientes.
- b) Si fuere Juez de Primera Instancia facultado para cartular, Secretario de los Tribunales de Justicia o Procurador, autorizar actos o contratos relativos a asuntos en que esté interviniendo.
- c) Extender certificación de hechos que presenciare sin haber intervenido en ellos por razón de oficio, solicitud de parte o requerimiento de autoridad competente.
- d) Autorizar o compulsar los instrumentos públicos o sus testimonios antes de que aquéllos hubieren sido firmados por los otorgantes y demás personas que intervinieren.
- e) Usar firma o sello que no estén previamente registrado en la Corte Suprema de Justicia.

1.6. Función notarial

Es la verdadera y propia denominación que cabe aplicar a las tareas que realiza el notario en el proceso de formación del instrumento público.

Es el que hacer del notario, siendo un profesional del derecho esta facultado para conocer, tramitar y resolver algunos asuntos no contenciosos, llamados en Guatemala

asuntos de jurisdicción voluntaria, siendo algunos de ellos, asiento extemporáneo, rectificación de partida, determinación de edad, omisión de partida

1.6.1. Teorías que explican la naturaleza jurídica de la función notarial

- a) Teoría funcionarista: El notario actúa en nombre del Estado y es un funcionario público investido de fe para autenticar y legitimar los actos que requieren su intervención.
- b) Teoría profesionalista; Esta teoría ataca el carácter de función pública que se atribuye a la actividad notarial, la cual consiste en recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las partes, lejos de ser una función pública es un que hacer eminentemente profesional y técnico.
- c) Teoría ecléctica: Es la que más se acerca al caso de Guatemala, ya que se acepta que el notario ejerce una función pública sui generis por que es independiente, no esta enrolado en la administración pública, no devenga sueldo del Estado pero la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza tiene un respaldo del Estado, por la fe pública que ostenta, pero no representa al Estado.
- d) Teoría autonomista: Este teoría exige que el notariado se ejerza como profesión libre e independiente y el notario es por lo tanto un funcionario público, que ejerce con las formas y según principios de la profesión libre, esto lo hace autónomo. Como funcionario público observa todas las leyes y como profesional libre recibe el encargo directamente de los particulares.

1.6.2. Contenido

Se entiende por contenido lo que comprende la función notarial, y al respecto podemos decir que son varias sus funciones o actividades.

- a) Función receptiva: consiste en escuchar al cliente.

- b) Función asesora: orientar o dirigir al cliente sobre el negocio en particular.
- c) Función modeladora; plasmar la voluntad de las partes en el instrumento público.
- d) Función legitimadora: consiste en establecer si las partes son titulares del derecho, para lo cual deben de poner a la vista del notario tal documento.
- e) Función preventiva: al finalizar el instrumento público se hacen las advertencias correspondientes.
- f) Función autenticadora: se trata de estampar la firma en el instrumento público.

1.6.3. Finalidades

- a) Seguridad; Es la calidad de seguridad y firmeza que se da al documento notarial
- b) Valor: Implica la utilidad, aptitud, fuerza y eficacia para producir efectos. El notario además da a las cosas valor jurídico, el valor que las mismas tengan frente a terceros.
- c) Permanencia: Se relaciona con el tiempo, es decir, que el documento notarial se proyecta hacia el futuro; es permanente, tiende a no sufrir mudanza alguna.

1.7. Fe pública

Es la facultad que tiene el notario de otorgar autenticidad a los actos y contratos de carácter extrajudicial, y los hechos que autoriza, con ocasión del ejercicio de su ministerio.

El fundamento de la fe pública se halla en la necesidad que tiene la sociedad para su estabilidad y armonía, de dotar a las relaciones jurídicas de fijeza, o certeza y autoridad, a fin de que las manifestaciones externas de estas relaciones sean garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos, y hagan plena prueba ante todos y contra todos, cuando aquellas relaciones jurídicas entran en la vida del derecho en su estado normal.

La fe pública es delegada por el Estado a determinados individuos mediante ciertas condiciones que la ley establece, destacándose especialmente la notarial, por los requisitos de gran honorabilidad, título habilitante especial e incompatibilidades impuse a los que con ella son investidos.

1.7.1. Clase de fe pública

- a) **Fe pública judicial:** La que dispensan los funcionarios de justifica, especialmente los secretarios de juzgados, quienes dan fe de las resoluciones, autos y sentencias de los jueces o tribunales en los que actúan.
- b) **Fe pública administrativa:** Es la que tiene por objeto dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado o por personas de derechos público dotadas de soberanía, de autonomía o de jurisdicción.

Esta fe pública administrativa, se ejerce a través de documentos expedidos por las propias autoridades que ejercen la gestión administrativa en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones de la administración.

- c) **Fe pública registral:** es la que poseen los registradores, para certificar la inscripción de un acto que consta en un registro público, el cual tiene autenticidad y fuerza probatoria desde que fue inscrito.
- d) **Fe pública legislativa:** es la que posee el Organismo Legislativo por medio de la cual crea normas jurídicas, las que pasan a ser leyes de la Republica
- e) **Fe pública notarial:** también llamada extrajudicial, la fe pública es la facultad del Estado otorgada por la ley al notario. La fe del notario es pública porque proviene



del Estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad, por ejemplo, cuando el notario legaliza un documento proveniente del extranjero.

1.8. Responsabilidad del notario

El notario debe estar capacitado intelectual y moralmente para lograr eficazmente su función, sin generar resultados dañosos tanto para los particulares como él mismo. De allí donde descansa lo 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.

1.8.1. Clase de responsabilidad

- a) **Responsabilidad civil:** Esta responsabilidad tiene por finalidad repara las consecuencias injustas de una conducta contraria a derecho, o bien repara un daño causado sin culpa, pero que la ley pone a cargo del autor material de este daño. Se encuentra fundamentada en el Artículo 35 del Código de Notariado.
- b) **Responsabilidad penal:** Se da cuando el notario en ejercicio de sus funciones, comete un delito; ya que si llegara a cometer delito como una persona común, aunque cae en un campo penal, no se enmarcaría dentro de la responsabilidad notarial.

Delitos en los que puede incurrir el notario: publicidad indebida, revelación de secreto profesional, casos especiales de estafa, falsedad material, falsedad ideológica, supresión, ocultación o destrucción de documentos, revelación de secretos, violación de sellos y otros.

- c) **Responsabilidad administrativa:** Se incurre en ella por incumplimiento de deberes ajenos a la función notarial propia, que otras leyes administrativas le imponen. Por

ejemplo el caso que el cliente pague sus impuestos sobre el contrato celebrado, el notario recibe el dinero y no hace los pagos.

- d) Responsabilidad disciplinaria: Es aquella que tiene por objeto, reprimir una falta a los deberes de la profesión reglamentada, tiene por fin el mantenimiento de la disciplina necesaria en interés moral de la profesión, cuyas normas de ejercicio han sido violadas.

1.8.2. Actividades que conlleva la responsabilidad administrativa

- a) Pago de apertura de protocolo.
- b) Deposito de protocolo.
- c) Cerrar el protocolo y redactar el índice.
- d) Entrega de testimonios especiales.
- e) Extender testimonios a los clientes.
- f) Avisos correspondientes.
- g) Tomar razón de las actas de legalización de firmas.
- h) Protocolizar actas.

1.9. Organizaciones nacionales e internaciones de derecho notarial

1.9.1. Nacionales

Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala: En el año de 1810, gracias a la influencia del Doctor José María Álvarez y Estrada, se fundó el Colegio, cuyos estatutos iniciales establecían que para inscribirse en dicho colegio, además de realizar un trabajo académico y poseer las condiciones éticas y morales, se debía presentar ante la Secretaría del Colegio, el Título de Abogados. En el año de 1832, el colegio pasó a formar parte de la academia de estudios, creada por orden del Jefe de Estado Doctor Mariano Gálvez.

La colegiación no era obligatoria y por no ser en ese entonces el notariado una profesión sino un oficio, al mismo solo pertenecían abogados.

Con el movimiento revolucionario del veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro se le da mayor relevancia a la autonomía universitaria, así el once de marzo de 1945 se decreta la Constitución Política de la República de Guatemala, en esta carta magna en donde por primera vez se legisla lo concerniente a la Colegiación oficial y obligatoria de los profesionales con fines de mejoramiento moral, social, cultural y económico de los mismos.

El 13 de febrero de 1947, el Congreso de la República emite el Decreto número 332 Ley de Colegiación Oficial Obligatoria para el ejercicio de las profesiones universitarias.

El Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, lo fundó el Licenciado Saúl Bonilla Sandoval en el año de 1972, fecha en que se aprobó los estatutos y se reconoció la personalidad jurídica de este instituto, como una entidad consagrada al cultivo y desarrollo de dicha disciplina.

El ingreso como miembro de dicho instituto es eminentemente potestativo, debiéndose llenar ciertos requisitos, como la presentación de un trabajo escrito sobre un tema notarial, el cual es calificado previamente.

Sus finalidades esenciales se pueden concretar así: fomentar el conocimiento y difusión de la legislación, doctrina, literatura y jurisprudencia notariales, mediante la organización de conferencias, mesas redondas, servicios informativos, ficheros y cualesquiera otros medios idóneos, procurar la mejor ordenación de los estudios notariales; organizar congresos, conferencias y debates referentes a derecho notarial y relacionar a los notarios guatemaltecos con los notarios de otros países, para aprender de las diferentes culturas.



1.9.2. Internacionales

Unión Internacional de Notariado Latino: Tiene su origen en el Primer Congreso Internacional celebrado en Buenos Aires, Argentina el dos de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho a iniciativa del colegio de Escribanos de aquella provincia.

Se constituye para promover, coordinar y desarrollar en el orden internacional la actividad notarial con la finalidad de asegurar, mediante la más estrecha colaboración entre los notarios, su dignidad e independencia para un mejor servicio a las personas de la comunidad.

En Guatemala, la organización miembro de la Unión es el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, como organización oficial, habiéndose celebrado en la ciudad de Guatemala el XIV Congreso Internacional en el año de mil novecientos setenta y siete, siendo el único país de Centro América y el Caribe que lo ha llevado a cabo.



CAPÍTULO II

2 El Protocolo

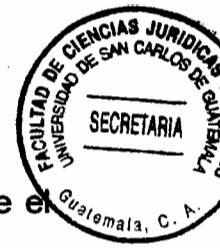
En los comienzos de la vida jurídica, los hombres estipulaban verbalmente, realizando el lenguaje como elemento capital empleado a modo de texto, y el rito como forma de expresión litúrgica; eran las únicas huellas que quedaban de las declaraciones de voluntad jurídica, puramente verbales, que vinieron hacer medios de prueba poco consistentes, pues se perdían en las sombras del olvido, y para revelar su existencia había que reproducir el acto; la supervivencia de éste no se lograba así nada más, ya que muchas veces faltaban sus propios actores, aún los testigos presénciales del acto, todo lo cual daba una prueba a medias del mismo.

Por esta razón, la oralidad se sustituyó por la prueba escrita, más eficaz por ofrecer menos fallas.

Pero los hombres no se conformaron con traducir y presentar en un escrito la voluntad creadora de sus derechos, ya que el título así creado no resultaba cabalmente seguro, porque el documento podía extraviarse, la veracidad del acto ser negada; los testigos desaparecer o incapacitarse.

Hubo entonces necesidad de materializar la prueba, de recurrir a la grabación gráfica sobre un elemento físico para que hiciera visible y perpetua su consideración.

De este modo los hombres idearon que al emitirse la voluntad se hiciera entre solemnidades y quedara grabada gráficamente sobre un objeto material impregnado de la voluntad creadora, guardador de una primera decisión del espíritu, conservador de una creación del hombre; a esa primera fuente de la génesis del acto jurídico llamaron Protocolo.



De manera, que el protocolo ha sido una creación derivada de la necesidad que el hombre tuvo de llevar al papel escrito la voluntad creadora de las relaciones jurídicas, para que de él surgiera, sin riesgo de pérdida, y en caso de duda para mejor probar toda la intención contractual, materializada en forma gráfica, manuscrita.

Como fenómeno derivado de la ordenación de los instrumentos públicos, el protocolo penetró en el derecho positivo y fue adoptado por la mayoría de las legislaciones y superado por el proceso de transformación.

Desde época antigua, se sabe que el protocolo ha sido empleado en la función técnico-notarial para dar vida, precisión y seguridad a la documentación de las declaraciones productoras de efectos jurídicos.

"Los tratadistas han terminado por reconocer que el protocolo ha sido creado en beneficio del derecho notarial pues la exacta certeza de su raíz entraña una finalidad jurídica: la tutelar, la documentación pública, puede decirse que ha entrado definitivamente en el ordenamiento del derecho notarial, a tal extremo que no han Código que lo mencione".³

Específicamente en nuestro medio, el protocolo es de alta conveniencia porque mediante él, se guardan en lugar seguro los instrumentos públicos y no sufren el riesgo de perderse, ocasionando con ello, la pérdida de sus derechos o un perjuicio tal vez irreparable.

Si los actos y contratos tuviesen una vida fugaz podría excusarse el protocolo pero cuando se contraen relaciones jurídicas duraderas, es conveniente que los mismos permanezcan en forma íntegra, para que cuando el cliente interesado en obtener una copia, ir con el notario autorizante a que le otorgue una copia.

³ Neri, Argentino. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Notarial*. Pág. 4

La existencia del protocolo, es necesaria para la función notarial guatemalteca, e importante para la conservación del instrumento público. Asegurando así los derechos de los otorgantes.

Por otra parte, tiene relevancia el protocolo en nuestro medio por el hecho que los actos y negocios jurídicos que se consignan en el mismo, tienen por lo general cierta durabilidad que se prolonga con el tiempo, por lo cual, en cualquier momento constituye prueba fehaciente sobre los derechos y relaciones jurídicas incorporadas en tales documentos.

2.1. Etimología de la palabra protocolo

El término protocolo tiene diversas interpretaciones etimológicas en tal sentido, el tratadista Neri Argentino, afirma que se deriva del latín protocollum, ésta del griego protocollan, de protos, primero de kollon pega.

Según el Diccionario de la Academia Española, significa propiamente la primera hoja encolada o pegada, y por extensión, la ordenada serie reescrituras matrices y otros documentos que un notario o un escribano autoriza y custodia con ciertas formalidades.

Protocollan en griego quiere decir la primera hoja de papel pegada con cola o engrudo porque así se pegaban las hojas de los libros, y protocollum en latín significa cierta marca o señal auténtica con la cual se sellaba el papel en que debían escribirse los instrumentos públicos.

A juicio de Escriche, la palabra protocolo viene de la voz griega protos, que significa primero en su línea, y de la latina collium o collatio, que significa comparación o cotejo, esto cuando se inicia un instrumento, siempre es en la primera línea de la hoja de

papel sellado, a menos que se halla cancelado un instrumento, y se deba hacer la razón.

De lo expuesto podemos decir que, el significado más adecuado de la palabra protocolo, es el señalado por Fernández Casado, que protocolo quiere decir el primer depósito o sea el lugar donde primeramente se consigna el acto o contrato y también el sitio donde consta la principal de una relación de derecho, pues el protocolo en nuestro medio es el lugar donde el notario hace constar los actos y contratos celebrados entre las partes.

2.2. Evolución y concepto

La palabra protocolo, primitivamente tuvo una acepción restringida, mucho más tarde fue tomado el protocolo como el resumen documental del negocio o hecho jurídico declarado por las partes, pero escrito por el notario en presencia de los testigos rogados, de cuya documental, que se coleccionaba en orden cronológico el notario formaba el legajo que hacía las veces de registro.

Después el protocolo implicó el libro encuadernado, hecho de pliegos de papel entero, en el cual bebían escribirse por extenso y no por notas las declaraciones que se otorgaren ante el notario, bajo la forma de escritura. "Por otra parte Gonzalo de las Casas, citado por Mustàpich, explica que el protocolo es el instrumento en que el notario público, consigna los contratos que pasan ante él y entre las partes".⁴

"Conjunto de escrituras públicas matrices hechas durante un año, por orden cronológico y en forma que las leyes notariales prescriben, forma parte integrante además como agregados los certificados informes y declaraciones de las partes".⁵

⁴ Mustàpich, José. *Tratado de derecho notarial*. Pág. 144

⁵ González, Carlos Emérito. *Teoría del instrumento publico*. Pág. 400

Otro concepto dice que el protocolo es el conjunto de los libros o volúmenes en los cuales el notario debe asentar las escrituras públicas y las actas notariales que, respectivamente contengan los actos y hechos jurídicos sometidos a su autorización. Prerrogativas de los agentes diplomáticos, de acuerdo con la cual deben ser tratados con sujeción a ciertas normas ceremoniales que suponen otras tantas manifestaciones de respeto y consideración, según su ramo y procedencia.

El Código de Notariado en el Artículo 8 establece: 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.

Actualmente no existen documentos que el notario registra de conformidad con el Código de Notariado, supletoriamente se dice que autoriza la transcripción del acta notarial que autoriza el testamento común cerrado, la cual la regula el Código Civil Artículo 962.

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

2.3. Propiedad del protocolo

En cuanto a la naturaleza pública o privada del protocolo se han dado varios conceptos así: con el sistema de enajenación o venta del oficio de escribano público, se generalizó la opinión de que el protocolo era propiedad del escribano, porque si podía disponer del cargo, mejor podía hacerlo del protocolo que formaba en virtud de esto, se transmitía de familia en familia los protocolos, contrario a lo que sucede en Guatemala.



O sea que lo consideraban propiedad particular de los notarios quienes podían disponer de los mismos según, estimaran conveniente, lo cual dio como resultado que gran cantidad de protocolos se extraviara extinguiéndose con ellos valiosos documentos.

Los protocolos son propiedad del Estado, por el carácter de públicos; por estar revestidos de autoridad pública, concedida por la ley, en el propio Código de Notariado establece que el notario únicamente es un depositario del registro notarial a su cargo.

En países donde se establece el carácter de público del protocolo, el Estado promulga normas jurídicas tendientes al control y vigilancia de la función notarial, pudiendo mencionar entre las de este tipo, las legislaciones de España, Portugal, México, Argentina, y otros, estos países se establece que el protocolo es propiedad del Estado y que el notario es simple depositario del mismo, postura que Guatemala también adopta.

Siguiendo la doctrina, Giménez Arnau, señala, que en cierto sentido puede decirse que el protocolo es público, pues no es patrimonio propio del notario, sino un depósito que el Estado le confía como consecuencia de la función.

No obstante ser de propiedad pública, el protocolo, no equivale a que haya de serlo su contenido, porque de ser así, el notario se convertiría en un empleado del Estado, porque sus instrumentos, no serian su propiedad.

Sanahuja y soler, afirman, que el protocolo tiene una naturaleza mixta pública y privada a la vez, y se hallan interesados en él, las siguientes personas:

- a) El Estado, el cual confiere todas aquellas facultades que dan cumplimiento y garantía de la fe pública,



- b) Los particulares, al depositar su confianza en él, para la custodia de los documentos que les afecten,
- c) El notario, que condensa la confianza que estos mismos particulares han depositado en él para la custodia de sus respectivos derechos.

Otros autores le atribuyen al protocolo una propiedad especial porque ni es cosa pública que esté a la vista de todos, ni es cosa privada, pudiendo decir que sobre él tiene el Estado un dominio eminente, y los particulares que tengan interés legítimo jurídicamente pueden consultar el mismo.

A pesar de que en el protocolo existen contratos de interés particular esos contratos por efecto de la sanción del notario, que obra por delegación del Estado, se revisten de autenticidad por lo que el protocolo no puede quedar al arbitrio, abandono o en manos de cualquiera.

De los conceptos citados, podemos decir, que al hacer un análisis del Código de Notariado, vemos que en el artículo 19 literalmente establece: El notario es depositario del protocolo y responsable de su conservación.

Esta norma no determina que el protocolo sea propiedad del Estado, pero se deduce tal característica del Artículo 23, que establece: Los albaceas, herederos o parientes o cualquiera otra persona que tuviere en su poder el protocolo de un notario fallecido, lo depositará dentro de los treinta días siguientes al fallecimiento, en el Archivo General de Protocolos, si se encontrare en la capital, o dentro del mismo plazo en el Juez de Primera Instancia o alcalde municipal, si estuviere en una cabecera departamental o municipio, respectivamente.

En estos casos el Juez de Primera Instancia o el alcalde municipal, lo remitirá dentro de los ocho días siguientes a su depósito al referido archivo, cuando el notario fallece



también se le da participación al registrador civil al asentar la partida de defunción, este debe dar aviso al Director del Archivo General de Protocolos, si es en la capital y si es en un departamento al Juez de Primera Instancia, para que los obligados a entregar el protocolo cumplan.

De lo expuesto se concluye, que el protocolo es propiedad del Estado, y que el notario no tiene derecho de propiedad sobre el mismo, aunque taxativamente no hay norma que establezca lo anterior, se deduce de los Artículos mencionados.

2.4. Clases de protocolos

Existen varias clases de protocolos; el protocolo único, y protocolo múltiple. El protocolo único comprende todos los actos y contratos celebrados por el notario, ofrece la particularidad de registrar en un solo cuerpo todas las declaraciones humanas de voluntad, cualquiera que sea la razón que los haya determinado.

A mediados del siglo pasado se conocían dos clases de protocolos; el corriente o general y el reservado. En el general se incorporan todos los instrumentos públicos y demás documentos agregados al mismo, en cada año, contados desde el primero de enero al treinta y uno de diciembre.

El protocolo reservado comprende:

- a) El testamentario con las copias de las carpetas de los testamentos cerrados, y con las matrices de los testamentos abiertos cuando los testadores lo solicitaren;
- b) El de filiación con las matrices de las escrituras de reconocimiento de hijos cuando los testadores lo solicitaren, y se cierra cuando se haya autorizado la número cien o antes si el volumen lo exigiere.



El sistema adoptado en nuestro medio es el del protocolo único, cada notario en su ejercicio va formando su protocolo siguiendo las normas establecidas por la ley, autorizando en él, todos los instrumentos públicos que requieran los interesados, de cualquier naturaleza que sea, ya se trate de testamentos donaciones, reconocimiento de hijos y otros.

Antiguamente se usó un libro llamado de registro de legalizaciones de firmas, donde se anotaba por riguroso orden de fechas un extracto de las legalizaciones que practicaban los notarios, este era parte del protocolo respectivo,

Lo anterior significa que en nuestro medio se haya usado el protocolo múltiple o doble, pudiendo tomarse como parte adicional del protocolo, porque no estaba redactado en papel sellado de protocolos, para lo cual actualmente se lleva un control extremadamente estricto del protocolo.

En cuanto a las ventajas y desventajas que estos presentan, se dice que el protocolo único tiene mayores ventajas, pues hay mayor control para el notario tener un solo protocolo que si tuviera dos o más.

2.5. Errores, enmiendas, entrelíneas, borraduras y alteraciones, de los instrumentos públicos

Es imposible que el notario no cometa errores, pues es susceptible de equivocarse como todo ser humano. Estos pueden ser eliminados por medio de las correcciones conforme lo señala la ley.

La doctrina establece que la subsanación de errores dentro del protocolo puede hacerse por medio de adiciones, apostillas, enterrrenglonaduras, raspaduras o borradores, enmendaduras y testados.



2.5.1. Adición

Es la agregación o aumento de letras o palabras y conceptos hechos en cualquier forma en la escritura. Generalmente se realiza al final de la escritura, antes de las firmas, esto de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 14 del Código de Notariado que literalmente dice:

Serán nulas las adiciones, enterrrenglonaduras y testados, si no se salvan al final del documento y antes de las firmas. Las enmendaduras de palabras son prohibidas.

Tomando en cuenta lo señalado en el Artículo 36 del Código de Notariado, que establece: El notario pondrá al margen de la escritura matriz, razón de haber autorizado otra escritura que la adicione, aclare, modifique o rescinda; y también razonará los títulos y documentos que tenga a la vista y cuyo contenido sufra modificación, en virtud de los instrumentos que hubiere autorizado.

Para este caso la doctrina agrega, que cualquier alteración que los otorgantes hagan a la escritura, deben consignarla en otra distinta, poniendo en la primera una razón que advierta haber un nuevo instrumento que la adiciones, aclare, modifique y la hoja del protocolo en que se registra.

2.5.2. Apostillas

Son palabras puestas al margen de la escritura para ampliar el sentido del texto, o para suplir lo omitido, esto no es permitido en la legislación guatemalteca.

También es un sello especial que estampa una autoridad para certificar que un documento es una copia verdadera de un original.



2.5.3. Entrerrenglonaduras

Son palabras puestas entre una línea y otra para incluir las palabras omitidas entre lo escrito en el texto principal y entre los cuales se coloca una señal, o sea se da cuando en la redacción del instrumento se omite alguna palabra o frase necesaria para completar el sentido del pensamiento o cláusula del mismo; se subsana la falta escribiendo lo omitido sobre la línea y lugar en que debieron ser escritos.

Entrerrenglonadura es lo que se escribe entre renglones. Para eficacia documental exige salvarse expresamente antes de firmar.

Las entrerrenglonaduras o entrelineados, deben transcribirse literalmente al final del instrumento antes de la firma, igual cosa sucede con los testados.

2.5.4. Testados

Son palabras cubiertas por una líneas horizontal o varias inclinadas en sentido anverso de la inclinación de las letras para suprimirlas sin dejar de ser legibles.

Esto sucede cuando hay que suprimir palabras en la escritura, ya sea porque no son necesarias o porque con ellos se dice cosa distinta de la que ha querido expresarse, o bien porque después de escritas se cambian o modifican los acuerdos antes aceptados.

La legislación guatemalteca le permite al notario las entrerrenglonaduras y testados, prohibiendo expresamente las enmendaduras de palabras. Esto se debe hacer cuando los otorgantes no han firmado el Papel Sellado Especial para Protocolos, ni ha sido firmado por el notario.



2.5.5. Errores de forma

Errores de forma es cuando se altera la numeración cardinal de los instrumentos, foliación o el orden de la serie; dejar una página en blanco o inutilización de una hoja o pliegos del protocolo, el juez al constatar el error y en vista de las razones expuestas por el notario, podrá acordar la enmienda, levantándose al efecto acta, certificación de la cual se agregará entre los comprobantes del protocolo.

2.5.5. Enmienda

En las normas del derecho parlamentario se denomina así toda modificación que los diputados y senadores proponen individualmente o en grupos para la modificación de los proyectos de ley que se encuentran en discusión. En sentidos generales, así como procesales, penitenciarios y civiles.

El procedimiento para subsanar estos errores es sencillo rápido y a la vez necesario para garantizar los derechos de los otorgantes del instrumento público y mantener el orden dentro del protocolo.

2.6. Contenido del protocolo

El protocolo tiene una finalidad, estampar en él las primeras y originales manifestaciones de voluntad humanas, creadoras de intereses jurídicos. Así como fuente de recepción, el protocolo reviste un excepcional carácter, ya que por prescripción legal, todas las declaraciones en él documentadas adquieren la calidad de permanentes, indestructibles y auténticas.

Tales declaraciones se documentan, específicamente en el instrumento público, siendo un medio de prueba original e indeleble, el contenido del protocolo no solo es



de instrumentos públicos, comprende además los documentos que se agregan al mismo.

El protocolo tiene un ámbito ilimitado incluyendo:

- a) Los actos y contratos, que son reducidos a matriz,
- b) Demás documentos que se anexa, esto último se lleva a cabo a través de la protocolización, cuando el documento que ha servido de base para protocolizar, es agregado materialmente al protocolo.

De acuerdo a la legislación guatemalteca, el protocolo está constituido por un o varios libros que integran la ordenada serie de escrituras matrices, actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con la ley.

Después de haber dejado expuesto en términos generales el contenido del protocolo, pasamos a ampliar sus términos.

2.6.1. Escritura matriz

Para definir el concepto de escritura matriz, conviene saber qué, se entiende por escritura y por matriz, ya que no ha un concepto claro de la misma,

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



En la legislación guatemalteca se entiende por escritura matriz, al documento original, donde el notario ha de redactar el acto o contrato, sometido a su autorización dentro de su protocolo, llenando los requisitos que para el efecto establece la ley.

“Aquella extendida por notario o escribano público y que éste conserva en su registro, llamado protocolo, de la cual se extienden los testimonios que se entregan a las partes”.⁶

La escritura pública es el prototipo de instrumento público notarial, sus dos cualidades esenciales son; el otorgamiento ante notario público, y la segunda y principal, su incorporación a un protocolo.

Consiste en el documento matriz que contiene los actos, contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que autoriza e incorpora a su protocolo. Este contenido de la escritura matriz es trasladado por mandato de ley o por voluntad de las partes, a un documento que hace las veces de instrumento público y se le denomina escritura pública.

La escritura pública es aquel instrumento público donde se plasma una declaración de voluntad, con el propósito de producir algunos efectos jurídicos, es decir, un negocio jurídico. En ella se manifiesta y perpetúa, como prueba documental, la formalización de un acto o contrato.

Siendo así es que la escritura usualmente va referida a la creación, modificación extinción o cancelación de una relación jurídica.

Esta manifestación de voluntad puede ser unilateral, bilateral o multilateral, en virtud de ella radica en el adecuado apego que realice el notario con respecto a la

⁶ Ossorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales. Pág.. 375

manifestación de la voluntad de las partes, ya que el notario en la escritura redacta manifestaciones de voluntad.

Conceptualmente, la escritura pública es aquel instrumento confeccionado con las formalidades que exige la ley, otorgada ante un notario o funcionario autorizado, y en el caso de tratarse de una pluralidad de notarios autorizantes estos tiene que ser de un mismo tipo, notario público en el ejercicio privado de la función, o notarios públicos en el ejercicio público en el ejercicio público, notarios consulares o notarios del Estado.

En cuanto a la clasificación de las escrituras, éstas pueden ser:

- a) Principales: Son las que crea, modifican o extinguen relaciones jurídicas y que además nacen y subsisten por si solas.
- b) Adicionales, complementarias, aclaratorias, accesorias o secundarias: Son las que tienden a rectificar, modificar, restringir, revocar o variar de alguna forma, lo indicado en la principal.

Estas son llamadas a corregir deficiencias en la voluntad de los comparecientes que se indican en la principal, con el propósito de completarlas, adicionarlas, conformando ambas una sola voluntad.

Las escrituras públicas adicionales pueden ser:

- a. De ampliación: Estas aumentan o extienden el objeto del negocio que se acordó en la principal, por ejemplo, la ampliación de un plazo del monto de un crédito.
- b. De prórroga: Tienen como finalidad la extensión de un período.
- c. De confirmación: Procuran sanear vicios que contiene la principal y que pueden hacer el acto anulable.

- d. De ratificación o de aceptación: Acepta actos que fueron realizados por personas sin poder o sin poder suficiente para ello.
- e. De adhesión: Son todas aquellas en las cuales ambas partes realizan un negocio jurídico y convienen en que se rija por las cláusulas de un contrato previamente redactar.
- f. Canceladas: Son aquellas que luego de haberse extendido totalmente en el protocolo, no llegan a ser autorizadas por el notario, quien por el contrario la deja formalmente sin posibilidad de que surta efecto entre las partes.
Tal cosa puede ocurrir aún en el supuesto de que alguno de los otorgantes, e incluso todos ellos y los testigos, la hubiese suscrito ya, siempre que no hubiese firmado aún el notario.

La escritura cancelada, también llamada sin efecto, conserva su número de orden propio entre las del protocolo, debiéndose hacer especial mención de ella, tanto en el aviso de cancelación respectivo o trimestral según sea el caso, o razón de cierre a fin de año.

El Artículo 37 literal b regula lo relativo a las escrituras canceladas y preceptúa: Dar aviso dentro del término de veinticinco días y ante la misma dependencia de la Corte Suprema de Justicia o ante funcionarios judiciales indicados según el caso, de los instrumentos públicos cancelados, de los cuales no podrá extender copia o testimonio.

El aviso se enviará en papel sellado del menor valor y contendrá el número y la fecha del instrumento cancelado.

Actualmente no existe el papel sellado, el cual fue sustituido por el papel bond, al cual para darle validez se le adhiere un timbre fiscal de cincuenta centavos. El instrumento se puede cancelar cuando no ha sido firmado por los otorgantes y por el notario que autoriza.



2.6.2. Actas de protocolación

Antes de dar la definición de acta de protocolación vemos que para algunos autores es el documento público en el que a requerimiento de parte, hace constar el notario un hecho que por su naturaleza no puede ser objeto de contrato.

Para otros es el acta notarial, autorizada por notario, en el que, a requerimiento de parte, hace constar un hecho que presencie o le conste al notario, que no puede ser objeto de contrato y cuyo recuerdo conviene conservar en forma auténtica.

Específicamente el Código de Notariado, no da una definición de acta notarial de protocolación, pero se deduce que es la incorporación al registro notarial de documentos, para que formen parte del protocolo y adquieran la calidad de documentos públicos, aunque no la tuvieren antes de su protocolación.

Además tiene un valor instrumental, y su redacción se hace directamente en el protocolo, haciendo referencia del documento que se protocoló indicando el número de hojas que contiene, lugar que ocupa en el protocolo, según la foliación, números que correspondan a la primera y última hoja.

Debe contener además número de orden del instrumento, lugar y fecha, así como nombres de los solicitantes, su firma y la del notario.

El título VIII del Código de Notariado, en sus Artículos; 63 indica los documentos que pueden protocolizarse, como por ejemplo, los documentos provenientes del extranjero, actas de matrimonio, actas de inventario, sentencias extranjeras, que tengan que surtir efectos en Guatemala, el Artículo 64, los requisitos que contendrá un acto de protocolación y el Artículo 65 contempla lo relativo a la protocolación de documentos en una de las cláusulas de una escritura pública.



2.6.3. Razones de legalización de firmas

Se entiende por legalización en sentido general, a la comprobación de la verdad de un hecho y debe ser de acuerdo con la ley.

Legalizar es dar fuerza legal a un hecho y autorizarlo para que tenga fe y valga en cualquier lugar y en todas partes.

En sentido formal, legalización es la constancia que extiende un notario o funcionario del Estado, asegurando la certeza de una firma. Es decir que la legalización es una fórmula, por la que un notario da fe de la veracidad de una firma estampada en cualquier documento escrito, con el objeto de que haga fe en cualquier lugar cuando se intente hacerlo valer.

Dentro del sistema jurídico guatemalteco, legalización de firma es; la relación hecha por el notario, en la que hace constar mediante una razón que la firma o firmas fueron puestas o reconocidas ante él por los signatarios, por consiguiente deben ser tenidos como veraces, en virtud de tal legalización emanada de la fe pública que está investigo el notario.

Por esta característica, la escritura pública, es el documento notarial por medio del cual se ejercitan principios elementales del derecho que como, la autenticidad, la legalidad y la ejecutoriedad.

Se concluye el presente apartado, diciendo que las escrituras se califican como públicas debido a las manifestaciones que se otorgan ante el notario persona investida de fe pública, en su protocolo, legalmente habilitado para el efecto, y que es suscrita por las partes y por testigos si hubieren, testigos a ruego, instrumentales, de conocimiento, testigo híbrido, son los que comúnmente se utilizan en la legislación guatemalteca.

2.6.4. Razones

Se utilizan para hacer constar algún hecho relacionado con el instrumento, van al final o al margen del instrumento, por ejemplo la razón de cierre del protocolo que va al final del último instrumento redactado durante el año, o antes si el notario dejare de cartular por tomar posesión de un cargo público.

El Artículo 36 del Código de Notariado establece: El notario pondrá al margen de la escritura matriz, razón de haber autorizado otra escritura que la adicione, aclare, modifique o rescinda, y también razonará los títulos y documentos que tenga a la vista y cuyo contenido sufra modificación, en virtud de los instrumentos que hubiere autorizado.

En la práctica notarial, muchos notarios consignan las razones al pie de la escritura matriz, colocando únicamente en el margen las razones de haber extendido testimonio; a mi juicio tienen igual valor las razones al margen o al final de la escritura.

2.7. Documentos extraprotocolares

Son aquellos que no constan en el protocolo notarial, estos son muestra de la potestad del notario de autorizar documentos, que por su naturaleza no requieren que sean consignados en el protocolo; actas notariales, certificaciones de actas, reproducciones de instrumentos públicos.

2.7.1. Acta notarial

Las actas son documentos autorizados en forma legal por el notario para dar fe de un hecho o de una pluralidad de hechos que presencia o circunstancias que le constan, o

que personalmente realice o compruebe y que no constituyen negocios jurídicos, porque de no ser así éstas serían escrituras públicas.

El Artículo 60 del Código de Notariado da la definición de acta: El notario en los actos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, levantará actas notariales en las que hará constar los hechos que presencie y circunstancias que le consten.

En las actas se incluye a criterio del notario todos los detalles que considere pertinentes, toma en cuenta los fines para los cuales se levanta dicha acta, sin embargo, esta no constituye ningún contrato o negocio jurídico por no poseer declaraciones de voluntad.

En la doctrina algunos autores clasifican las actas notariales en protocolares y extraprotocolares:

- a) Protocolares: son las que figuran en el protocolo, tal y como se hace con las actas de matrimonio o de protesto, las cuales deben ser protocolizadas por mandato de ley, para efectos legales y registrales, según sea el caso.
- b) Estas actas son las que no figuran dentro del protocolo y por tanto carecen de matriz.

2.7.2. Certificaciones

En un sentido amplio se usa la palabra certificación para designar todo documento público o privado en que, bajo la fe o la palabra del que la expide se acredita algo que ya consta en los libros, registros, archivos o documentos a su cargo, que le constan por información o examen practicado, o de los documentos que el notario autoriza por ejemplo; certificación del acta de notoriedad de identificación de terco.

Esta se refiere a aquel documento público extraprotocolar expedido por notario, en el cual bajo su fe y efectos legales, afirma concretamente la verdad de los sucedido y constatando en un documento preexistente y autorizado por él.

2.7.3. Reproducciones de instrumentos públicos

Una de las características del notariado latino, radica en la particularidad de que no será el original del instrumento el que se llevan las partes ni el que tendrá el valor ejecutivo para generar efectos jurídicos, sino que van a ser las copias autenticadas por el notario.

En el ejercicio de la función notarial es sabido que el instrumento público, por si mismo no puede circular, ni registrarse ni mucho menos ser entregado a los interesados en original, ya que su vocación es la perpetuidad, la integridad y conservación.

Los efectos jurídicos son desplazados por las reproducciones de los mismos y estas son llamadas testimonios, los cuales pueden ser transcritos o extendidos por medio de fotocopias o fotostáticas, las cuales tienen el mismo valor legal, de acuerdo a lo que establece el Código de Notariado al respecto.

Los testimonios son documentos públicos, emanados por un notario público, son documentos extraprotocolares, reproducciones de los instrumentos públicos que tiene el propósito de desplazar efectos jurídicos.

El Artículo 66 del Código de Notariado, da la definición de testimonio: es la copia fiel de la escritura matriz, de la razón de autèntica o legalización, o del acta de protocolación, extendida en el papel sellado correspondiente, (Papel Sellado Especial para Protocolo) y sellada y firmada por el notario autorizante o por el que deba substituirlo, de conformidad con la presente ley.



El notario autorizante de las escrituras matrices, es el llamado a expedir los testimonios en cualquier momento; sin embargo, en el caso que éste se negare a hacerlo, el funcionario que lo hará en su lugar, será el Juez de Primera Instancia a quien recurra el interesado, con el objeto que el funcionario judicial otorgue una audiencia al notario para que le exponga las razones que tuviera ante tal negativa, dictando posteriormente la resolución que proceda.

En caso de que no pudiera hacerlo y el protocolo se encuentra en poder del notario a quién se encargó su custodia, éste será quien expida el testimonio a ruego y por encargo del notario autorizante, si se encuentra en poder de un funcionario éste será el que lo expide siempre que como dice la ley esté legalmente autorizado para ejercer funciones notariales.

Y si se presenta el caso de que el protocolo esté depositado en el Archivo General de Protocolos, será el Director o Directora de la institución quien lo extenderá, en su defecto el Secretario de la Corte Suprema de Justicia o el notario que el Presidente del Organismo Judicial designe para el caso.

Los testimonios podrán extenderse, mediante copias impresas, en papel que podrán complementar con escritura manuscrita o a máquina, por transcripción, o por medio de copias, fotocopias, fotostáticas o fotográficas de los instrumentos, casos en los cuales los testimonios se completarán con una hoja de papel en la que se asentará la razón final o engrose y los timbres.

La expedición de copias para los otorgantes es un derecho que le asiste a éstos, el notario no puede, bajo ningún concepto, evitar que las partes cuenten con las copias de los instrumentos que otorgaron, excepto el caso en que estos, no hayan cancelado al notario los honorarios y gastos de dicha expedición, lo que se regula en el Artículo 76 del Código de Notariado.



Se concluye diciendo que los documentos notariales son el resultado principal de la actuación del notario en el ejercicio de su función, configurando la voluntad de las partes, dándole forma a los hechos, actos y negocios jurídicos, y lo más importante, confiriéndoles efectos jurídicos.





CAPÍTULO III

3 La seguridad jurídica

Uno de los aspectos menos tratados por los juristas, especialmente por la Filosofía del Derecho, el problema de definición deriva de que es uno de los campos donde se dan mayores situaciones de ambigüedad.

No obstante estas cuestiones, diremos que su concepción se basa en la esperanza o confianza de los ciudadanos en la función ordenadora del derecho, por lo que es necesario darles protección.

Dicha esperanza no puede, por tanto, quedar al libre albedrío del poder o de otros particulares: el derecho tiene que estar a disposición de los ciudadanos de manera incuestionable y segura, el bien general prevalece sobre el particular, es ahí en donde el notario, debe velar por los derechos del cliente, tiene que tratar la manera de proteger, sus intereses, porque el cliente llega con la seguridad que un notario no lo va a asesorar mal, ya que es una persona que durante varios años se ha dedicado a estudiar el derecho, mientras que el cliente pocas y raras veces tiene conocimiento.

En todo caso, la seguridad jurídica no se predica del conocimiento de la regulación de tal o cual norma específica o de sus consecuencias, a través fundamentalmente de su previa publicación, sino, sobre todo, por precisarse una buena estructura del derecho, la ausencia de arbitrariedad y un grado cierto de previsibilidad, con el fin justo de dar esa confianza a los ciudadanos.

A esto se le unen el poseer una cierta autonomía, objetividad y racionalidad; en definitiva, resguardar el ordenamiento jurídico de los defectos de la sociedad humana.



La certeza y la seguridad jurídica que el notario confiere a los hechos y actos que autoriza son derivadas de la fe pública que ostenta.

Antes de analizar la seguridad jurídica notarial es importante referirnos a lo que la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa en el Artículo dos: deberes del Estado: Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

"Entendiéndose como seguridad jurídica que consagra dicho Artículo la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un estado de derecho, hacia el ordenamiento jurídico; es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible; en tal virtud las autoridades en el ejercicio de sus facultades leales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes, principalmente la ley fundamental".⁷

"Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran, representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio.

A su vez, la seguridad limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos, como es lógico, la seguridad jurídica solo se logra en los Estados de derecho, porque, en los de regímenes autocráticos y totalitario, las personas están siempre sometidas a la arbitrariedad de quienes detentan el poder".⁸ La seguridad jurídica en Guatemala, se garantiza a través del Protocolo, el cual queda en poder del notario, mientras no muera.

⁷ Gaceta No. 61, expediente No. 1258-00, sentencia 10-07-01

⁸ Ossorio, Ob. Cit; Pág. 873



3.1. Seguridad

Exención de peligro o daño, es certeza plena, una firme convicción, confianza, garantía, ofrecimiento de cumplir o hacer para determinado plazo, esto es lo que significa seguridad, basado en esto se expone lo siguiente.

Es un elemento por demás importante en el instrumento público, y se exterioriza, por una parte, por el cuidado tan celoso de su conservación en el protocolo notarial del cual el notario es depositario; lo que hace casi imposible su pérdida, o deterioro, sin embargo, si ello sucediera, la misma ley prevé su reposición y así aquel subsistirá con sus mismo efectos legales.

Por otra parte, la seguridad interna se la dá el hecho mismo de ser autorizado por un profesional del derecho que conoce de su oficio y que sabe moldear las voluntades de los otorgantes; que es sumamente cuidadoso en su estructuración gramatical para evitar ambigüedades en su entendimiento; que aplica un lenguaje sencillo y claro pero técnico-jurídico, definiendo la figura jurídica que el negocio corresponde, adecuando y concatenando cada cláusula, reflejando el consentimiento y voluntad de los otorgantes, logrando en todo ello, una total eficacia legal del documento notarial.

Esta es la seguridad que lleva aparejada el instrumento público; así lo expresa el maestro Carlos Emérito González al asentar la formación del protocolo con todas las escrituras matrices, su cuidadosa guarda durante algunos años en la escribanía y luego en los archivos oficiales, hace poco menos imposible la pérdida de una escritura pública.

De ella se sacarán las copias que fueren menester y los intereses de los otorgantes quedarán suficientemente protegidos por mucho tiempo que trascurra brindándoles una mayor seguridad jurídica.



A esta parte de la seguridad del instrumento público, le llamaremos objetiva, porque se refiere al momento posterior al atoramiento y atañe más que todo, a la integridad material del aquel, vale decir su protección, conservación y perdurabilidad.

Pero además de la imposibilidad de la pérdida material, dá seguridad a las convenciones y negocios jurídicos, la confianza que involucra la presencia, redacción y configuración del acto por el notario autorizante.

La seguridad jurídica se basa en la confianza que refleja la sola presencia, conocimientos, capacidad y experiencia del notario; los cuales son elementos no tangibles; y por otro lado la redacción y configuración de la escritura del instrumento, lo cual es un elemento material.

Toda esta actividad se realiza en el mismo acto, por ello, esta actuación general igualmente seguridad porque impide un grado sumo la aparición de vicios de error, y de ignorancia de los cuales advertirá el fedatario al instante de su preparación.

Seguridad, para la sociedad, y para los interesados, porque en ella imperó el derecho traducido por el notario, como resultado de las voluntades de las partes que ante él se presentaron.

No obstante, debemos de entender que la seguridad a que nos referimos, es también parte de la seguridad jurídica que el estado quien tiene la obligación de procurar a sus habitantes y en la rama del derecho notarial, la cual se logra a través del notario.

Sin embargo, a ello nos referimos con más detalle, al tratar sobre la seguridad jurídica como rectora de la justicia y como principio legal, base de la relación ordenada de los hombres como entes sociales y más restringidamente, en sus relaciones contractuales.

3.2. Seguridad jurídica notarial

Todo Estado de derecho tiende inevitablemente a someter a todos los poderes públicos y a los ciudadanos al ordenamiento jurídico y al logro, mediante su aplicación de la seguridad jurídica.

El conjunto de normas de cada sociedad tiene como misión fundamental la de proporcionar un orden, una conducta social y un determinado proceder en la organización de las relaciones sociales.

El derecho nace para regular las relaciones humanas y siendo el hombre un ente social por naturaleza, tiende a relacionarse y en esa relación surge la lucha de intereses.

El derecho aparece como ordenación o delimitación de la esfera de actuación de cada uno, para hacer pacífica y ordenada la vida del hombre. Podría decirse con todo esto que el derecho es un sistema de seguridad de conductas.

La ordenación de la vida social que supone el derecho varía según los deferentes momentos históricos y todo va a depender de lo que en cada uno de ellos deba entender por justo o recto.

El momento actual, sitúa a la sociedad reclamando los principios de libertad y seguridad, de ahí que el derecho sea más que nunca un sistema de seguridad que garantiza la libertad del hombre.

"Seguridad y libertad son los dos ejes vitales del derecho, ambos conceptos son compatibles; y quien demanda libertad, pide seguridad que la garantice.

Estamos ante un principio de derecho que trasciende las normas concretas en el cual se expresa siempre necesariamente un orden de valores, de justicia material”.⁹

Es así un módulo de condensación de valores ético-sociales y centro de organización del régimen positivo de las instituciones y animados de su funcionamiento.

Sin certeza y seguridad jurídica no existiría justicia, la que también faltaría si no hubiera un orden. No hay posibilidad de llegar a la realización de los valores que exige la dignidad y la libertad del individuo en una sociedad en estado de anarquía.

La certeza y la seguridad jurídica son presupuestos ineludibles del bien general, y aún cuando sean valores de rango inferior a la justicia, condicionan la posibilidad de lograrla,

En un sentido objetivo, el contenido de la seguridad jurídica, permite que todo ciudadano tenga derecho a la constancia pública de sus situaciones concretas: a inscribir su nacimiento, matrimonio y otros, en el registro civil, inscribir sus inmuebles en los registros de la propiedad.

En este último aspecto, no olvidemos que el notario es muy anterior al Estado en el concepto y sentido que tiene hoy el Estado moderno. Especialmente, eran estas necesidades, y siguen siéndolo, las de dar seguridad jurídica mediante dotar de formas adecuadas a los negocios jurídicos, y al mismo tiempo de mediar en una sociedad pactista que, ella misma, va teniendo su derecho.

Debemos distinguir varias clases de seguridad jurídica y al hacerlo delimitaremos la que nos interesa:

⁹ Chico y Ortiz, José María. *El principio de seguridad jurídica*. Pág. 74.

La seguridad jurídica plena, soporte imprescindible de la justicia y del orden social, presenta dos caras, una atiende al aspecto dinámico de toda vida contractual, y por la otra cuida de las situaciones estáticas, que duran aunque en un momento dado pueden insertarse en aquella actividad contractual.

Por eso, en su doble actuación debe producir una armonización, nunca una contraposición entre uno y otro aspecto de la seguridad jurídica.

La situación jurídica, es reflejada en una imagen como una fotografía que recoge algo de cierto relieve jurídico, mayor o menor, si nos muestra como tal un propietario con su fundo, tenemos reflejada una situación jurídica de propiedad inmobiliaria.

A su vez, el hecho jurídico, lo explica Carnelutti como un filme, que nos refleja el tránsito de una situación a otra situación, distinta, ese tránsito se puede producir por la muerte del titular, que da lugar a la transmisión de su herencia, y nos muestra el cambio de sujeto producido ya sea en una determinada relación o en un conjunto de relaciones jurídica.

El hecho jurídico se produce también en virtud de ciertos contratos que modifican una situación jurídica dando lugar a otra distinta; así; en una situación inicial, vemos un propietario de un fundo determinado, y concluido el hecho jurídico nos aparece otra situación a la cual el propietario que tenía su propiedad libre de cargas nos aparece ahora con su propiedad gravada con una hipoteca, con un censo o servidumbre.

Nuestra función engarza la doble finalidad de salvaguardar armónicamente la seguridad, jurídica, entonces veamos cómo la función del notario debe también precaver la seguridad jurídica. La dinámica del hecho, que produce el tránsito de una situación a otra situación, requiere una seguridad jurídica en todos sus aspectos, que



allí donde funciona el notariado latino, su previsión y salvaguarda, es fundamentalmente misión y responsabilidad del notario.

La seguridad jurídica consiste en el logro de que el resultado jurídico corresponda, sin engaño, al fin lícitamente propuesto.

Esa seguridad jurídica precisa, en primer lugar, que la gente que contrata, sea fielmente informada de las normas de derecho que rigen las materia objeto del negocio que se pretende efectuar, que separa que debe hacer para obtener jurídicamente el resultado práctico que quiere conseguir, requiere también que se adopten las medidas que deban tomarse para que el resultado que se quiere no falle, ni sea defraudado.

La realización contractual, cuando presentamos nuestra intervención los notarios, el lado dinámico de la seguridad jurídica es de nuestra responsabilidad, pero resulta que estos negocios jurídicos, que genéricamente son, parten de una situación jurídica inicial que como hemos dicho, puede ser la de una propiedad libre o gravada de tal modo que de la exactitud de esa situación inicial, dependerá básicamente la seguridad jurídica del hecho negocial, al que damos forma, puesto que constituye uno de sus presupuestos.

De que manera el legislador ha procurado la satisfacción de este valor seguridad jurídica en materia de negocios jurídicos, varias instituciones jurídicas, constituyen la respuesta a esta interrogante, pero una fundamentalmente nos interesa en estas reflexiones; el instrumento público.

Seguridad jurídica es la que persigue el legislador, al imponer como forma forzada la del instrumento público notarial para los negocios jurídicos, en primer lugar que este negocio jurídico nazca a la vida jurídica carente de vicios determinantes de nulidad, si no nace a la vida jurídica el instrumento no vale..



El notario realiza tareas de, asesoramiento, informando a las partes negociales respecto de los efectos jurídicos de cada contrato, calificación, encuadrando la voluntad del cliente, ajustando al ordenamiento jurídico la voluntad y evitar la nulidad del mismo, con ello nace una presunción de legalidad, para lo cual el notario debe estudiar el caso, antes de dar un asesoramiento al cliente, para brindarle seguridad en los negocios que este realice, por lo que es necesario que el notario tenga conocimiento de las leyes aplicables a cada caso

Al proceder el notario a la elaboración física del instrumento público también asume la responsabilidad de imprimirle seguridad jurídica y ello tiene mucha relación con el lenguaje claro pero técnico-jurídico que utilice así como de los auxiliares tecnológicos, pero estos aspectos deberán conjugarse perfectamente con los principios que inspiran su noble labor y lograr siempre la seguridad jurídica que debe prevalecer en el instrumento público.

Para entender mejor la seguridad jurídica que conllevan los instrumentos públicos autorizados por un notario habilitado y dotado de fe pública estudiaremos el instrumento público.

3.3. Instrumento público

3.3.1. Etimología

Voz latina de instruere que significa: instruir o enseñar; y se refiere a todo aquello que sirve para dejar constancia o fijar un conocimiento. Partiendo de su etimología, instruir como sinónimo de enseñar, aleccionar, adoctrinar e informar, aporta muy poco, sin embargo en sentido general se refiere a la escritura o al documento autorizado por un notario, en Guatemala se usa en lugar de instrumento la palabra documento público autorizado por autoridad pública o notario.



La palabra instrumento se encuentra en decadencia en Hispanoamérica y ha sido sustituida por documento, ya que en otras acepciones instrumento significa medio, y así se habla de instrumentos de delito, instrumentos de labranza, deportivos y otros, en Guatemala se hace uso de los dos como sinónimos, predominando el de documento, y en algunos casos llamándole por escritura pública, acta notarial, legalización de firma, legalización de documentos, quienes usan estos vocablos comúnmente son los clientes .

La palabra documento se deriva de la lengua indo-europea, madre de caso todas las lenguas europeas, con excepción del vasco, finlandés y húngaro, existía la palabra Dekos empleada por lo general en las esferas religiosas, denotaba el gesto de las manos extendidas, tanto para ofrecer como para recibir.

De la raíz dek, dok o doc nacen varias palabras, entre ellas el verbo latino doceo, y de este el vocablo documentum, con tres acepciones primarias, aquello con lo que alguien se instruye, aquello que se refiere a la enseñanza, aquello con que se enseña.

El mismo origen tienen las palabras doctor, doctrina y docente, las cuales están impregnadas por el significado enseñanza.

3.3.2. Documento público

Es todo escrito en que se hace constar una disposición o convenio o cualquier hecho, para perpetuar su memoria y poderlo acreditar cuando convenga.

Documento público es el otorgado o autorizado, con 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.



Documentos privados; son los que extienden las partes sin intervención ninguna notario, funcionario o empleado público, en ejercicio de sus funciones.

3.3.3. Definición de instrumento público

El documento público autorizado por notario, producido para probar hechos y solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar sus efectos, encontrando el fundamento en el Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco.

“Dentro del enfoque jurídico general realizado en la voz genérica instrumento, importa destacar su clasificación esencial y caracterizar sus especies.

En tal sentido, los instrumentos se dividen, principalmente, en privados y públicos, siendo los privados los escritos por particulares sin intervención de 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 públicos, a la inversa, los que están autorizados por notario o escribano o por alguno de los funcionarios antes citados.

Así, se tendrán por públicos, tomando como punto de referencia la legislación habitual; las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley.

Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma determinada por las leyes; los asientos en los libros de corredores, en los casos y forma establecidos en el Código de Comercio; las actas judiciales hechas en los expedientes por los respectivos escribanos y firmada por las partes, de acuerdo con lo preceptuado en las leyes procesales, así como las copias de esas actas sacadas por orden del juez ante quien pasaron.

Conviene advertir que la relación consignada es meramente orientadora, porque en otras legislaciones puede cambiar la enunciación.

En cualquier supuesto, 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 esta 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. " ¹⁰

Es el documento notarial autorizado a instancia de parte, en el que conste un hecho jurídico o una relación de derecho.

También instrumento público es el documento autorizado por notario en el 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.

"En orden general, instrumento es el escrito con que se justifica o se prueba un hecho o un derecho. En sentido jurídico es todo lo que sirve para instruir una causa, o lo que conduce a la averiguación de la verdad, según la acepción académica, instrumento proviene de instrumentum, que significa escritura papel o documento con que se justifica o prueba una cosa.

En sentido propio y riguroso no se entiende por instrumento sino el escrito en que se perpetúa la memoria de un hecho, el papel o documento con que se justifica o prueba alguna cosa, la descripción, memoria o nota de lo que uno ha dispuesto o ejecutado o de lo que ha sido convenido entre dos o mas personas". ¹¹ La forma que con más frecuencia se utiliza para la celebración de actos jurídicos es la escrita, a la que se puede recurrir mediante dos clases de instrumentos, públicos y privados.

¹⁰ Ossorio, Ob. Cit; Pág. 501

¹¹ Neri, Ob. Cit; Pág. 5

3.3.4. Fines del instrumento público

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

Tradicionalmente se ha contemplado el instrumento público únicamente en su aspecto meramente adjetivo, es decir, como forma y como prueba. La prueba preconstituida, el de dar forma legal y el de dar eficacia al negocio jurídico.

Como queda establecido, sobre los aspectos de forma y de prueba, quedan enmarcados los fines del instrumento público y no podía ser de otra manera, ya que de lo que se trata al autorizar un instrumento es darle forma a la voluntad de las partes, y que esa voluntad plasmada en el elemento papel sirva de plena prueba.

3.3.5. Características del instrumento público

Si por carácter ha de entenderse el conjunto de circunstancias o rasgos con que una cosa se da a conocer distinguiéndose de las demás, el instrumento público posee varias que le individualizan muy significativamente, y se al instrumento le falta una de ellas, pierde su validez como instrumento, entre las cuales están:

- a) Garantía, b) Credibilidad, c) Firmeza e irrevocabilidad,
- d) Ejecutoriedad, e) Fecha cierta, f) Seguridad.

3.3.5.1. Garantía

Es garantía para el cumplimiento de los convenios, el Estado no sólo debe actuar ante la 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, 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.

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 autoriza se estaría dudando, según la legislación guatemalteca los instrumentos públicos producen fe y hacen plena prueba, Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.3.5.2. 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 una credibilidad excepcional la que beneficia a los actos auténticos, que se afirma en dos direcciones:

- a) En cuanto al origen del acto porque se presenta bajo al auspicio de signos exteriores públicos como por ejemplo, sellos, timbres, firma del notario y otras. La apariencia es tan elocuente que se considera que responde a la realidad, lleva un uniforme con que va revestido, va en ello el interés de la sociedad misma.
- b) En cuanto a las enunciaciones contenidas en el acto, esa veracidad lo impone por sí mismo en las relaciones jurídicas y esa función se llama autenticación.

La fe pública de la que está investida el notario, supone la veracidad del instrumento, sin perjuicio que las partes puedan reargüirlo de nulidad o de falsedad, para hacer esta reclamación no deben de pasar cuatro años.



3.3.5.3. Firmeza e irrevocabilidad

Consiste en que una vez autorizado por el Notario el instrumento público obliga a su cumplimiento, la irrevocabilidad consiste en que no hay autoridad superior ante la cual puedan acudir las partes contratantes para dejar sin efecto, el instrumento público.

Sabemos que el instrumento puede ser redargüido 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 caber, 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, es contrario a lo que sucede con la sentencia, la cual es modificable, revocable, por apelación del tribunal de alzada.

Para revocar un instrumento público se puede hacerse de la siguiente manera:

- a) En forma voluntaria; cuando las partes interesadas desean rescindir el contrato.
- b) En forma forzosa: esto se da por medio de sentencia de tribunal competente.
- c) Por nulidad.
- d) Por falsedad.
- e) Por resolución.

3.3.5.4. Ejecutoriedad

Es la cualidad del acto en virtud de la cual el acreedor o sujeto agente puede, caso de inobservancia del obligado, obtener la ejecución de su derecho mediante la fuerza. En Guatemala, el Código Procesal Civil y Mercantil, les confiere la calidad de títulos ejecutivos a los testimonios de las escrituras públicas, el Artículo 327 numeral 1º



también regula que procede la ejecución en caso de transacciones celebradas en escritura pública, el Artículo 294 numeral 6º; expresa que la fuerza ejecutiva viene aneja a la escritura pública, trae aparejada la ejecución por su carácter indubitable.

Esta característica va implícita en el instrumento público, porque conforma plena prueba sin necesidad de verificación, comprobación o complementación judicial, esta última se da cuando es un documento privado y debe tener un reconocimiento judicial, o firma legalizada.

3.3.5.5. Fecha cierta

Esta característica es muy importante, ya que dependiendo de la fecha se determina la capacidad civil de los contratantes, la personería y otros, no hay forma de establecer estas circunstancias sino a través del instrumento público.

Solo 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.

En Guatemala, esta característica, tiene total aplicación, ya que entre los requisitos que deben contener los instrumentos públicos, está la fecha, incluso también en los testamentos y donaciones por causa de muerte, también debe figurar la hora del otorgamiento.

Estas son formalidades esenciales, según lo estipulan los Artículos 31 y 44 del Código de Notariado, el notario en ningún caso puede antedatar o posdatar una escritura, ya que incurriría en el delito de falsedad, tipificado en el Código Penal guatemalteco, y obteniendo una sanción agravante por ser un funcionario público, obteniendo además, inhabilitación para ejercer.



3.3.5.6. Seguridad

Esta característica tiene relación con el protocolo, ya que garantiza que el instrumento público pueda reponerse en cualquier tiempo en caso de pérdida.

Esta es una garantía o principio 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, esto lo regulan los Artículos 23, 24, 25 y 81 numeral 1 del Código de Notariado.

3.3.5.7. Valor

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

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.

3.3.6. Clases de instrumentos públicos

- a) Principales o dentro del protocolo.
- b) Secundarios o fuera del protocolo.



Principales: los que van en el protocolo, como condición esencial de validez, por ejemplo:

- a) La escritura pública o matriz
- b) Acta de protocolización.
- c) Razones de legalización de firmas.
- d) La transcripción del acta notarial que autoriza el testamento comuna cerrado.

Secundarios: Los que van fuera del protocolo, esta no se redactan dentro del protocolo, como por ejemplo:

- a) El acta notarial.
- b) Acta de legalización de firmas.
- c) Acta de legalización de fotocopias.
- d) También se pueden mencionar los asuntos de jurisdicción voluntaria.

3.3.7. Formalidades del instrumento público

Las formalidades del instrumento público se encuentran reguladas en el Artículo 29 del Código de Notariado:

- a) El numero de orden, lugar, día, mes y año del otorgamiento.
- b) Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes.
- c) La fe de conocimiento de las personas que interviene en el instrumento, y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles.
- d) La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente.



- e) Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro, describiéndolos e indicando lugar, fecha y funcionario o notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio, par el acto o contrato.
- f) La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignore el idioma español, el cual de ser posible deberá ser traductor jurado. Si el intérprete no supiere o no pudiere firmar, lo hará por él, un testigo.
- g) La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato.
- h) La fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que corresponda, según la naturaleza del acto o contrato.
- i) La transcripción de las actuaciones ordenadas por la ley o que a juicio del notario, sean pertinentes, cuando el acto o contrato haya sido precedido de autorización u orden judicial o preceda de diligencias judiciales o administrativas.
- j) La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación.
- k) La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos.
- l) Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedida de las palabras ante mí.

Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto, otro que especificará el notario firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio notario fuere el otorgante pondrá antes de firmar, la expresión por mí y ante mí:

Del estudio y lectura del Artículo 29, se desprende que las formalidades que tiene reguladas son para la escritura pública y que éstas formalidades, no se aplican para



actas notariales, actas de protocolización, actas de legalización y razones de legalización.

Por lo tanto el ordenamiento jurídico notarial reconoce plenamente a la escritura como instrumento, mientras que la doctrina es mucho más amplia pues incluye actas.

También es importante resaltar que el Artículo 12 que regula la razón de cierre, utiliza como sinónimo de 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.

Por otro lado 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 el protocolo y se incluyen en el índice. Excluyendo las actas notariales que se redactan en papel bond.

En conclusión podemos afirmar que en Guatemala, el instrumento público por disposición legal es la escritura pública, se le tiene como sinónimo de documento público y que, cuando en el índice, se refiere a instrumento público incluye escrituras, protocolaciones y tomas de razón de legalización.

Por tal circunstancia, ante la falta de claridad legislativa, podemos referirnos a ellos como instrumentos públicos, como documentos públicos y como documentos notariales.

Como instrumentos apegándonos a la doctrina y como documentos notariales, los que según el estudio no tengan calidad de tales. Escrituras públicas son aquellas escrituras que otorgan los escribanos de registro o sus sustitutos legales.



3.3.8. Elementos personales del instrumento público

Es importante aclarar el significado de: sujeto, parte otorgante, compareciente y requirente, que en la práctica notarial se confunden, aunque debemos reconocer, que las figuras que más se utilizan son; parte, compareciente y otorgante en la escritura pública y requirente en el acta notarial.

3.3.8.1. Sujeto

Es la persona que se ve afectada en su patrimonio en virtud del otorgamiento de una escritura, puede ser que el acto jurídico produzca menoscabo o incremento o alteración en el patrimonio, pero siempre repercute en su esfera jurídica.

Se puede afirmar que sujeto es el titular de un derecho u obligación, el sujeto del derecho, es una persona determinada susceptible de derechos y obligaciones.

3.3.8.2. Parte

Es la persona o personas que representan un mismo derecho, frecuentemente utilizamos este término para señalar a él o los sujetos del derecho, que están creando, modificando o extinguiendo una obligación, si fuere el caso de un contrato.

La parte puede ser una sola persona o un grupo de personas que representan un mismo derecho. En la compraventa, cuando son dos o más los vendedores, éstos son una sola parte.

El otorgamiento corresponde a las partes; por medio de él, realizan un doble acto: aceptan lo que le notario les hace decir en el texto de la escritura como contenido de



fondo; simultáneamente conforman el modo en que está redactada la expresión de voluntades.

3.3.8.3. Otorgante

Es quien da el consentimiento, quien directa y personalmente realiza el acto jurídico, es quien otorga; la parte que contrata en un documento público.

Desde luego el otorgante no siempre actúa en nombre propio, sino también lo puede hacer en representación de una sociedad u otra persona. En este caso, el apoderado o representante es el otorgante.

3.3.8.4. Compareciente

En sentido amplio, el compareciente es cualquier persona, y no sólo quien requiere al notario, es también quien comparece e interviene en el instrumento público, entre ellos los testigos, traductores o intérpretes.

Al compareciente también se le denomina concurrente, ya que no se obligan dentro del instrumento notarial, sólo asisten al otorgamiento.

El compareciente pertenece al mundo de los hechos, la parte pertenece al del derecho, por ejemplo cuando este ha presenciado un hecho en donde se requiere su testimonio, cuando no existen documentos que acrediten la propiedad del cliente, y este sabe y conoce que la propiedad fue heredada o que era de los padres, incluyendo a los abuelos, que tiene tantos años de vivir en ese lugar, esta es la función del compareciente. En Guatemala se le conoce como testigos de asistencia, porque solo tienen conocimiento de un hecho.



3.3.8.5. Requirente

En el acta notarial, es quien pide al notario que actúe, es quien solicita sus servicios, es quien comparece en el acta, puede actuar en nombre propio y representando a otra persona.

Acto por el que se estima a alguien para que haga o deje de hacer una cosa, o el aviso, manifestación o pregunta que se hace generalmente bajo fe notarial, a alguna persona, exigiendo o buscando de ella que exprese y declare su actitud o su respuesta.

El notario no puede actuar de oficio, de acuerdo a lo establecido en el Código de Notariado, tiene que ser requerido, de lo contrario no puede actuar.





CAPÍTULO IV

4. Análisis Jurídico y Doctrinario de la importancia de la reposición de protocolos en Guatemala para garantizar una debida seguridad jurídica

4.1. Pérdida o destrucción del protocolo

No obstante al cuidado y diligencia que pueda tener el notario en la conservación del protocolo, pueden ocurrir casos inevitables que originen pérdida, deterioro o destrucción de éste ocasionándose de tal hecho, graves daños y perjuicios a los otorgantes pues es indiscutible el valor jurídico de los instrumentos públicos que contiene el mismo.

Tomando en cuenta que, la pérdida del protocolo causa inseguridad, intranquilidad, desconfianza, e incertidumbre a los otorgantes, ante estas circunstancias, el Estado trata de solucionarlos en la medida de sus posibilidades, estableciendo normas jurídicas que hagan efectiva la reconstrucción del mismo.

Esta regulado en el Código de Notariado, en el Artículo 90 a través de un juicio ordinario, aplicando supletoriamente el Código Procesal Civil y Mercantil.

El notario es depositario del protocolo y responsable de su conservación, y por lo mismo, no puede apartarse ni quitarse la responsabilidad de custodiar, guardar y conservar adecuadamente el protocolo, del cual es depositario por mandato lega.

Existen circunstancias, ajenas o voluntarias, que pueden ocasionar la pérdida, destrucción o deterioro de uno o todos los instrumentos públicos del protocolo e



incluso de las protocolaciones relacionadas con dichos instrumentos, obligando su reposición por el procedimiento previsto legalmente.

4.1.1. Pérdida del protocolo

El protocolo notarial puede perderse, esto es, que el notario deja 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 propia causa involuntaria.

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 y la fuerza mayor; los tratadistas han pretendido distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor. Unos los diferencian por su causa, entendiendo por caso fortuito el que procede de accidentes naturales, y por fuerza mayor la que es debida a la volunta de un tercero.

Los efectos según recaigan sobre la prestación o la cosa a que la obligación se refiere, o sobre la persona del obligado, el caso fortuito alude a la imprevisibilidad y la fuerza mayor de la inevitabilidad.



Se define la fuerza mayor 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.

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 involuntaria 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 pagos judiciales que dejan la posibilidad que en el curso del traslado se pierda.

4.1.2. Destrucción del protocolo

La destrucción del protocolo, total o parcialmente, produce incertidumbre y perturbación en las personas interesadas en algún instrumento público o sus atestados, en el contenido, porque las actuaciones realizadas desaparecen y la reposición puede que no se logre a cabalidad, especialmente cuando se trata de situaciones creadas, como puede ser un testamento o una donación por causa de muerte.

Con la destrucción de un instrumento público que contenga uno u otro acto de voluntad, existiendo uno anterior, hace que el nuevo, si es que existe, pueda destituir al heredero o incluso provoque situaciones anómalas de intestado.



4.1.2.1. Causas naturales

El papel especial para protocolo, aún con las seguridades para su fabricación, puede destruirse por causas naturales, y aprovechando las ideas y recomendaciones de Carlos Augusto Sánchez Morales: “La destrucción del papel o de un libro se deben a causas endógenas y exógenas, señalando las siguientes:

- a) Causas endógenas implícitas en los materiales con que se elabora el papel, el autor citado afirma que cuanto más baja sea la calidad de los componentes del papel, mayores serán las causas internas que harán al material que lo componen para comprobar su rendimiento, su destino y el uso para el cual sea usado y que todas ellas puedan causar fallas en el papel y los usos para los cuales está destinado, pues no cualquier papel puede tener las mismas características o usos que otros.
- b) Causas exógenas coadyuvantes de la destrucción del libro. Se afirma que el papel de un libro está sujeto a muchos factores de destrucción, siendo uno de los más importantes la humedad que produce efectos destructores directos e irremediables; en menor grado aparece el daño ocasionado por la luz solar y la temperatura,

4.1.2.2. Causas artificiales

De acuerdo a que el papel empleado para el protocolo es especial, se parte del supuesto que su calidad es superior al de otras clases; pero ello no evita que las causas analizadas en el punto anterior no influyan en su destrucción cuando existe el ánimo o el deseo, no escapa la posibilidad que quien solicita la fabricación del papel especial para protocolos, su fabricante o el notario que lo usa, puedan participar de alguna manera en ciertas causas que puede provocar la destrucción de dicho papel.



Al analizar las causas endógenas, estas pueden corresponder a quien, como se dijo, solicita la fabricación del papel o al fabricante quien, conforme las especificaciones que le sean dadas así lo fabricará o bien, incluirá materiales de menor calidad o defectuosos.

Respecto a las causas exógenas, el asunto es más delicado pues la manipulación del papel especial de protocolos está situada entre quien lo distribuye y quien lo usa; esto es; si se produce alguna de las causales será por el mal manejo que se haga del papel e incluso, la intencionalidad que pueda existir para que se deteriore y posteriormente destruya.

Una condición especial de análisis de las causas exógenas, la tiene las señaladas como físicas, químicas, biológicas y sociales porque la persona que tiene a su cargo la guarda y custodia del papel antes de entregarlo al notario, y éste mismo, pueden ejercer alguna de esas acciones con la finalidad para que se destruya, como puede ser se lo coloque en lugares donde el clima, el viento, el agua, los gases contaminantes de la atmósfera, el vapor de agua y humedad, la luz solar, el fuego, los hongos, los insectos y roedores, el uso indebido, los daños de propósito, la depredación u otros pueden afectarlo y hacerlo irremediablemente destruíble.

Asimismo, deben mencionarse los casos de destrucción cuando por reproducir algún instrumento, se utiliza fotocopiadora, o el caso que eventualmente, estando abierto físicamente el protocolo el viento conduce a una o varias hojas de éste a la calle, o haya derramado materiales corrosivos o que a consecuencia de estos acontecimientos resulten mutiladas la hoja.

En el caso del notario, como depositario del protocolo, tiene la obligación de conservarlos, cuidarlos con esmero y responsable, pues ello lo hace posible responsable del delito tipificado en el Artículo 327 del Código Penal el cual establece:



Quien destruya, oculte o suprima, en todo o en parte, un documento verdadero, de la naturaleza de los especificados en este capítulo, será sancionado con las penas señaladas en los Artículos anteriores, en sus respectivos casos.

En igual sanción incurrirá quien, con ánimo de evadir la acción de la justicia, realizare los hechos a que se refiere el párrafo anterior sobre documentos u objetos que constituyan medios de prueba.

4.2. Depósito del protocolo

Principiaremos diciendo que el notario no es propietario del o los protocolos, ya que únicamente es depositario del mismo y responsable de su conservación. El hecho que sea él quien adquiera o compre el papel, no lo hace propietario del mismo.

La ley guatemalteca menciona los casos de depósito del protocolo, algunos en forma temporal y otros en forma definitiva, por lo que puede hablarse de entrega, siendo los siguientes:

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

Cuando es por ausencia del país el notario debe dejar depositado su protocolo en otro notario, hábil, dando un aviso firmado y sellado por ambos notarios al Archivo General de Protocolos. En estos casos el notario al cual le queda en depósito el protocolo, puede extender las copias o testimonios que fueran necesarias, ya que tiene facultad



par ello, ningún otro notario podría hacerlo, pero desde luego no podrá autorizar escrituras en ese protocolo que le ha sido depositado.

Mientras dure la ausencia del notario depositante, del depositario es responsable de la guarda y custodia de ambos protocolos, ya que la ley exige que sea también un notario hábil.

Cuando es ausencia del país por más de un año; el protocolo debe depositarse en el Archivo General de Protocolos, directamente si es en la capital, o por medio del Juez de Primera Instancia en los departamentos, quien lo debe remitir al Archivo.

En estos casos el Director del Archivo General de Protocolos, es el único facultado para extender copias y testimonios de los instrumentos públicos.

Cuando el notario quedare inhabilitado por cualquier causa, debe entregar sus protocolos al Archivo General de Protocolos en la capital, o por medio del Juez de Primera Instancia en los departamentos, para que estos lo remitan al Archivo, siendo el Director del Archivo General de Protocolos, el que tendría las facultades de extender las copias y testimonios que le sean requeridas.

Si un notario voluntariamente decide dejar de cartular también puede hacer la entrega de los protocolos al Archivo, podría darse el caso que por su edad, alguna enfermedad, o porque simplemente no desee seguir ejerciendo tome tal decisión. Desde luego en los casos anteriores los protocolos serán devueltos por requerimiento personal del notario depositante al quedan sin efecto la causa que motivó el depósito.

Cuando se da el fallecimiento del notario, los albaceas, herederos, parientes o cualquier persona que tuviera en su poder protocolos de un notario fallecido, deben depositarlos dentro de los treinta días siguientes al fallecimiento al Archivo General de



Protocolos, si fuera en la capital; al Juez de Primera Instancia si estuviera en una cabecera departamental, o alcalde, si estuviese en un municipio; en esos casos, estos funcionarios deben remitirlo dentro de los ocho días siguientes del depósito al Archivo General de Protocolos.

4.3. Deterioro del protocolo

De la misma forma en que el papel del protocolo puede destruirse y el contenido escrito en él desaparezca, las causas endógenas y exógenas citadas por Carlos Augusto Sánchez, pueden aplicarse al caso del deterioro del protocolo, total o parcialmente, más deben considerarse con especialidad las causas físicas como el clima, el agua, el viento, la temperatura, la humedad, la luz solar, los gases contaminantes, las bacterias, los hongos, los insectos y roedores.

Ahora bien, para que el deterioro se produzca en el protocolo, en su totalidad o bien parte, han de mediar esas causas o bien las que se relacionan con el ánimo o deseo de que se produzcan, tal como se postula en cuanto a la pérdida o destrucción.

4.4. Obligaciones y responsabilidades del notario

En notario, regula el Artículo 18 del Código de Notariado, mandará a empastar el protocolo, la finalidad del empaste del protocolo es proteger los instrumentos públicos y conservarlos adecuadamente, fuera de evitar que pueda insertarse o suprimirse folios o atestados no correspondientes al mismo.

La norma obliga al notario a empastar el protocolo dentro de los treinta días siguientes a su cierre, con lo cual se pone en evidencia la manifiesta preocupación por evitar cualesquiera manipulaciones o alteraciones en su contenido.



El protocolo, aun cuando no se especifica en el Còdigo de Notariado, debe empastarse año por año, y si el volumen fuere superior al que soporta un libro normal, empastarlo por tomos, pero en ningún caso, han de empastarse varios años en un solo tomo, pues ello, perjudica la consulta y la seguridad de los instrumentos pùblicos.

4.5. Reposición del protocolo

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

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

La conservación representa mayor responsabilidad del notario porque de perderse, destruirse o deteriorarse completamente, aún cuando el Còdigo de Notariado menciona diversos medios para reponerlo, el daño y perjuicio causado a las partes o a la sociedad, està consumado y existe la posibilidad de no poder reponerse totalmente, circunstancia que, como postula el Artículo 94 del Còdigo de Notario.

Es poco probable reponer el protocolo, porque es difícil obtener un consenso, comparecencia de otorgantes o probar con suficiencia la existencia de un instrumento pùblico, facultando a los interesados acudan al proceso ordinario, donde las partes contrarias pueden negar actos o hechos y ejercitar cualquier medio de defensa para evadir alguna obligación que contuviera el instrumento.



Además el Artículo 95, menciona la posibilidad, contrario sensu, de desacuerdo entre otorgantes que no permite reponer un instrumento perdido o inutilizado. La duda, entonces, de cómo reponer la totalidad del protocolo perdido, destruido o deteriorado no ha sido suficientemente tratado en la ley y merecería atenderse para tratar de solventar la deficiencia.

4.6. Aviso de pérdida, destrucción o deterioro 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 cuando estipula: 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 reposición.

Este párrafo permite deducir que la pérdida, destrucción o deterioro fue por causas voluntarias no imputables al notario, involuntarias o naturales, y que el notario no participó en ellas. La redacción del Artículo es desafortunada porque fue utilizado 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.

El párrafo es oscuro y ambiguo porque establece que el notario ha de avisar al Juez de Primera Instancia de su domicilio, tampoco es claro ni preciso en cuanto al ramo del Juez de Primera Instancia, porque queda la posibilidad que la pérdida, destrucción o deterioro haya sido consecuencia de una acción delictiva y no solamente por situaciones involuntarias o naturales.

Desde otro punto de vista, el párrafo es inadecuado en su redacción; si el notario se enteró de la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo y conoce quien pudo



intervenir o participar, conjuntamente al inicio del procedimiento de reposición ha de denunciar ante el Ministerio Público el suceso para que inicie la investigación procedente.

El segundo párrafo regula lo siguiente:

Las personas que, según el Código Penal, pueden denunciar un delito público tienen también derecho de poner en conocimiento del Juez, el hecho que haga necesaria la reposición del protocolo.

Deriva del párrafo transcrito que si existe o, al menos, se presumen, que el notario u otra persona ajena al mismo, participó o intervino en la pérdida destrucción o deterioro del protocolo y, por ello, faculta a las personas interesadas y afectadas a que ejerciten la facultad de denunciar que el Código Procesal Penal, les permite e instar que el Ministerio Público investigue el hecho.

4.7. Averiguación jurisdiccional

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 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.

El Artículo esta inadecuadamente redactado; además no se trata de solo averiguar la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo sino de reponerlo e instar la persecución penal, caso de deducirse la comisión de un delito pero, lo más grave estriba que no

regula el tipo de proceso que se ventilará la averiguación, de esa cuenta analizar los procedimientos que el Código Procesal Civil y Mercantil tiene instituidos y pueden aplicarse o utilizarse:

- a) El proceso sumario: El Artículo 229 numeral 4º del Código Procesal Civil y Mercantil, establece que procede cuando se trata de deducir responsabilidad civil contra funcionarios y empleados públicos, siempre que la ley lo establezca expresamente.

Si se considera al notario como funcionario público, según la definición del Código Penal, puede darle el empleo del proceso sumario.

- b) Jurisdicción Voluntaria: El Artículo 401 del Código Procesal Civil y Mercantil incluye todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

El Artículo 402 del mismo Código, indica el principio general para obtener el otorgamiento de autorizaciones judiciales y todo lo que no esté especialmente reglamentado.

Sin embargo, este procedimiento requiere la intervención del Ministerio Público y que no se promueva cuestión entre partes determinadas.

Si se interpreta el Artículo 94 del Código de Notariado aparece que esta última condición si se produce en caso que hubiese desacuerdo en los otorgantes o no fuere posible su comparecencia, dando ocasión a la posibilidad de un proceso ordinario, lo que también prevé el Artículo 404 del Código Procesal Civil y



Mercantil caso de producirse oposición de tal manera que este tipo de procedimiento es relativamente utilizable.

- c) El Artículo 96 del Código Procesal Civil y Mercantil estipula que las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en ese Código, se ventilarán en juicio ordinario.

La norma del Código de Notariado comentada, no indica qué tipo de proceso ha de promoverse y seguirse para reponer el protocolo perdido, destruido o deteriorado total o parcialmente, y si bien establece en el Artículo 94 que cuando las partes otorgantes no estuvieran de acuerdo con los puntos que contenían las escrituras que les interesan o no fuere posible hacer comparecer a los otorgantes, deja abierta la posibilidad para que acudan ante el juez competente para hacer valer sus derechos en la vía ordinaria.

La redacción del Artículo comentado también es deficiente, ya que se estima existe la posibilidad, además de la iniciación de la investigación penal, para promover el procedimiento de reposición del protocolo perdido, destruido o deteriorado por medio del proceso ordinario, toda vez que el sumario es para deducir la responsabilidad del notario y el voluntario, cuando no haya necesidad de dar intervención a otra persona, es decir para ciertos actos, en que el protocolo notarial no contengan instrumentos públicos por reponer o el caso señalado en el Artículo 96 del Código de Notariado.

El hecho fundamental es que debe reponerse el protocolo y ello, ante el tiempo que tiene instituido el proceso ordinario, es largo y las partes interesadas tienen que esperar que los derechos o las obligaciones formalizadas derivadas de actos y negocios jurídicos otorgados, deban tramitarse hasta que se concluya el proceso.

Preferible es, ante esa disyuntiva, que la norma comentada sea reformada e instituir el tipo de proceso que debe emplearse para reponer el protocolo.

4.8. Procedencia de la reposición y medios materiales para reponer el protocolo

El Artículo 92 del Código de Notariado establece un procedimiento con posterioridad a la declaración judicial de reposición del protocolo perdido, destruido o deteriorado, la norma se va a dividir en partes para su mejor comprensión:

- a) 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; el 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 del tal suerte que es prudente reformar el párrafo comentado en este sentido.

- b) En caso que dichos testimonios no existieren en el Archivo General de Protocolos, por cualquier motivo, se pedirán las copias que hubiese en el Registro de la Propiedad.



El párrafo del segundo del Artículo en mención es insuficiente 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 Registros de la Propiedad, pues hay otros que han de inscribirse en el Registro Civil ó Mercantil, u otros señalados por la ley,

De ahí que esta parte de la norma también merece reestudio y nueva redacción y aprovechar el contenido del Artículo 93 del Código de Notariado, puesto que se repite la misma condición del Registro de la Propiedad y omite a los otros registros.

- c) 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 párrafo del segundo párrafo del Artículo comentado, estriba en determinar si el notario expidió o no antes de la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo, testimonios o copias de las escrituras públicas autorizadas a las dependencias correspondientes, generando la imposibilidad ue los otorgantes o interesados puedan presentarlos al órgano judicial.

Por otro lado, es sabido que el Diario de Centro América, tiene poca edición diaria y se consume la mayor parte de ella en la ciudad capital, así como que la consulta que de él puede hacerse es por pocas personas y no la mayoría de la población, circunstancia que también es dudosa, respecto al diario de mayor circulación en la localidad, para que surta efectos la publicación debe hacerse en

el diario de mayor circulación pero en la población donde se lleve a cabo el trámite.

Respecto a esta último extremo se hace la observación que los diarios de mayor circulación son editados, por lo regular en la ciudad capital y es en ésta donde más circulan, lo que puede impedir que otorgantes e interesados residentes en los departamentos o municipios de la República no lleguen a tener conocimiento de la cita.

- d) Si existiere el testimonio del índice del protocolo, que trata de reponerse, los avisos contendrán la nómina de los otorgantes.

Respecto a este párrafo, cabe hacer mención de lo expuesto en lo referente a los testimonios especiales, para determinar quienes son los otorgantes que aparecían en el protocolo a reponerse.

- e) El Artículo 94 del Código de Notariado, sitúa la imposibilidad de obtener los medios materiales para reponer el protocolo, cuando regula que: 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.

Como se aprecia el Artículo tiene dos partes, una en la que se omite a los otorgantes y hablar únicamente de los interesados, en el caso de que faltare alguna escritura para que en caso no posean testimonio o copia de la misma, en declaración prestada ante el Juez ante quien se sigue el proceso de reposición, indiquen el contenido del acto o negocio en que intervinieron como otorgantes o



que tiene interés se reponga, pero ello es una situación caracterizada por la subjetividad de quien declara en su favor acerca de los hechos que le fueran inquiridos.

La segunda parte se relaciona con el desacuerdo que pueda existir entre los otorgantes o la incomparecencia a la citación que se les haga por el Juez del proceso a declarar acerca del contenido de la escritura pretendida reponer.

El caso es, como se dijo, que puede existir manifiesta subjetividad a incluso negación a participar en algo que conviene o afecta y, por lo mismo, provocar incertidumbre o falta a la verdad de los actos y negocios jurídicos que se hubieran formalizado en el protocolo, perdido, destruido o deteriorado, fuera que el tiempo transcurrido entre el acto notarial, y cuando se declara puede ser poco o mucho y hacer que se desvanezca en la memoria alguno de esos hechos.

Es decir, el testimonio que puede prestarse puede aducirse interesado, poco veraz e incluso falso, dándole una inseguridad jurídica a la reposición del protocolo.

Preocupa también en el párrafo comentado el hecho que los otorgantes no convengan acerca del contenido de la escritura perdida, destruida o deteriorada o incomparezcan a la cita judicial, abriendo la posibilidad que el interesado en la reposición tenga que promover un proceso ordinario para que se declare su derecho. Esto trae la consecuencia de un engorroso trámite que, por las amplias facilidades de defensa que puede tener el otorgante contrario, hagan nugatorio el proceso.

- f) La última, norma relacionada con la reposición del protocolo es la contenida en el Artículo 95 del Código de Notariado: 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.

El Artículo, no otorga mucha confianza y seguridad de que se obtendrán todas y cada una de las escrituras públicas autorizadas por el notario que se hubiesen perdido, destruido o deteriorado, pues incluye todos los medios señalados en la ley para el efecto; pero, deja alguna en cuanto a aquellos actos o negocios jurídicos en que los otorgantes no estuvieran de acuerdo o que se deban ventilar en proceso ordinario.

4.9. Gastos y costos de la reposición

El Artículo 97 del Código de Notariado, es injusto al establecer que los gastos ocasionados en la reposición del protocolo serán a cargo del notario y éste a su vez, podrá repetir contra la persona que resulte culpable de la pérdida, destrucción o deterioro.

Como se explicara existen diversas causas por las cuales se puede perder, destruir o deteriorar el protocolo, si esas causas no son imputables al notario cada quien, como otorgante o interesado, ha de cubrir los gastos respectivos y no cargarlos al cartulante, salvo que los mismos deben ser cubiertos por quien haya cometido un acto que dañe o perjudique el protocolo.

4.10. Responsabilidad civil y penal derivadas de la reposición del protocolo

Las responsabilidades civiles a las cuales queda sujeto el notario cuando participe o intervenga en la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo, son las de cubrir los gastos ocasionados por el reposición y, además, los daños y perjuicios a los otorgantes o interesados en los instrumentos públicos perdidos, destruidos o



deteriorados, lo cual deberá ser justipreciado dentro del proceso que se siga para la reposición o del proceso sumario de responsabilidad como funcionario.

En relación a las responsabilidades penales, éstas únicamente podrán deducirse cuando aparezca probada la intervención o participación del notario en la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo que fueran comentadas en este trabajo de tesis.

4.11. Forma de garantizar la seguridad jurídica en la reposición del protocolo

Con los sistemas de reproducción que cuenta la tecnología moderna los notarios por ética profesional y principalmente por la seguridad jurídica de los instrumentos que autorizan deben hacer usos de estos medios tecnológicos con el propósito de conservar un archivo de forma electrónica de todos los documentos que autorizan.

Cuando el notario autorice un instrumento público deberá entregar el testimonio por medio de reproducción para mayor autenticidad ya que aparecen calzadas las firmas de los otorgantes y de otras personas como testigos si fuere el caso, que intervengan en el instrumento y la firma del propio notario.

El Código de Notariado en el Artículo 67 estipula: Los testimonios serán compulsados por el notario autorizante; por funcionario que tenga el protocolo en su poder, si esta legalmente autorizado para ejercer funciones notariales, o por el cartulario expresamente encargado por el notario autorizante que este temporalmente impedido para hacerlo. Los testimonios también podrán extenderse:

- a) Mediante copias impresas en papel bond que podrán completarse con escritura a máquina o manuscrita.

- b) Por medio de copias fotostáticas o fotográficas de los instrumentos, casos en los cuales los testimonios se completarán con una hoja de papel bond, en la que se asentará la razón final y colocarán los timbres respectivos.

Sin embargo la forma de transcripción como medio de reproducir los instrumentos públicos protocolares mediante copias impresa en papel bond que pueden completarse con escritura manuscrita, actualmente presenta serios problemas que atentan contra la seguridad jurídica notarial, ya que ésta forma de reproducción permite, irregularidades que atentan contra la fe pública notarial.

Por lo anterior, además de la inseguridad jurídica que esta representa, deberá agregársele la falta de ética por parte de algunos notarios, ya que utilizan las transcripciones como forma irregular de obtener inscripciones registrales, que por supuesto son ilegales en los diferentes registros públicos sobre declaraciones de voluntad que no se generan de los legítimos titulares del derecho a quienes únicamente les asiste el otorgamiento de los instrumentos, si se extraviare un protocolo donde se diera este tipo de situación y aparecieren dos dueños de un inmueble, no se le está dando seguridad jurídica a su declaración de voluntad.

Ante esta problemática se concluye que la reproducción de los instrumentos públicos autorizados por el notario, por sistema de copias, fotostáticas o fotográficas sean de aplicación general para todos los notarios y estos sean exigibles en todos los registros públicos de la República de Guatemala, de los documentos que deban inscribirse por disposición legal o porque así lo requieran por interés particular o general.

Dándole una mayor seguridad jurídica a la reposición del protocolo con estos testimonios que constan en los registros y no exista un testimonio de un instrumento público de un bien inmueble a nombre de dos personas, como se da muchas veces, que cuando se registra en matrícula fiscal un inmueble resultan dos dueños.



La importancia que tiene para la seguridad jurídica la reposición de protocolos en la legislación notarial guatemalteca, es que aun cuando se pretenda desaparecerlos, destruirlos o dañarlos para esconder un negocio o acto ilegalmente realizado, el Estado de Guatemala tiene los mecanismos y condiciones legales para lograr su reposición lo que garantiza que en cualquier momento se pueda recuperar la información que el Protocolo contiene, e incluso si en última instancia esto no se logra, la misma ley garantiza el derecho de las parte a resolver sus diferencias de criterio sobre el contenido del instrumento público, de actas de protocolación o razones de legalización de firmas o documentos por medio de la vía ordinaria.



CONCLUSIONES



1. El Código de Notariado establece el procedimiento a seguir para la reposición del protocolo; en caso de pérdida, destrucción o deterioro, indicando la forma en que se va a investigar; dependiendo la causa, así como la manera en que puede reponerse lo que se haya perdido, destruido o deteriorado, pero el procedimiento no es lo adecuado y eficaz que puede esperarse.
2. El Código de Notariado, ante la eventualidad de suceder la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo notarial, según establece el Artículo 91, no expresa con claridad el proceso que ha de seguirse para la reposición del protocolo para garantizar la seguridad jurídica de su contenido; toda vez que podría emplearse, ante el silencio de la ley, las vías, ordinaria, sumaria o voluntaria,
3. Cuando el juez declara procedente la reposición del protocolo notarial perdido, destruido o deteriorado no le está dando seguridad jurídica a los instrumentos públicos recuperados, puesto que es omiso en cuanto a otros instrumentos que han sido inscritos en otros registros, porque sólo se solicitan los testimonios al Director del Archivo General de Protocolos y a los Registros de la Propiedad.
4. El Código de Notariado, en su Artículo 91 establece, que el juez instruirá la averiguación para la reposición del protocolo, pero en la actualidad quien investiga es el Ministerio Público. Por lo que existe un desacuerdo en cuanto a lo que establece la norma jurídica y cómo se lleva a cabo la reposición del protocolo en la práctica.
5. El notario, por ser el depositario del protocolo a su cargo, está obligado a utilizar la tecnología moderna para crear un archivo de todos los instrumentos públicos que autoriza, para que cuando sea necesario reponer el protocolo,



tengan documentos con qué comparar los testimonios recuperados del Archivo General de Protocolos y el Registro de la Propiedad, y así darle seguridad jurídica a la reposición del protocolo.

RECOMENDACIONES



1. El Organismo Ejecutivo debe proponer una iniciativa de ley, para reformar el Código de Notariado, donde se regule un procedimiento claro, eficaz, para la reposición del protocolo, aplicando el principio de celeridad procesal para evitar daños y perjuicios a las partes interesadas en reponer un instrumento público.
2. La Corte Suprema de Justicia debe revisar y actualizar el procedimiento para la reposición del protocolo notarial, para darle seguridad jurídica a los instrumentos recuperados, y determinar que vía es la adecuada para la reposición, ya sea ordinaria, sumaria o voluntaria judicial, siendo la que más se aplica, la vía sumaria.
3. Que el juez encargado de la reposición del protocolo, pida los testimonios que existen en otras instituciones, como el Registro Mercantil, Registro Nacional de las Personas, Ministerio de Gobernación, y no sólo en el Registro de la Propiedad, y la Corte Suprema de Justicia, para darle seguridad jurídica a los instrumentos públicos recuperados.
4. El Organismo Ejecutivo debe proponer una iniciativa de ley, para reformar el Código de Notariado, haciendo énfasis que, el encargado de llevar a cabo la investigación de la reposición del protocolo, sea el Ministerio Público, y no el juez como está plasmado en dicho Código.
5. Que el Archivo General de Protocolos, imponga una sanción pecuniaria y disciplinaria, a los notarios que no cuenten con un registro electrónico de todos los documentos que autoriza, para que en el momento de hacer una reposición de protocolo, se cuente con los datos de las partes que intervinieron dentro del instrumento publico a reponerse.





BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. Guatemala: Ed. Bendición. (Colección de Monografías Hispalense) Guatemala: 2002.

AGUIRRE GODOY, Mario. **La capacitación jurídica del notario**. Guatemala: (s.e.) (Publicación No. 8) del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, 1972.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1989

GÍMENEZ ARNAU, Enrique. **Derecho notarial**. Pamplona, España: Ed. Navarra, S.A. 1976.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel. **La imparcialidad del notario**. Guatemala: (Boletín No. 5) del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. 1986.

HERNÁNDEZ CAMEY, Emma. **El contenido y forma del protocolo notarial**. Guatemala. Tesis de grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1980.

MUÑOZ, Nery Roberto, **Introducción al estudio del derecho notarial; el instrumento y el documento notarial; la forma notarial en el negocio jurídico; y la ética notarial**. Guatemala: (Revista No. 11), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de San Carlos de Guatemala. 1987.

NERI, Argentino. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. Guatemala: Ed. Mayte, 1990.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Editorial, Heliasta S.R.L., 36ª Edición. Guatemala 2008.

RAMOS FIGUEROA, Rudy Roderico. **La tecnología moderna en la función notarial en Guatemala y la seguridad jurídica del instrumento público**. Guatemala, Ed. Impresos Offset, Tesis de Grado de Licenciado en



Ciencias Jurídica y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.
1990.

SALAS, Oscar A. Derecho Notarial de Centro América y Panamá. Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1973.

Legislación:

Constitución Política de la República. Asamblea Nacional Constituyente, 1986

Código de Notariado. Congreso de la República, Decreto número 314, 1946.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto número, 2-89 1989.

Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos. Congreso de la República, Decreto número, 37-92, 1992.